

LA LEGALITE PROCEDURALE EN MATIERE CIVILE

par

Loïc Cadiet

Membre de l'Institut Universitaire de France
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris 1
Directeur du Centre de Recherche sur la Justice et le Procès

1. Lorsque, il y a quelques mois, M. le Premier Président Canivet m'a expliqué qu'il organisait à la Cour de cassation un cycle de conférences intitulé « Droit et technique de cassation » et qu'il m'a proposé d'y intervenir sur la légalité procédurale en matière civile, j'ai accepté, négligemment, sans trop me poser de questions. La légalité procédurale en matière civile, cela me semblait aller de soi et je n'y ai plus trop pensé. Ce sujet ayant un rapport avec la technique de cassation, j'avais seulement pris le soin d'interroger un certain nombre de spécialistes de la cassation, magistrats ou avocats, pour leur demander de m'éclairer sur la manière dont ils appréhendaient la légalité procédurale dans leur pratique professionnelle et, spécialement, s'il leur semblaient que leur rapport à la légalité procédurale avait évolué depuis le début de leur activité à la Cour de cassation. Puis les choses ont passé. Les difficultés ont commencé il y a quelques semaines lorsque j'ai repris mon dossier pour préparer le résumé destiné à l'annonce de mon intervention. Je me suis alors aperçu que ce qui me paraissait évident ne l'était absolument pas, que la notion de légalité procédurale était en vérité énigmatique et que la recherche de ses applications en droit positif révélait bien des paradoxes. L'invitation à participer au cycle de conférences « Droit et technique de cassation » devenait ainsi, très nettement pour moi, une invitation à tenter de donner de la consistance à une notion qui n'est claire qu'en apparence et dont on peut même se demander si elle existe.

2. La relative discrétion des réponses à mon enquête auprès des professionnels de la cassation, autant que la diversité de leur perception, interrogative, de la notion de légalité procédurale, peut d'ailleurs être comprise comme traduisant une certaine perplexité quant au concept même de légalité procédurale, pour deux raisons au moins.

En premier lieu, l'expression n'est pas d'un usage fréquent, quel que soit du reste le domaine du droit considéré, public, privé ou pénal, interne ou international. Il ne me semble pas qu'on la trouve dans la loi, où l'on trouve pourtant beaucoup de choses qui ne devraient pas s'y trouver (les fameux « neutrons législatifs » !), ni dans la jurisprudence dont les décisions sont, il est vrai, plutôt économes de leurs mots dans la tradition judiciaire française. Et, à quelques rares exceptions près, on ne la trouve guère sous la plume des auteurs français. Il est notable, à cet égard, que deux ouvrages récemment publiés, consacrés, l'un à la loi ¹, l'autre à la Cour de cassation et l'élaboration du droit ², ne fassent pas allusion à la légalité procédurale en matière civile.

En second lieu, la légalité procédurale n'entre pas naturellement dans les catégories de la technique de cassation. En exagérant à peine, on pourrait même dire que la tradition, en la matière, est au contraire de dissocier la légalité et la procédure. Aux termes, en effet, de l'article 3 de la loi du 27 novembre 1790 portant institution d'un Tribunal de cassation, le Tribunal de cassation était institué pour annuler « toutes procédures dans lesquelles les

¹ C. Puigelier (dir.), *La loi*, Economica, 2005.

² N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004.

formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ». Cette présentation donne à penser que la seule légalité qui vaille est matérielle, ou substantielle ; seules les règles de fond en relèvent, à l'exclusion des règles de procédure. Peut-on même parler de « règles » de procédure ? La procédure est réduite à la forme tandis que le fond du droit constitue seul la matière de la légalité. Il reste encore quelque chose de la séparation traditionnelle dans la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, spécialement à l'article 17, qui définit le pourvoi dans l'intérêt de la loi comme le pourvoi exercé par le procureur général près la Cour de cassation, en l'absence de pourvoi des parties, contre « *une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder* ». Cette distinction peut être considérée comme étant au fondement de l'analyse dualiste du contrôle du juge de cassation conçu, d'une part, comme contrôle normatif et, d'autre part, comme contrôle disciplinaire³, le premier permettant la sanction des atteintes à la légalité, le second la sanction des atteintes à la logique⁴.

Sans doute, le nouveau Code de procédure civile a pris acte du sens de la loi élargi au droit quand il définit l'office du juge à l'article 12, alinéa 1^{er} : trancher le litige « *conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* », auquel répond la définition de la fonction du pourvoi en cassation par l'article 604 : « *faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». A travers la référence aux règles de droit, ce sont certainement les règles de fond aussi bien que les règles de procédure qui sont visées. Cependant, l'article 1020 NCPC dispose toujours que « *l'arrêt vise le texte de loi sur lequel la cassation est fondée* » et, dans les traités de la cassation civile, la violation des formes de procédure n'en subsiste pas moins dans la liste des cas d'ouverture à cassation⁵, à côté, outre la violation de la règle de droit, de l'incompétence et de l'excès de pouvoir, de la contrariété de jugements, de la perte de fondement juridique, du défaut de motifs, du défaut de base légale et de la dénaturation⁶.

3. Pour essayer de donner un sens à la notion de légalité procédurale, le mieux est donc encore de partir de la légalité.

Dans le langage courant, la légalité est le caractère de ce qui est légal, c'est-à-dire conforme à la loi. La langue juridique est plus subtile, qui révèle quatre sens de la légalité. Si le premier sens de la légalité est, comme dans le langage courant, la conformité à la loi, la légalité s'entend aussi, en un deuxième sens, du « *caractère de ce qui doit être établi par la loi* », comme par exemple dans le principe de la légalité des délits et des peines, en un troisième sens, du « *caractère de ce que la loi impose de faire* », comme par exemple dans le système de la légalité des poursuites, et, en un quatrième sens, le plus large, comme « *l'ensemble des dispositions de la loi ou du droit écrit, ou du droit positif* » : la légalité, c'est alors l'ordre juridique, le droit objectif.

³ Voir J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 3^{ème} éd. 2003, n° 70.01. – M.-N. Jobard-Bachellier et X. Bachellier, *Technique de cassation*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2003, p. 45. - J. Buffet, Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain, in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit.*, n° 17-26.

⁴ Voir par ex. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} éd. 2004, n° 1100-1102

⁵ Que l'article 978, al. 2 NCPC impose de préciser à peine d'irrecevabilité du moyen de droit invoqué contre la décision attaquée.

⁶ Tous les moyens de cassation sont égaux, mais certains seraient-ils « plus égaux » que d'autres ? Voir M.-N. Jobard-Bachellier et X. Bachellier, *op. cit.*, pp. 117 *sq.*, distinguant les cas principaux et les cas marginaux qui, pour l'essentiel, correspondent aux moyens de procédure (excès de pouvoir, incompétence, contrariété de jugements, perte de fondement juridique, vices de forme), tout en observant cependant qu' « *il ne faut pas perdre de vue que, même en matière civile, les exigences de forme ont pour objet d'apporter la preuve du respect de certains principes directeurs du procès* » (p. 127).

Nous écarterons ce dernier sens, qui est trop large. Nous écarterons également la deuxième et la troisième acceptions, qui font sens en matière pénale, mais qui n'ont pas leur équivalent en matière civile, si ce n'est par référence à l'hypothèse marginale du principe de la légalité des preuves (art. 13451 C. civ.). Reste alors le premier sens, celui de la conformité à la loi, comprise au sens des règles de droit, quelle qu'en soit l'origine, sauf à préciser que la conformité peut être entendue aussi bien comme un état –ce qui est conforme– que comme un devoir être –ce qui doit être conforme. Et l'on devine alors qu'une réflexion sur la légalité procédurale en matière civile conduit à s'intéresser davantage au devoir de légalité qu'à l'état de légalité. On rejoint ici un principe traditionnel du droit français, le principe de légalité, que M. Gaudemet définit « *au sens le plus large comme au sens littéral* » comme « *la soumission d'un acte juridique, mais aussi d'une activité matérielle à la norme juridique, elle-même élargie au-delà de la loi formelle à l'ensemble de la normativité* »⁷. Appliqué à la procédure, le principe de légalité renvoie alors au respect des normes procédurales et, *a priori*, cette légalité procédurale a pour destinataires tous ceux qui, à un titre ou à un autre, participent à la procédure de décision, les parties, certes, mais aussi l'auteur de la décision, le juge singulièrement, et leurs auxiliaires respectifs. Cette définition liminaire sous-entend que la légalité procédurale n'est pas seulement une exigence applicable au *procès* civil et, de fait, c'est de la légalité procédurale *en matière civile* qu'il s'agit : à l'instar de la matière pénale, qui est plus large que le procès pénal⁸, l'exigence de légalité rayonne au-delà du procès civil vers toutes les procédures de droit civil au terme desquelles est prise une décision susceptible d'affecter un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son auteur. S'il n'y a pas de procès sans procédure, il y a des procédures sans procès⁹ et, que la procédure donne lieu ou non à une décision juridictionnelle, c'est en toute hypothèse que la qualité de cette décision doit d'apprécier, non seulement au regard des règles de fond dont il a été fait application (la légalité matérielle), mais aussi au regard de la régularité de la procédure qui y a conduit (la légalité procédurale). Il est notable, à cet égard, que, au nombre des quelques rares auteurs employant expressément l'expression « *légalité procédurale* », figure Hervé Croze dans son article aux *Etudes offertes à Jacques Normand* où il dessine les fondations, au-delà du droit processuel, d'une théorie juridique de la décision, inspirée des exigences du procès équitable¹⁰. Procès équitable, le mot est lâché.

4. C'est peu dire que le droit au procès équitable a troublé la quiétude des juristes français qui jouissaient pourtant, depuis le milieu des années 1970, d'un nouveau code de procédure civile, d'une grande modernité, proclamant haut et fort, dès son seuil, les principes directeurs du procès civil. Moderne, ne le serait-il donc pas, assez ? Faudrait-il être post-moderne et se contenter, pour tout droit procédural, de la seule disposition de l'article 6 § 1 Conv. EDH, dans l'interprétation qu'en livre la Cour de Strasbourg ? Après tout, quelques bons auteurs, et non les moindres, ont bien imaginé que le Code civil pourrait être réduit aux seules dispositions de l'article 1134 et de l'article 1382, complétés du principe selon lequel nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. Mais c'était à la manière d'une boutade et ce serait un bien singulier progrès d'en revenir à la Loi des XII Tables. En tout cas, la Convention européenne des droits de l'homme, qui proclame le droit au procès équitable, a pu

⁷ Y. Gaudemet, *V° Légalité (Principe de)*, in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

⁸ Voir not. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, pp. 145 sq.

⁹ Cadet et J. Normand, *Théorie générale du procès*, PUF, à paraître, n° 57. Conf. S. Guinchard et alii, *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, n° 584-637.

¹⁰ H. Croze, *Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision*, in *Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 125 sq, spéc. n° 18 et 30, qui s'y réfère également in *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation*, in *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, spéc. n° 9.

apparaître, tantôt, comme l'objet d'un véritable culte, sinon l'évangile d'une nouvelle religion, tantôt, comme l'expression d'un droit venu d'ailleurs, propre à ruiner les fondements de l'ordre juridique français.

Il peut donc y avoir, dans ces conditions, quelque paradoxe à parler de *la* légalité procédurale, comme d'un ensemble unitaire et homogène. C'est précisément ce qui justifie que l'on s'y intéresse aujourd'hui. Mais comment en traiter ? J'ai choisi de l'embrasser dans la généralité de ce que je crois être ses manifestations parce qu'il s'agit d'une catégorie à construire et qu'à ce stade on ne peut donc pas se permettre d'être sélectif. Tous les matériaux sont bons à prendre. L'inconvénient de la méthode est le risque d'être superficiel, que j'assume, car la matière est vaste qui invite à revisiter, en quelque sorte, l'essentiel du droit judiciaire privé à la lumière de ce nouveau concept. J'essaierai donc, dans un premier temps, de mettre au clair la notion de légalité procédurale en recherchant, dans l'évolution contemporaine de la procédure en matière civile, ce qui peut servir à l'élaboration de la notion (I). J'essaierai ensuite et en retour, la notion ainsi circonscrite, de mesurer son incidence sur le procès civil à travers l'identification et l'analyse des difficultés que suscite sa mise en œuvre (II).

I. – La notion de légalité procédurale

5. D'un point de vue historique, ce qui frappe, c'est le développement des sources de la légalité procédurale et la diversification de son domaine, ce en quoi elle obéit au même mouvement que celui qui affecte le droit dans son ensemble¹¹. Les sources ne sont sans doute pas inépuisables mais, en revanche, le domaine de la légalité procédurale paraît difficile à borner. Cet éclatement rend plus aléatoire qu'il n'y paraît l'identification de la notion de légalité procédurale.

A. – Développement des sources de la légalité procédurale

6. Puisque l'année 2006 offre l'occasion de célébrer, à la fois, les 200 ans de l'ancien Code de procédure civile et les 30 ans du nouveau Code de procédure civile, on ne peut manquer d'être saisi par l'évolution considérable des sources de la légalité procédurale. Il y a deux siècles la question des sources se présentait de manière relativement simple : le droit était tout entier dans la loi, conçue au sens formel ou organique du terme, et la loi était toute entière dans les codes. La codification napoléonienne, c'était l'esprit de caserne appliqué au droit. L'avènement de la 5^{ème} République a été l'occasion d'un bouleversement complet de la question avec, d'une part, le déclin de la légalité procédurale issue de la loi (1°) et, d'autre part, l'essor de la légalité procédurale en dehors de la loi (2°).

1°) Le déclin de la légalité procédurale issue de la loi

7. Ce déclin tient bien sûr à la répartition des compétences opérée par la Constitution de 1958 entre le parlement et le gouvernement. La distinction des articles 34 et 37 est trop connue pour s'y attarder. Disons simplement que, dans le nouveau système constitutionnel,

¹¹ Ce en quoi elle obéit au même mouvement que celui qui affecte le droit dans son ensemble : voir Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, 2005. Et, sur l'évolution du concept même de légalité, voir Pierre Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, 2004, spéc. pp. 33 sq.

selon l'expression même de M. Jean Foyer, « *c'est le règlement qui est le droit commun, et c'est la loi qui est l'exception* »¹² et que la procédure civile relève de la compétence de droit commun du gouvernement, non pas de la compétence d'attribution du parlement. Il s'agit en ce sens d'un déclin de la légalité procédurale issue de la loi.

Mais ce déclin doit être nuancé.

D'abord, pour n'être pas une loi parlementaire ou loi *stricto sensu*, le règlement autonome de l'article 37¹³, le décret *loco legis* comme le nomme le doyen Carbonnier¹⁴, qui tient lieu de loi, n'en est pas moins une loi au sens matériel du terme. Au demeurant, la compétence du gouvernement en matière procédurale n'est pas totale. En vertu de la lettre *expresse* de l'article 34, al. 2 de la Constitution, le parlement demeure compétent pour fixer les règles concernant « *la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats* ».

Par ailleurs, les règles de procédure civile peuvent *indirectement* relever de la loi parlementaire, lorsqu'elles sont l'accessoire de règles de fond pour lesquelles compétence est attribuée au parlement¹⁵ ou lorsqu'il appartient à la loi parlementaire de déterminer les principes fondamentaux dans un certain nombre de matières¹⁶.

8. Pour autant, ce partage des compétences a suscité et continue de susciter une réaction mélangée. Plus particulièrement, l'éviction de la procédure civile hors du champ de la compétence parlementaire est parfois ressentie comme un déclassement contestable, voire inadmissible. Il faudrait « *rendre au Parlement ce qui lui appartient* », selon l'expression de Me Raymond Martin¹⁷. On pourrait voir, dans cette contestation, l'expression d'une nostalgie de la République des avocats ; mais, plus fondamentalement, l'opinion traduit aussi l'idée que la procédure civile intéresserait autant les libertés publiques que la procédure pénale.

Que la procédure civile intéresse les libertés civiles en tant qu'elle permet la mise en œuvre de la sanction judiciaire des droits, qui participe de l'Etat de droit, ce n'est pas discutable ; qu'elle intéresse les libertés publiques à l'égal de la procédure pénale, c'est autre chose. Il me semble, en tout cas, que la compétence réglementaire convient mieux à l'objet et au contenu des règles de procédure civile que la compétence parlementaire. Le nouveau Code de procédure civile que l'on célèbre tant depuis son vingtième anniversaire¹⁸, et à juste titre, ne serait sans doute pas advenu sans la grâce de l'article 37 de la Constitution¹⁹. La médaille

¹² J. Foyer, Préface, in C. Puigelier (dir.), *La loi, préc.*, pp. XI *sq.*, spec. p. XIV. Aux termes de l'article 37, al. 1^{er}, « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

¹³ A distinguer du règlement administratif, appelé décret d'application car il est pris en application des lois, sur le fondement de l'article 21 de la Constitution.

¹⁴ J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, PUF, 25^{ème} éd. 1997, n° 109 : ces décrets, qui ont « *une force égale à celle de la loi* », « *sont absolument comme des lois* ».

¹⁵ Art. 34, al. 2 : ainsi en matière de nationalité, d'état et de capacité des personnes, de régimes matrimoniaux, de successions et libéralités.

¹⁶ Art. 34, al. 4 : comme le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ou le droit du travail, le droit syndical et de la sécurité sociale.

¹⁷ Voir, not., R. Martin, *Rendre au Parlement ce qui lui appartient*, *D.* 2002, pp. 2147 *sq.* – Rapp. S. Guinchard, Touche pas à mon Code ! in *Mélanges Jean Buffet*, Petites affiches, 2005, pp. 269 *sq.*, spéc. pp. 281-283. – Comp. G. Wiederkehr, Le nouveau Code de procédure civile : la réforme permanente, in *Mélanges Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 787 *sq.*, spéc. p. 787.

¹⁸ Voir Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, La documentation française, 1998.

¹⁹ L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 26. – Rapp. G. Wiederkehr, *op. cit.*, p. 787.

a certes son revers, qui risque de faire de la procédure civile « *un chantier permanent* »²⁰ et du code un ouvrage toujours remis sur le métier, de manière plus ou moins transparente, plus ou moins pertinente. La quantité risque de nuire à la qualité. Ces modifications incessantes, depuis 1981, n'ont pas toujours la même qualité formelle que la lettre originelle du code²¹. Surtout, c'est la doctrine même du nouveau code de procédure civile, sa conception fondamentale du procès civil et la cohérence de son architecture d'ensemble dont on craint qu'elles soient altérées par la succession ininterrompue de ces modifications ponctuelles. On se souvient, par exemple, du débat qui avait suivi le décret du 28 décembre 1998, faisant suite au rapport de Jean-Marie Coulon, sur le point de savoir si les nouvelles exigences faites aux parties quant à leurs écritures, l'exigence de qualification notamment, ne remettaient pas en cause la conception de l'office du juge²². Un nouveau débat se développe aujourd'hui en raison des décrets du 20 août 2004 et du 28 décembre 2005, qui font suite au rapport de la commission présidée par Jean-Claude Magendie²³.

Je n'entrerai pas dans le détail de ces débats, qui me feraient sortir des limites de mon exposé. J'observerai simplement : *primo*, que la compétence parlementaire en matière de procédure pénale n'a pas davantage mis la procédure pénale à l'abri de modifications successives qui tirent le procès pénal à hue et à dia au mépris de la stabilité et de la lisibilité que l'on peut attendre de la loi pénale ; *secundo*, que la procédure civile n'est pas un sanctuaire et qu'il ne faut pas répudier, par principe, son adaptation à l'évolution de la réalité judiciaire et sociale, dès lors, du moins, que cette adaptation est raisonnable dans son inspiration et cohérente dans ses modalités ; *tertio*, que la compétence réglementaire, pas plus du reste que la compétence parlementaire, n'échappe à tout contrôle, contrôle de la légalité des décrets par le Conseil d'Etat, contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel qui, chacun de son côté et à sa manière, veillent au respect des principes fondamentaux du procès²⁴. Mais c'est alors l'occasion d'observer que la légalité procédurale progresse en dehors de la loi.

2°) L'essor de la légalité procédurale en dehors de la loi

9. L'essor de la légalité procédurale en dehors de la loi, au sens matériel et national du terme, était-il inscrit dans la Constitution de 1958 ? On pourrait en débattre : il faudrait sans doute distinguer, en faisant la part de la contribution prétorienne à la légalité procédurale (a) et de l'élaboration internationale de la légalité procédurale (b).

a) La contribution prétorienne à la légalité procédurale

10. Il va de soi que la *Cour de cassation* contribue à l'élaboration de la légalité procédurale dans son travail de contrôle de la légalité et d'interprétation, à cette occasion, des

²⁰ G. Wiederkehr, *op. cit.*, p. 788. – Rappr. L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit. et loc. cit.*

²¹ Voir not. J. Héron, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, *RGDP* 1999, pp. 65 *sq.*, spéc. pp. 69 *sq.*

²² Conf. R. Martin, A propos du rapport de M. Jean-Marie Coulon..., *Rev. huiss.* 1997, pp. 418 *sq.*, et J. Normand, Le devenir des principes directeurs, *RTD civ.* 1998, pp. 466 *sq.* – Rappr. G. Wiederkehr, *op. cit.*, p. 795. – Comp. M. Parmentier, Le nouveau Code de procédure civile face à son présent et à son avenir, *Bulletin de la Chambre des avoués près la Cour d'appel de Paris*, n° 172, 2005, pp. 3 *sq.*, spéc. p. 3-5, à propos des conclusions récapitulatives.

²³ Voir not. M. Parmentier, *op. cit.*, pp. 5-8, à propos des modifications concernant l'instruction et l'évolution du litige.

²⁴ L. Cadiet et E. Jeuland, *ibidem*.

textes de procédure ²⁵. Je n'insisterai donc pas sur ce point. Il convient, en revanche, de rappeler la contribution du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel à la définition de la légalité procédurale.

On peut considérer que *l'élaboration prétorienne de la légalité procédurale par le Conseil d'Etat* est impliquée par la Constitution de 1958. En raison de leur nature réglementaire, les décrets de procédure sont soumis au contrôle du Conseil d'Etat qui a charge d'en apprécier la légalité et ce contrôle est d'autant plus étendu que cette légalité est appréciée au regard, non seulement de la loi, mais aussi des principes généraux du droit ²⁶. Le Conseil d'Etat est ainsi une source du droit judiciaire privé et sa contribution à la légalité procédurale est loin d'être négligeable, que son intervention ait porté sur les principes directeurs du procès, sur les autres dispositions plus techniques du code ²⁷ ou sur d'autres textes comportant des dispositions de procédure civile ²⁸. L'arrêt *Dame David*, à propos du principe de la publicité des débats ²⁹, et l'arrêt *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, à propos du principe du contradictoire ³⁰, sont de grands arrêts du droit judiciaire privé.

11. *L'élaboration prétorienne de la légalité procédurale par le Conseil constitutionnel*, en revanche, n'était pas impliquée par la lettre originelle de la Constitution de 1958. L'évolution sur ce terrain résulte principalement de l'extension du contrôle de constitutionnalité à la Déclaration des droits de l'homme et au préambule de la Constitution de 1946 ³¹. A partir de là, le Conseil constitutionnel, gardien de la séparation des pouvoirs, devenait aussi gardien des libertés fondamentales ³². C'est sur ces deux terrains que la jurisprudence procédurale du Conseil constitutionnel s'est développée.

Sur le terrain des compétences respectives du parlement et du gouvernement, le Conseil constitutionnel a notamment développé une interprétation large de la disposition de

²⁵ Rappelons, à cet égard, ce que disait Pierre Bellet de la définition de la légalité par Cour de cassation: « *Le droit est ce qu'elle décide de soumettre à son examen, le fait tout le reste* » : Grandeur et servitudes de la Cour de cassation, *RIDC* 1980, pp. 293 sq. - Rapp. Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, préc., p. 88. - J.-L. Aubert, La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, *D.* 2005, pp. 1115 sq. - J. Buffet, Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain, in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, préc., pp. 113 sq. - Et, pour une illustration très claire dans le domaine de la légalité procédurale, Cass. ass. plén. 16 nov. 2001, *Bull. ass. plén.* n° 13, sur quoi voir J. Buffet, *op. cit.*, n° 12-16. La référence aux « principes » participe aussi de cette élaboration prétorienne de la légalité : voir not. F. Terré et D. Bureau, Les principes généraux du droit, in B. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, préc., pp. 171 sq, et, p. ex., *infra* n° 20.

²⁶ Voir CE 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, *Rec.* 394 et *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15^{ème} éd. 2005, n° 78, et les travaux devenus classiques de R. Chapus, De la soumission au droit des règlements autonomes, *D.* 1960, pp. 119 sq.

²⁷ Voir par ex. CE 5 juill. 1985, *CGT et autres*, *Rec.* 217, à propos de l'article 628 (amende civile en cas de pourvoi abusif). - CE 25 mai 2005, *Gaz. Pal.* 3-4 juin 2005, 4, concl. Aguila, à propos de l'article 698 (condamnation aux dépens des auxiliaires de justice).

²⁸ Voir p. ex. CE 6 avr. 2001, *Ordre des avocats au barreau du Mans*, *JO* 12 juill., p. 11141, à propos du décret n° 98-1231, 28 déc. 1998, ayant modifié la rédaction de l'article 828 NCPC et de l'article 12 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 pour étendre au concubin la faculté offerte au conjoint d'assister ou représenter une partie devant le tribunal d'instance et le juge de l'exécution.

²⁹ CE 4 oct. 1974, *Rec.* 464.

³⁰ CE 12 oct. 1979, *Rec.* 370

³¹ Voir Cons. const. 16 juillet 1971, déc. n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, *Rec.* 29 et *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2001, n° 19. Voir G. Carcassonne, V° Conseil constitutionnel, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc.

³² En vérité, cette distinction était déjà inscrite dans la Déclaration des droits de l'homme, art. 16 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

l'article 34 réservant au parlement la création de nouveaux ordres de juridiction³³, ce qui a conduit, notamment, à inclure dans le domaine de la loi les règles relatives à l'organisation et à la compétence matérielle des juridictions³⁴.

Sur le terrain des droits fondamentaux ensuite, sa contribution à l'élaboration de la légalité procédurale a été plus importante car l'examen des lois qui lui étaient soumises l'a conduit à procéder à la constitutionnalisation de certains principes de droit processuel, qu'il s'agisse de l'indépendance des juridictions, de l'égalité devant la justice, des droits de la défense, de la contradiction ou du droit au recours juridictionnel effectif³⁵, qui figurent au nombre des « *garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » visées par l'article 34, al. 2 de la Constitution. Certes, comme l'a observé Nicolas Molfessis, « *cette constitutionnalisation de la procédure reste toutefois encore limitée, sinon marginale* »³⁶. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel, à proprement parler, pas plus que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, ne crée les principes fondamentaux de la procédure ; il donne valeur constitutionnelle à des principes généraux de procédure déjà dégagés par les textes ou révélés par la jurisprudence des juridictions ordinaires. Autrement dit, ce n'est pas parce que ces principes se voient reconnaître une valeur constitutionnelle qu'ils sont fondamentaux ; c'est parce qu'ils sont fondamentaux qu'ils peuvent se voir reconnaître une valeur constitutionnelle³⁷. Il n'en reste pas moins que le Conseil constitutionnel contribue ainsi à la définition de la légalité procédurale, d'une manière qui, d'ailleurs, vaut souvent pour l'ensemble des procédures, ce qui définit, au cœur de la légalité procédurale, sinon un droit commun, du moins un noyau dur de principes communs, et si son rôle demeure limité, cela tient à son refus de contrôler la conformité des lois aux conventions internationales³⁸, qui sont aussi une source de la légalité procédurale.

b) L'élaboration internationale de la légalité procédurale

12. L'élaboration internationale de la légalité procédurale est, pour partie, une conséquence de la Constitution de 1958. En effet, aux termes de l'article 55, « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

Bien que la question soit aujourd'hui réglée au regard de l'article 88-1 de la Constitution³⁹, on ne négligera pas l'apport, en la matière, du *droit communautaire*⁴⁰, dont

³³ Voir *supra* n° 11 et N. Molfessis, V° Constitutionnalisation, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc.

³⁴ Voir not. S. Guinchard, *op. cit.*, pp. 273-276. – N. Molfessis, art. préc.

³⁵ Voir N. Molfessis, art. préc. – S. Guinchard, *op. cit.*, p. 274 et, déjà, de cet auteur, Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile, in *Mélanges Pierre Drat*, Dalloz, 2000, pp. 355 sq.

³⁶ N. Molfessis, art. préc., p. 226. – De cet auteur, voir aussi La procédure civile et le droit constitutionnel, in Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : 20 ans après*, La documentation française, 1998, pp. 245 sq.

³⁷ Voir B. Beignier, Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs, in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 153 sq. – L. Cadet, Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès, préc., n° 39.

³⁸ Cons. const., 15 janv. 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, déc. n° 74-54 DC, Rec. 19 et *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, préc., n° 23. – Rapp. N. Molfessis, V° Constitutionnalisation, préc., p. 226.

³⁹ Qui fonde la primauté du droit communautaire sur le droit interne, y compris la Constitution, sous réserve de l'absence de contrariété à une disposition constitutionnelle expresse. Mais voir CE 5 janv. 2005, *Deprez et M. Baillard*, *RFD adm.* 2005, 67, note Bonnet ; *RTD civ.* 2005, 561, obs. Deumier

⁴⁰ Voir Y. Gautier, V° Espace judiciaire européen, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice* préc. – R. Mehdi, V° Justice communautaire, in *Dictionnaire de la justice*, préc. – Rapp. S. Guinchard, Touche pas à mon Code !

l'incidence aurait été amplifiée avec l'adoption du traité pour une Constitution de l'Europe qui aurait donné un effet normatif à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avec l'article 47 qui consacre le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial ⁴¹.

13. Mais on n'en est pas là, de sorte que, au regard de la légalité procédurale en matière civile, la source internationale majeure tient à l'article 6 § 1 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* qui, quant à elle, est directement applicable par les juridictions françaises aux litiges purement *internes*. Par l'effet de l'article 55 de la Constitution, articulé à la règle de la subsidiarité de la Convention ⁴², le juge national est le premier garant du respect de la Convention. Cette convention étant devenue un standard de la pensée juridique française, qu'on s'en loue ou qu'on s'en plaigne, je me bornerai à l'essentiel en rappelant que c'est à partir de 1980 et, plus encore, à partir de 1990 ⁴³, que l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme s'est véritablement fait sentir en France. Chacun sait, aujourd'hui, quel que soit son sentiment à cet égard, que cet effet a été considérable sur le terrain de la légalité procédurale ⁴⁴, tant et si bien qu'on a pu se demander, tantôt, s'il ne fallait pas transformer la Cour de cassation en Cour nationale des droits de l'homme ⁴⁵, tantôt, s'il ne fallait pas plutôt supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ⁴⁶. Depuis que l'habitude a été prise d'invoquer ce droit devant les juridictions françaises et d'en obtenir la sanction devant la Cour européenne, il est vrai que les règles françaises de procédure civile ont été progressivement passées au tamis des principes du procès équitable ⁴⁷.

Le droit au procès équitable qui, parler court, combine droit au juge et droits de la défense, ne renvoie pas immédiatement au concept de la légalité procédurale. La version

préc., pp. 278-279. Mais on ne s'y attardera pas, pas davantage qu'on ne tiendra compte des conventions internationales de coopération judiciaire, bilatérales ou multilatérales, conclues par la France : voir B. Sturlèse, V° Coopération judiciaire internationale, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc.

⁴¹ Charte n° 2000/C 634/01 du 18 décembre 2000 des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOCE* C 364, 18 déc. 2000.

⁴² Conv. EDH, art. 35 : « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes...* », qu'il faut combiner avec le droit au recours effectif consacré par l'article 13 : « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ». Voir J. Normand, La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation, in *Mélanges Jean Buffet, Petites affiches* 2004, pp. 357 sq.

⁴³ Le temps que le cours des procédures donne à la Cour de cassation l'occasion de prononcer ses premiers arrêts sur son fondement : voir not. Cass. com. 17 mars 1981, *Bull.* IV, n° 147, à propos d'une faillite personnelle en matière de procédures collectives, où le pourvoi invoquait « *le droit de toute personne à un procès équitable* », impliquant « *qu'elle soit informée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre elle* ».

⁴⁴ Suscitant des appréciations variées : comp. N. Fricero, Procès civil équitable et juge judiciaire : nouveaux pouvoirs, nouveaux devoirs, in *Mélanges Pierre Julien*, Edilaix, 2003, pp. 182 sq, spéc. n° 4. - S. Guinchard, Touche pas à mon Code ! préc., p. 277. - J.-P. Marguénaud, La Cour de cassation multiplie les applications dévastatrices de l'exigence d'impartialité objective au sens de l'article 6 § 1 Conv. EDH, *RTD civ.* 1999, pp. 494 sq. - J. Normand, *op. cit.*, n° 2.

⁴⁵ J.-F. Burgelin, L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence, in N. Molfessis, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, préc., pp. 21 sq, spéc. p. 31. - Adde, du même auteur, La Cour de cassation en question, *D.* 2001, pp. 932 sq.

⁴⁶ V. Haïm, Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? *D.* 2001, pp. 2988 sq. Ou la transformer : voir J.-F. Flauss, Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? *D.* 2003, pp. 1638 sq.

⁴⁷ Voir *infra* n° 27-28.

anglaise de procès équitable, *fair trial*, qui participe du *due process of law*, du procès dû⁴⁸, exprime mieux l'inscription du droit au procès équitable dans la légalité procédurale. Le *due process*, en effet, selon la définition qu'en donne Elizabeth Zoller, désigne, « *la procédure légale régulière prévue par la loi du pays, c'est-à-dire d'une procédure intrinsèquement juste et équitable* »⁴⁹. Ainsi mise en perspective par rapport à la notion de *due process*, l'expression de légalité procédurale ajoute, me semble-t-il, une importante plus-value à la notion de *droit* au procès équitable. Elle traduit l'idée que le droit au procès équitable est générateur de devoirs, tant il est vrai, comme l'a écrit Paul Ricoeur, que « *chaque nouvelle zone de pouvoir est aussi une zone de responsabilité* »⁵⁰, devoirs de l'Etat à l'égard des personnes relevant de sa juridiction, devoirs de la juridiction à l'égard des parties, sans doute, d'impartialité, de diligence, de transparence⁵¹, mais aussi devoirs des parties entre elles et devoirs des parties à l'égard de la juridiction elle-même, on l'oublie trop souvent. La notion de légalité procédurale exprime bien ce déplacement de la considération des droits à la considération des devoirs et cette manière de présenter les choses me semble un progrès car elle est de nature à rappeler, contre le risque d'une dérive libertarienne et individualiste, pour ne pas dire égocentrique, des libertés fondamentales⁵², que les droits de l'homme ont vocation à s'épanouir, pour reprendre les expressions mêmes de l'article 6 § 1, dans une « *société démocratique* » où « *l'intérêt de la moralité* », « *l'ordre public* » et « *la sécurité nationale* » ont aussi droit de cité. La protection des droits fondamentaux ne doit pas être assurée au mépris du lien social qui est au fondement de la société démocratique.

Une première leçon se dégage de ce panorama des sources de la légalité procédurale en matière civile. Cette légalité procédurale est un ensemble de règles ordonnant l'administration de la justice dans les litiges d'intérêt privé, auxquelles doivent se conformer tous les acteurs du procès civil. Mais cet ensemble n'est pas homogène : ces règles puisent à des sources diverses, légales et prétoriennes, nationales et internationales, dont le champ d'application ne coïncide pas nécessairement et qui introduisent, dans la légalité procédurale, une hiérarchie normative de nature à en diversifier le domaine.

B. – Diversification du domaine de la légalité procédurale

14. S'interroger sur la légalité procédurale en matière civile postule que la légalité procédurale s'applique au-delà des seules procédures juridictionnelles. Mais à quelles procédures ? Cette question a partie liée avec l'identification des règles constitutives de la légalité procédurale car on imagine mal que les mêmes règles de procédure soient applicables en totalité à toutes les procédures, qu'elles soient juridictionnelles ou non, et qu'elles s'y appliquent identiquement. Mais quelles règles ? C'est bien la diversité qui règne ainsi au

⁴⁸ Dont il ne faut pas oublier les racines médiévales : voir Paul Hyams, « *Ius commune* » et « *common law* » au Moyen-Âge : les scélérats et les honnêtes gens, *Bibliothèque de l'Ecole des chartes*, t. 158, 2000, qui montre que l'emploi d'une procédure régulière devant les tribunaux, droit fondamental en démocratie, a été forgé, en matière pénale, en une époque fort peu démocratique, avec les outils du « *jus commune* ». Il était destiné à répondre aux demandes pressantes des honnêtes gens, qui recherchaient dans les garanties procédurales une protection contre les accusations injustes. Comp. A. Wijffels, La procédure romano-canonique : un algorithme médiéval ? in *Mélanges Paul Tombeur*, B.-M. Tock, 2005, pp. 431 sq.

⁴⁹ E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, p. 1321.

⁵⁰ Cité par G. Canivet, *V° Légitimité du juge*, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice préc.*, p. 820.

⁵¹ Voir N. Fricero, *Procès civil équitable et juge judiciaire : nouveaux pouvoirs, nouveaux devoirs*, préc., n° 20-37.

⁵² A travers la notion d'autonomie personnelle, déduite du droit au respect de la vie privée. Au point de faire du sadisme un droit de l'homme ? Voir, là-dessus, M. Fabre-Magan, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*, *D.* 2005, pp. 2973 sq, à propos de CEDH 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c. Belgique*.

regard du domaine de la légalité procédurale, que ce soit du point de vue des procédures qui en relèvent (1°) ou des règles qui la composent (2°).

1°) Quant aux procédures relevant de la légalité procédurale

15. L'applicabilité de la légalité procédurale aux procédures juridictionnelles ne soulève aucune difficulté de principe en matière civile. Ces procédures sont en principe soumises aux règles du nouveau Code de procédure civile, qui s'appliquent à défaut de dispositions contraires. Il y a, de ce point de vue, un droit commun et des droits spéciaux de la légalité procédurale en matière civile, cette distinction étant même inscrite au cœur du nouveau Code de procédure civile dont elle constitue l'architecture ⁵³.

Soumises aux règles du nouveau Code de procédure civile ou aux autres normes légales ou réglementaires qui leur sont applicables, ces procédures ne sont pas pour autant assujetties, par principe, aux exigences du procès équitable. Les dispositions de l'article 6 § 1 Conv. EDH supposent en effet l'existence, d'une part, d'un tribunal établi par la loi, d'autre part, d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil. Ces deux conditions ont conduit la jurisprudence à préciser le champ d'application du droit au procès équitable. C'est ainsi que la nécessité d'un tribunal établi par la loi conduit, par exemple, à ne pas appliquer l'article 6 § 1, en tant que tel, aux procédures d'arbitrage ⁵⁴, et la nécessité d'une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil à en exclure l'application aux procédures de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime ⁵⁵.

16. Le fait que l'article 6 § 1 Conv. EDH ne soit pas applicable en tant que tel ne signifie toutefois pas que les principes qu'il impose ne valent pas en dehors des hypothèses qui entrent dans son champ d'application ⁵⁶. Un arrêt assez récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation souligne parfaitement cette distinction, qui n'est paradoxale qu'en apparence ⁵⁷. Dans cet arrêt du 31 mai 2005, relatif à une procédure de redressement fiscal, la chambre commerciale juge, tout à la fois, que « *l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas applicable devant la commission départementale de conciliation prévue à l'article 1653 A du Code général des impôts, qui est un organisme consultatif...* », mais que le principe d'impartialité « *doit cependant présider aux débats de la commission* ».

La raison en est que les exigences du procès équitable ne sont qu'une manifestation de l'équité procédurale. Ce qui est à l'oeuvre, dans le droit au procès équitable, ce n'est pas l'équité substantielle, traditionnellement conçue comme correctif de la règle de droit applicable à la solution matérielle du litige ; c'est l'équité du processus délibératif que

⁵³ C'est la distinction entre, d'un côté, les dispositions communes à toutes les juridictions du livre 1^{er} (droit commun) et, de l'autre, les dispositions propres à certaines juridictions (livre 2) et particulières à certaines matières (livre 3), l'arbitrage cumulant ces deux causes de spécialité (livre 4). Voir L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 624 *sq.*

⁵⁴ Le tribunal arbitral n'étant pas un tribunal *établi par la loi*, mais institué par la volonté des parties : Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, *Cubic Defense Systems*, *Bull. I*, n° 39 ; *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2001, 29, obs. Niboyet ; *Rev. arb.* 2001, 511, note Clay ; *Rev. crit. DIP* 2002, 124, obs. Seraglini.

⁵⁵ Voir p. ex. Cass. 2^e civ., 15 déc. 2005, *JCP* 2006, IV, 1121 et, déjà, Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1991, *Bull. I*, n° 294, d'où il résulte que les juges du fond pouvaient statuer sur la demande sans qu'il soit nécessaire d'appeler les parties et que, en l'absence de débat, le ministère public n'avait pas à communiquer ses conclusions ou les mettre à disposition des parties. Voir art. 351 NCPC.

⁵⁶ Voir F. Sudre, Le droit à un procès équitable « hors les juridictions ordinaires », in *Mélanges Jean Dubouis*, Dalloz, 2002.

⁵⁷ Cass. com. 31 mai 2005, *Bull. IV*, n° 121.

constitue le procès dans la recherche de cette solution ; c'est la garantie que la décision prononcée par le juge le sera bien dans des conditions d'impartialité du juge, donc de juste distance entre celui-ci et les parties, répondant à l'exigence de validité universelle qui seule rend le jugement légitime et acceptable au regard du contrat social.

Mais ce qui vaut pour le procès vaut plus largement pour toutes les procédures susceptibles d'affecter les intérêts d'une personne. Avant d'être saisie dans la substance de la décision prononcée, la justice doit s'observer dans le déroulement de la procédure qui y conduit. Si une procédure juste ne prémunit pas des décisions injustes, il y a peu de chances, en revanche, qu'une procédure injuste conduise à de justes décisions. C'est bien pourquoi la Charte DFUE consacre ainsi un « *droit à une bonne administration* », défini comme le droit de tout citoyen de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union (art. 41). Et c'est bien pourquoi il est naturel que certaines exigences consacrées au titre du procès équitable, comme le principe de l'impartialité ou le principe de la contradiction, dépassent les limites du procès pour s'appliquer à l'ensemble des procédures de décision, aussi diverses que celles des autorités de régulation des marchés⁵⁸, des procédures de sanction dans les relations de droit privé, que ce soit en droit des groupements⁵⁹ ou en droit des contrats⁶⁰. Ainsi que l'écrit Hervé Croze, la légalité procédurale, c'est-à-dire « *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* »⁶¹.

J'irai même au-delà. C'est à l'ensemble des procédures susceptibles d'affecter les intérêts d'une personne⁶² que les principes de la légalité procédurale doivent être appliqués, que ces procédures soient unilatérales ou contractuelles, que l'issue de ces procédures soit une décision ou une convention : d'où l'existence, assez naturelle, de principes directeurs des modes alternatifs de règlement des conflits⁶³ ; d'où la sanction, moins évidente, au visa de l'article 1315 C. civ. et de l'article 6 § 1 Conv. EDH, d'une convention qui portait atteinte à la liberté de la preuve, en limitant la preuve du sinistre à certains indices prédéterminés⁶⁴ ; d'où, peut-être aussi, l'obligation faite au concédant de motiver la décision de refus d'agrément

⁵⁸ Voir L. Cadiet, Justice et ordre concurrentiel in *Mélanges Pirovano*, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 109 sq.

⁵⁹ A propos de l'exclusion d'un membre d'un groupement, association en l'occurrence, voir Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2002, *Bull. I*, n° 95 ; *RTD civ.* 2002, pp. 534 sq, obs. Gautier, visant « *la loi du 1er juillet 1901 et le principe du respect des droits de la défense* ». – Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, *Bull. I*, n° 308, évoquant « *les principes de la contradiction et d'impartialité qui s'imposent dans le droit associatif* ». – Pour la révocation des dirigeants de société, voir Cass. com. 26 avr. 1994, *Bull. Joly* 1994, § 221, p. 831, obs. Le Cannu. – Cass. com. 24 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, n° 9, obs. Vidal. Voir P. Le Cannu, Le principe de contradiction et la protection des dirigeants, *Bull. Joly* 1996, § 2, p. 11.

⁶⁰ Voir L. Cadiet, Une justice contractuelle, l'autre, in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 177 sq.

⁶¹ H. Croze, Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision, préc., n° 19

⁶² De modifier sa situation, selon Hervé Croze, *op. cit.*, n° 18

⁶³ Voir L. Cadiet, Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits, in M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, 2002, pp. 89 sq.

⁶⁴ Cass. 2^e civ., 10 mars 2004, *Bull. II*, n° 101 ; *RDC* 2004, 938, obs. Stoffel-Munck et 1080, obs. Debet ; *RTD civ.* 2005, p. 133, obs. Mestre et Fages.

d'un concessionnaire ⁶⁵. Mais cette expansion est loin d'être homogène, comme en témoigne la question, que la chambre commerciale a récemment tranchée de manière négative, de l'application du principe de la contradiction à l'expertise de prix dans la cession de droits sociaux ⁶⁶.

Ce constat de la diversité des procédures auxquelles la légalité procédurale a vocation à s'appliquer ne signifie cependant pas que les mêmes règles de procédure soient applicables en totalité à toutes les procédures, juridictionnelles ou non, ni qu'elles s'y appliquent identiquement. Le champ d'application de la légalité procédurale est également diversifié quant aux règles qui la composent.

2°) Quant aux règles constitutives de la légalité procédurale

17. Les règles qui composent la légalité procédurale sont d'une grande diversité. On pourrait bien sûr faire la part des règles de forme et des règles de fond, sans négliger les règles imposant une formalité substantielle ⁶⁷ ou, encore, la part des règles impératives et des règles supplétives, que la convention des parties peut écarter, suscitant ainsi l'apparition d'une légalité procédurale d'origine contractuelle à laquelle loi elle-même semble de plus en plus prêter la main ⁶⁸. Mais le phénomène le plus frappant dans cet ensemble normatif au regard duquel doit s'apprécier la légalité des procédures, c'est que les règles de procédure n'ont pas la même valeur normative : il s'opère, en quelque sorte, une distillation des normes procédurales depuis la règle de nature technique jusqu'au principe à caractère éthique. La légalité procédurale en matière civile appelle donc, *a priori*, un jugement identique à celui qu'Yves Gaudemet porte sur la légalité en général : elle est « *à la fois composite et hiérarchisée* » ⁶⁹. L'affirmation doit cependant être précisée car cette hiérarchie des normes procédurales fait débat en ce qui concerne tant sa conception (a) que son fondement (b).

a) La conception de la hiérarchie des normes procédurales

18. La légalité procédurale se présente, comme la légalité en général, à la manière d'une pyramide, mais cette pyramide n'est plus une hiérarchie *formelle* découlant de la hiérarchie des sources dont les normes procédurales sont issues ; c'est une hiérarchie *matérielle* reposant sur les valeurs dont la norme a pour fonction d'assurer le respect.

Les principes directeurs du procès, consacrés au seuil du nouveau Code de procédure civile, sont le symbole de cette dissociation ⁷⁰. Ainsi que l'a écrit le doyen Cornu, si, « *en tête*

⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2001, *Bull.* I, n° 257. Voir M. Fabre-Magnan, L'obligation de motivation dans les contrats, in *Mélanges Jacques Ghestin*, préc., pp. 301 *sq.*

⁶⁶ Cass. com., 19 avr. 2005, *Bull.* n° 95 ; *JCP* 2005, I, 125, n° 13, obs. Clay ; *D.* 2005, AJ 1289, obs. Lienhard, encore qu'il soit permis de s'interroger sur la portée véritable de cet arrêt de rejet.

⁶⁷ Voir art. 114 NCPC, relatif à la nullité des actes de procédure en raison d'une irrégularité de forme.

⁶⁸ Voir par exemple, dans le récent décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, la nouvelle rédaction donnée à l'article 764 NCPC, consacrant le contrat de procédure (art. 23), et l'entrée en vigueur pouvant être contractuellement anticipée des nouvelles dispositions relatives à la communication par voie électronique (art. 88). Sur la contractualisation du procès, voir L. Cadiet, *Les jeux du contrat et du procès*, *Mélanges Gérard Farjat*, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 23 *sq.* ; Les accords sur la juridiction dans le procès in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *Economica*, 2001, pp. 34 *sq.*

⁶⁹ Y. Gaudemet, *V° Légalité (Principe de)*, préc., p. 917.

⁷⁰ Voir G. Cornu, Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, fragment d'un état des questions, in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 83 *sq.* – H. Motulsky, La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, *JCP* 1966, I, 1996 et in *Ecrits*, t. I, pp. 130 *sq.* ;

du Code, les principes sont au premier rang des dispositions liminaires par lesquelles s'ouvrent les dispositions communes à toutes les juridictions », c'est que « cette inscription d'honneur au fronton du Code les désigne comme un coeur de règles primordiales à proclamer dès le seuil : elles recèlent la quintessence du procès civil »⁷¹.

Règles primordiales, ces règles s'imposeraient-elles avec une autorité supérieure aux autres règles du nouveau Code de procédure civile ?

A priori, non. Les règles des articles 1er à 24 du nouveau code de procédure civile sont des règles de nature réglementaire qui n'ont pas une valeur supérieure à celle des autres règles qui composent le code, ce qui confère aux principes directeurs du procès civil une autorité *a priori* inférieure à celle des principes directeurs des autres procès, pénal⁷² aussi bien qu'administratif⁷³, qui sont de source législative.

Mais l'on sait aujourd'hui que l'*a priori* doit être nuancé. Il ne faut pas s'en tenir aux apparences de la hiérarchie des sources. L'autorité *réelle* des principes ne coïncide pas avec leur autorité *formelle* ; elle peut lui être supérieure. La distorsion est manifeste pour certains principes directeurs du procès civil comme, par exemple, le principe de la contradiction et le principe de la publicité, qui ont été qualifiés de principes généraux du droit⁷⁴, voire de principes à valeur constitutionnelle⁷⁵, sans oublier qu'ils relèvent aussi du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme⁷⁶. La jurisprudence, celle du Conseil constitutionnel, celle du Conseil d'Etat, celle de la Cour de cassation⁷⁷, a été l'instrument de cette revalorisation normative qui dit assez que l'autorité des principes directeurs du procès doit être appréciée par référence, non pas à la source

Prologomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *D.* 1972, pp. 91 *sq* et *in Ecrits*, t. I, pp. 275 *sq*. – Adde L. Cadiet, Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès, préc.

⁷¹ G. Cornu, Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes préc., p. 84. Mais il faut reconnaître, avec Georges Rouhette, que « *malgré le guide que constituent les 'Dispositions liminaires' il y a incertitude sur le champ et le nombre des principes* » (L'influence en France de la science allemande du procès civil et du code de procédure civile allemand, *in Das Deutsche zivilprozessrecht und seine ausstrahlung auf andere rechtsordnungen*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1991, pp. 159 *sq*, spéc. p. 192). Ainsi l'impartialité du juge, la motivation et la publicité du jugement, qui sont assurément des principes directeurs du procès civil, ne sont pas au nombre des principes mentionnés par les articles 1^{er} à 24 NCPC. Ni le critère de la *localisation* des principes dans le code, ni celui de leur *structure* n'offrent en effet de réponse assurée. Sur les difficultés soulevées par l'identification des principes directeurs, voir L. Cadiet, *op. cit.*, I.

⁷² Art. préliminaire CPP. Voir L. Cadiet, *op. cit.*, n° 2 et 33.

⁷³ Art L. 1 à L. 11 CJA. Voir L. Cadiet, *op. cit.*, n° 3 et 34.

⁷⁴ Voir CE 4 oct. 1974, *Dame David*, pour la publicité, et CE 12 oct. 1979, *RNAF*, *D.* 1979, 606, pour la contradiction, préc.

⁷⁵ Déc. 89-268 DC, 29 déc. 1989, *Rec.* p. 110 (contradiction). - Pour la publicité, V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif* préc., n° 1151 et 1172, à propos de CC 5 mai 1998, *Droit d'asile*, *Rec.* p. 245.

⁷⁶ CEDH, 24 fév. 1995, *JCP* 1995, I, 3891, n° 10, obs. Cadiet ; *D.* 1995, 449, note Huyette (contradiction). - CEDH 8 déc. 1983, *Axen c. RFA*, Série A, n° 72 (publicité).

⁷⁷ Qui y fait explicitement référence, soit en visant les articles qui les énoncent, en les visant seuls : voir p. ex. Cass. 2^{ème} civ., 11 janv. 2006, pourvoi n° 04-11129, préc. : « *Vu l'article 16 du nouveau Code de procédure civile* », ou conjointement avec une autre disposition du code de procédure civile ou d'un autre texte : voir p. ex. Cass. 2^{ème} civ., 11 janv. 2001, *Bull.* II, n° 8 : « *Vu l'article 16 du nouveau Code de procédure civile, ensemble les articles 784 et 910 du même code* » ; Cass. 2^{ème} civ., 30 avr. 2003, *Bull.* II, n° 125 : « *Vu l'article 16 du nouveau Code de procédure civile, ensemble l'article R. 331-8, alinéa 3, du Code de la consommation* », soit en les visant directement comme principe : voir p. ex. Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 2001, *Bull.* II, n° 202 : « *Vu l'article 160 du nouveau Code de procédure civile et le respect du principe de la contradiction* », ou encore Cass. soc., 27 mai 1999, *Bull.* V, n° 246 : « *Vu le principe du respect des droits de la défense* ».

formelle du principe, mais à la valeur fondamentale qu'ils véhiculent⁷⁸. Cette revalorisation laisse cependant subsister quelques difficultés quant au fondement de la hiérarchisation des normes procédurales.

b) Le fondement de la hiérarchie des normes procédurales

21. Pourquoi certaines normes, au sein de la légalité procédurale, sont-elles plus importantes que d'autres ? Le critère de distinction des principes et des règles conserve encore une part importante de son mystère. La distinction continue pourtant d'être faite, à la manière d'une évidence. L'élaboration récente, par Unidroit⁷⁹, d'un *corpus* de principes et de règles transnationales de procédure civile en fournit une illustration topique.

Dans ce *corpus* de droit savant, la question du critère de distinction des principes et des règles n'est pas abordée en tant que telle. Il est simplement fait référence au caractère plus « *détaillé* » des règles par rapport aux principes. Mais le degré du détail ne saurait bien sûr être raisonnablement retenu comme *criterium*. Une indication est cependant fournie à propos d'un des principes consacrés par le projet, le Principe 16 qui définit le régime des « *Dépositions écrites et orales* ». A propos de ce principe, Frédérique Ferrand, qui représentait la France au sein du comité d'experts d'Unidroit, observe qu'à son sens, ce principe « *n'est pas fondamental* », et d'ajouter : « *il relèverait plutôt de simples règles, car (il) ne contient pas de principe fondamental dans l'objectif d'une procédure équitable* »⁸⁰. Est-ce à dire que le critère de distinction entre le principe et la règle tiendrait à la *fondamentalité* du premier, par référence aux exigences du principe équitable ? La piste est intéressante. Mais cela supposerait d'admettre que la *fondamentalité* soit un élément de la définition du principe directeur ou, pour le dire autrement, que les principes directeurs du procès ne soient rien d'autres que les exigences du droit au procès équitable. Or il est permis de douter que tel soit bien le cas : toutes les exigences du procès équitable ne figurent pas au nombre des principes directeurs du procès et tous les principes directeurs du procès ne relèvent pas des exigences du procès équitable⁸¹. Peut-on du moins, sans passer par le filtre de l'article 6 § 1 Conv. EDH, admettre la référence à la *fondamentalité* des principes directeurs comme raison de leur autorité normative accrue par rapport à la source dont ils émanent ? La chose est envisageable, mais cette référence ne règle pas toutes les difficultés. Il en subsiste au moins deux.

22. La *première difficulté* tient à l'*origine de la fondamentalité*, qui participe du débat plus général sur la constitutionnalisation du droit. Dans cette dispute, qui a suscité une littérature

⁷⁸ Rapp. B. Oppetit, Le rôle créateur de la Cour de cassation, p. 165 : « *le droit ne s'identifie pas avec la seule légalité formelle et (...) il peut même exister une supra-légalité exprimant des valeurs fondamentales auxquelles des règles techniques restent subordonnées* ». Aujourd'hui, du reste, tous les principes directeurs du procès civil n'ayant pas fait l'objet de la même promotion normative, des voix se font entendre pour les élever tous au rang de principes généraux du droit : voir H. Sak, art. cité *infra* note 86.

⁷⁹ Relayant un projet initial de l'*American Law Institute* : voir Ph. Fouchard (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Ed. Panthéon-Assas, 2001. spéc. J. Normand, La confrontation des principes directeurs, pp. 89-97. – F. Ferrand (dir.), *La procédure civile mondiale modélisée*, EJT, 2004.

⁸⁰ F. Ferrand, Les « *Principes* » relatifs à la procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants ? De la nécessité ou non de les assortir de « *Règles* » dans le projet ALI/Unidroit, *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 995 *sq.*, spéc. p. 1004.

⁸¹ V. L. Cadiet, Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès, préc., spéc. III.

importante, je souscris, pour ma part ⁸², aux analyses de Bernard Beignier : s'il existe depuis toujours des droits fondamentaux de la procédure, il est « inutile et inexact » de rechercher leur fondement dans le bloc de constitutionnalité ⁸³. Ce n'est pas parce qu'ils ont une valeur constitutionnelle que certains principes directeurs du procès sont fondamentaux ; c'est parce qu'ils sont fondamentaux qu'ils peuvent se voir reconnaître une valeur constitutionnelle : la constitutionnalisation n'est pas le passage obligé de leur fondamentalité ⁸⁴. Au demeurant, on y reviendra, la conformité à la Constitution n'est pas un gage de respect du droit fondamental à un procès équitable ⁸⁵.

23. Reste alors à régler la *deuxième difficulté* qui a trait aux *limites de la fondamentalité*. Tous les principes directeurs du procès doivent-ils être qualifiés de principes généraux du droit, voire de principes à valeur constitutionnelle ou cette qualification doit-elle être réservée à certains d'entre eux seulement et, dans ce cas, lesquels ? On peut vouloir envelopper l'ensemble des principes directeurs du procès dans le même manteau ⁸⁶ ou, au contraire, les apprécier distinctement en fonction du rôle exact qui est le leur dans l'ordonnement du procès, au sein de la légalité procédurale. Ce deuxième parti me paraît préférable. Tous les principes directeurs du procès n'ont pas la même importance.

Un critère de distinction pourrait conduire à faire un sort particulier aux seuls principes qui participent de la notion même de procès, qui expriment l'essence de tout procès. Tels sont le principe de la contradiction et le principe de l'impartialité. Impartialité et contradiction s'épaulent mutuellement ; l'une est la condition de l'autre et toutes les deux sont la condition d'une procédure équitable susceptible de conduire à un juste jugement, en y ajoutant l'égalité des armes qui ferme le triangle. Il faut donc se réjouir des arrêts de la Cour de cassation qui, ces derniers mois, voire ces dernières semaines, sont venus rappeler à un respect plus sourcilieux du principe de la contradiction ⁸⁷. C'est ce caractère essentiel qui fait de la contradiction et de l'impartialité des principes communs à tous les procès et qui justifie qu'on les étende au delà à tous les modes de résolution des différends, y compris les modes

⁸² Voir L. Cadiet, Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès, préc, spéc. n° 39.

⁸³ B. Beignier, Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs - Les principes généraux du droit et la procédure civile, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle : Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 153 sq, spéc. pp. 153-156 et pp. 164-166. - Rapp. E. Picard, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, n° spéc. août-sept. 1998, pp. 6 sq, spéc. p. 8. - S. Guinchard, Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile, in *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 355 sq.

⁸⁴ V. déjà G. Vedel, Propos d'ouverture, in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica-PUAM, 1998, p. 16 : « ce n'est pas dans la Constitution que les notions fondamentales du droit puisent leur existence ; c'est la Constitution qui s'enracine dans des notions fondamentales préexistantes ».

⁸⁵ Leçon, notamment, de l'affaire *Zielinski* : voir *infra* n° 30.

⁸⁶ V. p. ex. H. Sak, Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang des principes généraux du droit, *Petites aff.* 2000, n° 77, pp. 4 sq. A défaut de souscrire en tout point à ce discours, il est utile, en tout cas, d'en relever l'existence car il est symptomatique de l'expansionnisme normatif des principes directeurs du procès au sein de la légalité procédurale.

⁸⁷ Voir p. ex. Cass. 2^{ème} ch. civ., 11 janv. 2006, arrêts n° 63, 64, 65, à paraître au *Bulletin*, censurant les juges du fond qui n'avaient pas invité les parties à s'expliquer sur l'absence, au dossier, de pièces qui figuraient sur le bordereau de pièces d'une partie et dont la communication n'avait pas été contestée, et qui, de ce fait, n'avaient pas pu se prononcer en connaissance de cause. - Voir aussi Cass. com. 13 déc. 2005, à paraître au *Bulletin*, *JCP* 2006, IV, 1114, imposant au juge-commissaire, en matière de procédures collectives, le respect de la contradiction à la procédure de relevé de forclusion, « qui est de nature contentieuse ». - Cass. 2^{ème} ch. civ., 4 janv. 2006, *D.* 2006, IR, 178, à propos de la procédure en matière de taxe et dépens. - Cass. 2^{ème} ch. civ., 19 janv. 2006, *D.* 2006, IR, 322, faisant application de l'article 160 NCPC à l'expertise technique du Code de la sécurité sociale.

extrajudiciaires, comme l'arbitrage, y compris les modes conventionnels, comme la conciliation⁸⁸. Ainsi, lorsque le règlement amiable passe par l'intervention d'un tiers, la procédure doit être soumise au principe de l'impartialité du tiers⁸⁹, cette impartialité étant requise *non pas parce que le tiers est un juge, mais parce qu'il est un tiers par rapport aux parties*. Le fait que le juge tranche le litige tandis que le conciliateur aide les parties à résoudre elles-mêmes leur différend ne change rien à la condition de tiers qu'ils ont en commun ; dans les deux cas, le tiers ne doit pas prendre parti ; il doit maintenir la balance égale entre les parties ; il doit rester à la juste distance qui seule confère légitimité à son intervention⁹⁰.

Avec le principe de la contradiction et le principe de l'impartialité, nous nous trouvons à la pointe de la pyramide de la légalité procédurale⁹¹. En eux s'exprime l'équité procédurale dans son état le plus pur. Il peut paraître paradoxal que l'équité, qui est traditionnellement exception à la loi quand celle-ci cesse d'être juste⁹², devienne la meilleure expression de la légalité procédurale. Mais ici encore, le paradoxe n'est qu'apparent. On peut le dire à la manière anglo-américaine, déjà évoquée : le *fair trial* participe du *due process of law*⁹³. On peut aussi l'exprimer comme le doyen Carbonnier, pour lequel ces principes d'équité « *forment un peu le droit naturel de la procédure* »⁹⁴. S'il devait n'en rester que deux, ce serait ces deux-là, les balises les plus sûres quand la tourmente sévit et emporte avec elle les autres repères de la légalité procédurale. A une époque où la légalité matérielle peut apparaître chancelante, où, si j'en crois même Hervé Croze, « *l'idée de soumission du juge à la légalité est vigoureusement contestée, au nom d'une idée de la justice qui transcenderait la hiérarchie des normes, et, plus prosaïquement, de la prétendue incompétence du 'législateur'* »⁹⁵, la contradiction et l'impartialité, plus qu'aucun autre élément de la légalité procédurale, sont des facteurs essentiels de la légitimité du juge. Ces deux principes ajoutent au fondement *institutionnel* de cette légitimité, tiré de la Constitution, une justification *fonctionnelle*, fondée sur une méthodologie juridictionnelle ramenée, pour l'essentiel, au débat contradictoire qu'un juge impartial et indépendant fait respecter et respecte lui-même⁹⁶ dans le cadre d'une justice démocratique⁹⁷.

⁸⁸ Voir L. Ascensi, *Du principe de la contradiction*, thèse Paris 1, 2004.

⁸⁹ Voir *supra* n° 16.

⁹⁰ V. d'ailleurs l'exigence d'impartialité requise du technicien chargé d'une mesure d'instruction : NCPC, art. 237.

⁹¹ Voir d'ailleurs, en droit canadien et québécois, P. Garant, *Droit administratif*, 5^{ème} éd., Ed. Y. Blais, 2004, qui fait du droit au juge naturel et de la règle *Audi alteram partem* le cœur du contrôle de la légalité procédurale.

⁹² Voir L. Cadiet, L'équité dans l'office du juge civil, *Justices*, n° 9, 1998, pp. 87 *sq.*

⁹³ Voir *supra* n° 13.

⁹⁴ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 188. - Voir aussi H. Motulsky, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, in *Mélanges Roubier*, 1961, t. 2, pp. 175 *sq.* et in *Ecrits*, t. 1, préc., pp. 60 *sq.*

⁹⁵ H. Croze, Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision, préc., n° 15. Rappr. N. Fricéro, *Procès civil équitable et juge judiciaire : nouveaux pouvoirs, nouveaux devoirs*, préc., n° 4 et 5.

⁹⁶ Voir G. Canivet, V° Légitimité du juge, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc., spéc. p. 819-820. - Rappr. J.-M. Coulon, V° Méthodes de jugement, in *Dictionnaire de la justice* préc. - E. Baraduc, « ...A la recherche de quelques principes communs pour la loyauté du procès de cassation », Discours prononcé le 18 décembre 2001 à l'Audience solennelle de rentrée de la Conférence du Stage des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, p. 4.

⁹⁷ Plutôt que d'une démocratie judiciaire, procédurale ou contentieuse : conf. S. Guinchard, Vers une démocratie procédurale, *Justices* 1999, pp. 91 *sq.*, et L. Cadiet, Justice démocratique versus démocratie judiciaire ? in S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), *Justice et démocratie*, PULIM, 2003, pp. 507 *sq.*

Faut-il aller jusqu'à les transcender en un principe unique de loyauté⁹⁸ ? L'idée est à la mode⁹⁹ ; la Cour de cassation lui fait écho qui vise expressément la loyauté des débats dans quelques arrêts récents, notamment un arrêt relatif à une élection delphinale qui a fait couler beaucoup d'encre¹⁰⁰. Elle n'est cependant pas nouvelle et n'apporte pas grand chose de plus aux principes fondamentaux du procès civil déjà consacrés à travers les exigences du procès équitable, les principes directeurs du procès et bien d'autres règles du code, qui la sous-entendent¹⁰¹. Lorsque l'article 3 NCPC confie au juge le pouvoir de veiller « *au bon déroulement de l'instance* » c'est le « *déroulement loyal de la procédure* » qu'il entend, ainsi que le confirme expressément l'article 763 NCPC¹⁰², et, cette mission, il la confie à un juge qui a prêté serment « *de bien et fidèlement remplir (s)es fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de (s)e conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* »¹⁰³. La loyauté est donc une qualité générale attendue du juge et une qualité particulière attendue des parties dans le respect de la contradiction et de leur obligation de concourir à la manifestation de la vérité¹⁰⁴, davantage qu'un principe directeur autonome du procès civil¹⁰⁵. Il n'est pas anodin, à cet égard, que la 1^{ère} chambre civile en appelle au respect de la loyauté au visa des articles 10 C. civ. et 3 NCPC en donnant à son rappel une rédaction très clairement empruntée à l'article 16, al. 1^{er} NCPC : « *Attendu que le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats* ». Il n'est donc pas souhaitable, de mon point de

⁹⁸ Voir E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003. L'étymologie du mot y inviterait : voir O. Bloch et W. von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, Quadriga, 2002, V^o Loyal, qu'ils font dériver comme « légal », du latin médiéval *legalis*, c'est-à-dire de la conformité à la loi. Mais le point de vue n'est pas unanimement partagé : voir A. Rey (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2005, pour lequel « loyauté » serait dérivé de « leal » plutôt qu'issu du latin « legalitas ».

⁹⁹ Principalement, mais pas seulement (voir E. Baraduc, A la recherche de quelques principes communs pour la loyauté du procès de cassation, préc.), sur le terrain de la preuve : voir not., en matière civile, A. Leborgne, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, *RTD civ.* 1996, pp. 535 sq. - V. Perrocheau, Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves, *Petites aff.* 17 mai 2002, pp. 6 sq. — L. Raison-Rébuffat, Le principe de loyauté en droit de la preuve, *Gaz. Pal.* 26-27 juill. 2002, pp. 3 sq.

¹⁰⁰ Cass. 2^{ème} civ., 23 oct. 2003, *Bull.* II, n° 326 (conclusions tardives, comportement contraire à la loyauté des débats). – Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2005, *JCP* 2006, I, 105, n° 14, obs. Martin ; *D.* 2005, 2575, note Boursier ; *Rev. huiss.* 2006, pp. 35 sq, obs. Fricero (rétention d'une pièce susceptible de modifier l'opinion du juge). – Voir ensuite, Cass. 2^{ème} civ., 7 juill. 2005, pourvoi n° 02-21169. – 6 oct. 2005, pourvoi n° 04-11914. – 11 janv. 2006, pourvoi n° 04-19746 et pourvoi n° 04-14305.

¹⁰¹ Voir J. Carbonnier, *op. cit. et loc. cit.*, p. 335, qui fait aussi référence à *fraus omnia corrumpit* et cite également le recours en révision (art. 595 sq NCPC).

¹⁰² Et quand l'article 132 dispose que « *la partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance* », cette communication devant être « *spontanée* », la loyauté est clairement contenue dans cette exigence : L. Cadet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 733.

¹⁰³ Art. 6, Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958.

¹⁰⁴ Avec ici, cependant, une appréciation réaliste de l'obligation. Ainsi que l'écrit le doyen Carbonnier (*ibidem*), « *Si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas : il y a dans le procès un combat, à tout le moins un match. Si chacun des deux plaideurs devait concourir à la manifestation de la vérité (une seule vérité), comme le lui enjoint, à dessein de moraliser le procès, l'article 10 C. civ., on se demande bien comment l'instance pourrait se nouer. Faut-il donc croire qu'il ne pourra y avoir de gagnant que parce que l'un des deux aura été moins loyal que l'autre ? En pratique, un minimum de loyauté est assuré par la déontologie qui gouverne les rapports entre avocats, ainsi que par le contrôle du juge (art. 3). A condition de respecter ce minimum, chaque partie peut se sentir invitée par l'article 9 à travailler pour le succès de sa prétention, à laisser un instant la vérité unique pour sa propre vérité* ». Rapp. E. Baraduc, *op. cit.*, p. 9 : « *le devoir de coopérer avec le juge trouve une limite infranchissable : l'obligation de ne pas trahir les intérêts qui nous ont été confiés* ».

¹⁰⁵ Rapp. N. Fricéro, *op. cit. et loc. cit.* - V. cep. R. Martin, obs. préc. : « *Ce faisant, elle créait prétoriennement un nouveau principe directeur du procès à ajouter au chapitre I^{er} du nouveau Code de procédure civile, le principe de loyauté* ».

vue, que le principe de loyauté soit érigé en principe autonome, sauf à vider le 1^{er} chapitre du nouveau Code de procédure civile de sa substance éprouvée au profit d'un concept trop général et trop subjectif pour servir de grammaire commune fiable et sûre¹⁰⁶. A tout prendre, il vaudrait encore mieux consacrer un devoir de cohérence, qui apparaîtrait aussi ici et là, au fil de certaines décisions¹⁰⁷.

Quoi qu'il en soit, ces décisions sont exemplaires à d'autres égards et surtout en ceci que, en conduisant la Cour de cassation à écarter l'application de dispositions du nouveau Code de procédure civile dont l'application littérale aurait pu conduire à une solution différente, elle révèle les perturbations que la mise en œuvre de la légalité procédurale provoque dans l'ordonnement du procès civil. Après avoir tenté de cerner la notion de légalité procédurale, essayons donc maintenant d'observer la légalité procédurale à l'œuvre.

II. – La légalité procédurale à l'oeuvre

24. Les perturbations que la mise en œuvre de la légalité procédurale provoque dans le champ processuel en matière civile tiennent, d'une part, à l'existence inévitable de conflits de légalité (A). Elles conduisent, d'autre part, à s'interroger sur les techniques du contrôle de la légalité procédurale et, notamment, sur l'adaptation des instruments permettant d'en assurer le contrôle (B).

A. – Les conflits de légalité procédurale

25. Il faudrait parler, plus largement, des conflits de *la* légalité procédurale, car ces conflits sont à la fois externes et internes. Je ne développerai pas les *conflits externes* dans cet exposé. Ce sont ceux qui se nouent entre la légalité procédurale et des exigences qui lui sont extérieures : je pense, d'une part, au conflit entre la légalité procédurale et la légalité substantielle, que symbolise l'évolution du rôle du procès équitable dans le contrôle des atteintes portées aux droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, au point qu'on a pu se demander si le droit au procès équitable n'était pas devenu lui-même un droit substantiel¹⁰⁸ ; je pense, d'autre part, au conflit entre la légalité procédurale et la logique économique, qui conduit à des compromis entre exigence d'équité et

¹⁰⁶ Rappr. N. Fricéro, obs. préc., n° 4. – Voir aussi J. Normand, V° Principes directeurs du procès, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 1045.

¹⁰⁷ Voir p. ex. Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992, *Bull.* I, n° 180 : ne peut être soulevé un moyen dont un autre fait apparaître qu'il a été invoqué de mauvaise foi. – Cass. 2^{ème} civ., 20 oct. 2005, pourvoi n° 03-13932, *JCP* 2005, IV, 3454, à paraître au *Bulletin* : moyen de cassation incompatible avec la position adoptée par le demandeur au pourvoi devant les juges du fond. Sauf à préciser que la cohérence n'est pas seulement attendue des parties ; elle l'est aussi du juge : voir M.-L. Izorche, La cassation, sanction d'une atteinte à la logique, in *Mélanges Pierre Couvrat*, PUF, 2001, pp. 131 sq, spéc. pp. 142-153.

¹⁰⁸ Voir J.-F. Flauss, Les nouvelles frontières du procès équitable, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 81 sq. – Comp., par la suite, S. Guinchard, Le procès équitable, droit fondamental ? *AJDA* 1998, n° spéc. *Les droits fondamentaux*, pp. 191 sq ; Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 138-173 ; et rassemblant le tout S. Guinchard et alii, *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, n° 482-493. – Conf. M.-L. Niboyet, La distinction de la procédure et de la substance devant la Cour européenne des droits de l'homme (à la lumière de la loi anti-Perruche), in *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, pp. 341 sq, spéc. p. 342, puis, dans le sens de cet auteur, CEDH, 6 juill. 2004, et 6 oct. 2005, *Draon* (req. n° 1513/03) et *Maurice* (req. n° 11810/3), *AJDA* 2005, 1924 ; *D.* 2005, IR 2546 ; *RTD civ.* 2005, 798, obs. Revet. – Rappr. CEDH 19 oct. 2005, *Roche c. Royaume-Uni*, *JCP* 2006, I, 109, n° 4, obs. Sudre.

exigence d'efficience dans l'administration de la justice et le fonctionnement des procédures : le filtrage des voies de recours en est une illustration très nette ¹⁰⁹. Je m'intéresserai seulement ici aux *conflits internes* à la légalité procédurale. Deux raisons en expliquent l'existence. D'abord, comme nous l'avons observé, cette légalité n'est pas d'un bloc : elle puise à des sources multiples et, de ce fait, se compose de règles dont la valeur normative est variable. Surtout, cette légalité procédurale est mise en œuvre par des juridictions différentes, nationales pour les unes, internationales pour les autres, qui ne sont pas hiérarchisées entre elles, ce qui est de nature à favoriser les conflits de logiques, sinon l'émergence de jurisprudences divergentes ¹¹⁰. La Cour de cassation n'est pas le seul juge de la légalité procédurale mais, en elle, s'observent tous les paradoxes de cette légalité. Au sein de la légalité procédurale, le juge peut entrer en conflit avec la loi (1°) et un juge chargé d'assurer le respect de la légalité procédurale peut entrer en conflit avec un autre juge ayant en charge la même mission (2°).

1°) Le conflit du juge et de la loi

26. Une question exprime parfaitement le conflit qui peut aujourd'hui se nouer, au sein de l'ordre juridique français, entre le juge et la loi. Cette question, où l'exclamation le dispute à l'interrogation, c'est celle qu'Emmanuel Piwnica posait, le 16 décembre 2003, en terminant son discours d'ouverture de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation : « *Qui aurait pu croire, il y a quelques années, que le juge chargé de veiller au respect de la loi pourrait l'écarter ?* » ¹¹¹. Que de chemin parcouru, en effet, depuis le référé législatif ¹¹² ! A proprement parler, ce pouvoir du juge ne date cependant pas d'aujourd'hui. Prévu au profit de la juridiction administrative au moyen du recours pour excès de pouvoir, qui met en œuvre le contrôle de légalité des règlements, il l'est également au profit du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois organisé par la Constitution ¹¹³.

La nouveauté tient bien sûr à la reconnaissance, au profit des juridictions ordinaires, singulièrement du juge judiciaire, quel qu'il soit, juge du fond ou juge de cassation, du

¹⁰⁹ Voir G. Canivet, Du principe d'efficience en droit judiciaire privé, in *Mélanges offerts à Pierre Drat - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 243 sq ; Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires, dont sont saisies les juridictions ? in M.-L. Cavrois, H. Dalle et J.-P. Jean (dir.), *La qualité de la justice*, Paris, La documentation française, 2002, pp. 213 sq ; Economie de la justice et procès équitable, *JCP* 2001, I, 361 - L. Cadiet, Justice et ordre concurrentiel, in *Mélanges Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 85 sq. - Efficience versus équité ? in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp. 25 sq.

¹¹⁰ Rapp. F. Ost et M. van de Kerchove, Le juge entre ordre et désordre, in *Mélanges Jacques van Compernelle*, préc., pp. 470 sq

¹¹¹ E. Piwnica, L'application de la règle de droit : de la légalité à la sécurité, *Justice & Cassation*, n° 1, 2005, pp. 171 sq, spéc. p. 174. Voir aussi B. Oppetit, Le rôle créateur de la Cour de cassation, préc., spéc. pp. 162-166.

¹¹² Dont la création, soutenue par Robespierre et Le Chapelier, partait de l'idée, exacte, exprimée par Robespierre, que « *si une autorité autre que celle du législateur pouvait interpréter les Lois, elle élèverait sa volonté au dessus de celle du législateur* » : *Arch. parlem.*, t. XV, p. 670 (séance du 25 mai 1790). Voir F. Kernaleguen, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse Rennes 1, 1979, spéc. n° 13 à 18, rappelant l'existence et la disparition des deux sortes de référé législatif créés à l'époque de la Révolution : le référé des juges du fond, par la loi des 16-24 août 1790 (art. 12, titre II), et le référé du Tribunal de cassation, par la loi des 27 novembre – 1^{er} décembre 1790. Voir aussi J.-L. Halpérin, Histoire de la Cour de cassation : du Tribunal de cassation à la Cour de cassation, in *Bicentenaire de la Cour de cassation*, La documentation française, 1991, pp. 118 sq.

¹¹³ Voir *supra* n° 10-11.

pouvoir de contrôler la conformité des lois nationales, à l'exclusion de la Constitution¹¹⁴, aux conventions internationales signées et ratifiées par la France. Dès lors que ce contrôle de conventionnalité était écarté par le Conseil constitutionnel¹¹⁵, il devait inévitablement incomber aux juridictions ordinaires sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, ce qu'ont admis, successivement, la Cour de cassation¹¹⁶, puis le Conseil d'Etat¹¹⁷. Le juge interne a ainsi acquis le pouvoir de contrôler l'activité législative au regard des normes internationales et, plus particulièrement pour ce qui nous intéresse, au regard du droit au procès équitable tel qu'il est défini par l'article 6 § 1 Conv. EDH et l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme. Dans le cadre de contrôle, il a le pouvoir d'écarter l'application de la norme interne inconstitutionnelle au cas dont il est saisi : le juge fait échec à la loi¹¹⁸. Ce n'est donc plus seulement la conformité des jugements aux bonnes manières de procéder qui est en cause, mais aussi la conformité des règles procédurales aux normes qui leur sont supérieures. Et ce contrôle est un effet dérivé de notre loi fondamentale ; il n'y a donc pas lieu de s'en offusquer.

27. C'est ainsi que les règles françaises de procédure civile ont été passées au tamis de l'article 6 § 1 Conv. EDH, ce contrôle conduisant le juge judiciaire à accorder bons ou mauvais points à la norme interne de procédure selon qu'elle satisfait ou non aux exigences du procès équitable. Les illustrations en sont nombreuses et n'ont pas manqué d'être signalées ici et là¹¹⁹. La radiographie n'est du reste pas terminée. Bien d'autres règles du code de procédure civile pourraient y passer. Sans que cela préjuge du résultat du test, il est permis par exemple de songer aux règles différenciant l'exercice des voies de recours contre les jugements qui ne mettent pas fin à l'instance¹²⁰, ou aux règles du code de l'organisation judiciaire,

¹¹⁴ CE 30 oct. 1998, *Sarran et alii*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, préc., n° 106. – Cass. ass. plén. 2 juin 2000, *Fraisse*, *Bull. ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 2000, pp. 965 sq, note Mathieu et Verpeaux. Mais la question est susceptible d'évolutions, en raison du nouvel art. 88-1 de la Constitution : voir *supra* n° 12 et P. Deumier, obs. à propos de CE 5 juill. 2005 préc., *RTDC civ.* 2005, pp. 563-564. – Conf. Y. Gaudemet, *V° Légalité (Principe de)*, préc., p. 919.

¹¹⁵ Cons. const. 15 janv. 1975, déc. n° 74-54 DC, *Interruption volontaire de grossesse I*, *Rec.* 19 ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 23.

¹¹⁶ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *Bull. ch. mixte*, n° 4 ; *D.* 1975, pp. 496 sq, concl. Touffait.

¹¹⁷ CE 20 oct. 1989, *Nicolo*, *Rec.* 190 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, préc., n° 96.

¹¹⁸ Car « le principe de légalité impose d'éliminer de l'ordonnancement juridique les normes illégales, à tout le moins de les neutraliser » : E. Piwnica, *L'application de la règle de droit : de la légalité à la sécurité*, préc., p. 172.

¹¹⁹ Voir p. ex., pour s'en tenir aux dispositions du livre 1^{er} du nouveau Code de procédure civile, Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1996, *JCP* 1997, II, 22816, note Martin, à propos de l'article 1^{er} NCPC et de la saisine d'office. – Cass. 2^e civ., 12 juill. 2001, *Bull.* II, n° 140, à propos des délais de procédure et de l'article 2. – Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2000, *JCP* 2000, IV, 2792, à propos de l'article 9 et de la charge de la preuve. – Cass. soc., 17 mars 1998, *Bull.* V, n° 149, à propos des articles 200 sq et de la force probante des attestations. – Cass. com., 29 mai 2001, *Bull.* IV, n° 108 ; *JCP* 2001, I, 362, n° 11, obs. Cadiet, à propos de l'article 424 et l'intervention du ministère public comme partie jointe. – Cass. 2^e civ., 17 mai 1993, *JCP* 1993, IV, 1802, à propos de l'article 446, al. 2 et le régime de la recevabilité du moyen tiré de la nullité des actes de procédure. – Cass. 2^e civ., 30 janv. 2003, *Bull.* II, n° 23 ; *JCP* 2003, I, 128, n° 20, obs. Cadiet ; *Rev. huiss.* 2002, p. 248, obs. Hoonakker ; *D.* 2003, p. 2722, note Ben Merzouk, à propos de l'article 528-1 et de la forclusion des recours exercés contre les jugements qui n'ont pas été notifiés dans les deux ans de leur prononcé. – *Adde* Cass. 3^e civ., 23 févr. 2005, *Bull.* III, n° 41 (art. 583). – Cass. 2^e civ., 30 avr. 2003, *Bull.* II, n° 120 (art. 643). – Cass. com., 2 mai 2001, *Bull.* IV, n° 79 ; *Procédures* 2001, n° 143, obs. Perrot ; Cass. 2^e civ., 20 mars 2003, *Bull.* II, n° 72 ; 19 déc. 2002, *Bull.* II, n° 295 ; *D.* 2003, somm. 1398, obs. Julien ; *Rev. huissiers* 2003, 165, obs. Douchy (art. 659). – Cass. 2^e civ., 14 oct. 2004, *Bull.* II, n° 458 (art. 704). – Le jugement de conformité peut aussi émaner du Conseil d'Etat : voir p. ex., à propos de l'article 698, CE, 25 mai 2005, *JCP* 2005, IV, 2568 ; *Gaz. Pal.* 3-4 juin 2005, 4, concl. Aguila.

¹²⁰ Par ex. art. 545 (appel) et 608 (pourvoi en cassation) NCPC. Ces règles ont pourtant une réelle utilité du point de vue de la police des instances, qu'elles tendent à préserver des manœuvres dilatoires des parties. Il est permis

spécialement les règles relatives à la distribution des affaires au sein de la juridiction ¹²¹, voire à certaines solutions jurisprudentielles comme celles qui, par exemple, édictent des présomptions de régularité de la procédure ¹²². Cet aspect des choses étant sans doute le plus connu des rapports entre le droit interne et la Convention européenne des droits de l'homme, il n'est pas utile de s'y attarder, sauf à faire deux remarques.

La première conduit à observer, à la suite du doyen Normand, que « *sur de très nombreux points, droit interne et droit conventionnel se rejoignent dans la plupart de leurs aspects. C'est heureux et c'est normal à la fois. L'indépendance et l'impartialité du juge, les droits de la défense (...), par exemple, ne sont ni des valeurs ni des exigences nouvelles* » ¹²³. Il serait intéressant, à cet égard, d'actualiser les données résultant d'une étude portant sur les décisions françaises prononcées entre 1990 et 1995, qui avait relevé que dans 13 % des cas, le moyen pris de la Convention avait été déclaré irrecevable, dans 60 % des cas, il avait été décidé de la conformité à la Convention, la violation des droits garantis n'étant retenue que dans 27 % des cas ¹²⁴. La situation de conflit et, partant, l'éviction de la norme procédurale interne au profit de la règle conventionnelle est donc l'exception ¹²⁵.

La deuxième observation est que, même en l'absence de conflit entre les exigences du procès équitable et la solution du droit interne, l'objectif poursuivi étant le même dans les deux ordres normatifs, la règle interne de procédure peut se trouver écartée pour que la garantie conventionnelle puisse produire utilement son effet. C'est ainsi que, si l'article 445, relatif aux notes en délibéré, n'est pas contraire aux exigences du procès équitable ¹²⁶, la Cour de cassation a jugé, dans une affaire récente déjà évoquée, qu'il ne doit pas interdire que soit déclarée recevable en cours de délibéré, au-delà des hypothèses qu'il vise expressément ¹²⁷, une pièce comportant des éléments susceptibles de modifier l'opinion des juges, dès lors que l'adversaire qui la détenait depuis plusieurs mois ne l'avait pas communiquée avant la clôture des débats ¹²⁸. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a jugé, à plusieurs reprises, que l'article 341 NCPC, qui prévoit huit cas de récusation d'un juge, n'épuise pas

de se demander si cette utilité n'est cependant pas altérée par le décret n° 2005-1678 du 28 déc. 2005 préc., par l'effet de la portée désormais reconnu aux ordonnances du juge de la mise en état : voir art. 27, modifiant l'article 775 (autorité de chose jugée), et l'article 28, modifiant l'article 776 (voies de recours). La Cour de cassation elle-même pourrait amorcer un tournant en ce sens, en développant la notion d'« instance incidente » permettant un recours immédiat. Voir Cass. 2^{ème} civ., 23 juin 2005 : *Bull.* II, n° 170, à propos d'une décision par laquelle un tribunal rejette une demande de remplacement d'un expert et la récusation de celui-ci.

¹²¹ Susceptibles de mettre en cause ce qui est appelé, dans certains pays étrangers, le *jus de non evocando* : voir Ph. M. Langbroek et M. Fabri (dir.), *Internal case assignment – A report on a comparative study into the rules and practices of case distribution in courts in 5 european countries*, Utrecht Institute for Legal Studies, 2005, 190 p., spéc. D. Marshall, M. Guyomar, L. Cadiet et E. Jeuland, *Internal case assignment in France*, pp. 135 sq.

¹²² Voir A. Perdriau, Les présomptions de régularité de la procédure instituées par la Cour de cassation, *Gaz. Pal.* 30 avr.-1^{er} mai 1999, pp. 4 sq.

¹²³ J. Normand, La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'Homme devant la Cour de cassation, préc., n° 15.

¹²⁴ M. Fabre, L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge française, *Petites affiches* 2 août 1996, n° 93, p. 4.

¹²⁵ La situation de principe, qui est donc celle de l'équivalence des solutions, pose la question de savoir si les juges doivent fonder leur décision sur la règle interne, sur la règle conventionnelle ou sur les deux. Cette question, qui rejoint celle de la subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme par rapport au droit interne, est discutée en doctrine et donne lieu à des pratiques incertaines : voir J. Normand, *op. cit.*, spéc. n° 18-29.

¹²⁶ Cass. com., 15 oct. 1996, *Procédures* 1997, n° 3, obs. Perrot

¹²⁷ « *En vue de répondre aux arguments développés par le ministère public, ou à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444* ».

¹²⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2005, cité *supra* note 101.

nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction et qu'il est donc possible de présenter une demande de récusation fondée directement sur l'article 6 § 1 Conv. EDH¹²⁹, à condition cependant que cette demande soit faite par la partie qui s'en prévaut dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation¹³⁰. Le doyen Normand a pu se demander, à propos de cette dernière solution, si la Cour européenne se retrouverait dans le compromis ainsi réalisé par la Cour de cassation et si elle situerait « *au même niveau l'équilibre qui s'impose entre le principe fondamental de l'impartialité et l'obligation de loyauté procédurale* »¹³¹.

Cette interrogation sous-entend qu'en même temps qu'elle crée les conditions d'un conflit interne entre le juge et la loi, l'extension de la légalité procédurale aux normes internationales du procès équitable est aussi susceptible de créer les conditions d'un conflit des juges entre eux.

2°) Le conflit des juges entre eux

28. Ce conflit des juges entre eux doit bien sûr être compris, non pas comme un pugilat entre juges, mais au regard des tensions normatives entre ordres juridictionnels ayant vocation concurrente à exprimer la légalité procédurale en matière civile, sorte de « *rapports de systèmes* » pour employer un vocabulaire kelsénien. L'accent doit être principalement mis sur le conflit entre Cour de cassation et Conseil constitutionnel, d'une part, et le conflit entre Cour de cassation et Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part.

29. *Le conflit entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel* peut se nouer sur différents terrains dont M. Delvolvé a rendu compte avec précision dans l'étude qu'il a consacrée, l'an passé, aux rapports de la constitution et de la cassation¹³².

C'est surtout la question de la conventionnalité des lois internes qui a été l'occasion d'un conflit entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Ce conflit était inévitable. A partir du moment où le Conseil constitutionnel avait refusé de contrôler la conformité des lois internes aux engagements internationaux de la France¹³³, ce contrôle devait incomber aux juridictions ordinaires avec le risque potentiel qu'une loi interne soit déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel et contraire à une convention internationale par la Cour de cassation (ou le Conseil d'Etat). Le risque n'a pas manqué de se réaliser, on le sait, à propos des lois rétroactives (lois interprétatives et lois de validation), le fait que la loi ait été déclarée conforme à la Constitution ne suffisant pas à établir sa conformité à la convention internationale¹³⁴. Chacun sait aussi que c'est sous l'influence de la jurisprudence de la Cour

¹²⁹ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1998, *Bull.* I, n° 155 ; *JCP* 1998, I, 173, n° 16, obs. Cadiet et 1999, II, 10102, note Pralus-Dupuy ; *RTD civ.* 1998, 744, obs. Perrot. – Cass. 2^e civ., 27 mai 2004 : *Bull.* II, n° 245.

¹³⁰ Cass. ass. plén. 24 nov. 2000, *Bull. ass. plén.* n° 10. – Cass. 2^e civ., 20 oct. 2005, pourvoi n° 04-04114, à paraître au *Bulletin*. – Sur la question de savoir si la recevabilité du moyen pris de l'article 6 § 1 Conv. EDH s'apprécie ou non au regard de l'article 342 NCPC, voir J. Normand, *op. cit.*, n° 44-53, qui répond par la négative en y voyant une construction autonome de la Cour de cassation. Mais voir Cass. 2^{ème} civ., 2 juin 2005 : *Bull.* II, n° 145, jugeant que « *en vertu de l'article 342 NCPC dont les dispositions ne sont pas incompatibles avec celles de l'article 6.1 Conv. EDH, la demande pour cause de récusation contre un ou plusieurs juges ne peut être formée après la clôture des débats* ».

¹³¹ J. Normand, *op. cit.*, n° 53. – Comp. N. Fricéro, *op. cit.*, n° 21-26.

¹³² P. Delvolvé, *Constitution et cassation, Justice & Cassation*, n° 1, 2005, pp. 136 *sq.* – Voir, déjà, *La Cour de cassation et la Constitution*, PUAM, 1995.

¹³³ Voir *supra* n° 26.

¹³⁴ Voir S. Bolle, *L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution*, *RFD adm.* 2000, pp. 1254 *sq.* - N. Molfessis, *Le contrôle de conventionnalité d'une loi conforme à la Constitution*, *RTD civ.* 1999,

européenne des droits de l'homme ¹³⁵ que la Cour de cassation a adopté cette solution et que c'est en vertu du principe de la prééminence du droit et du droit au procès équitable, plus spécialement du droit à un tribunal indépendant, qu'a été sanctionnée, à défaut *d'impérieux motifs d'intérêt général* ¹³⁶, l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige ¹³⁷. La solution n'est pas choquante en soi, dès lors que réserve est faite des motifs d'intérêt général, autre chose étant de savoir si ces motifs doivent être suffisants ou impérieux ¹³⁸. Elle l'est d'autant moins que, dans le complexe normatif de la légalité procédurale, les tensions n'existent pas seulement entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

30. Les conflits existent aussi *entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme* ¹³⁹. Ces conflits concernent bien sûr, de manière générale, les regards respectifs que la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme portent respectivement sur l'activité des juridictions françaises du fond au regard des exigences du procès équitable. Mais il est plus intéressant d'observer que la Cour de cassation elle-même, parce qu'elle est aussi soumise aux normes constitutives de la légalité procédurale, n'échappe pas au test du procès équitable, opéré par la Cour européenne des droits de l'homme ¹⁴⁰.

C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme, dans des décisions diversement appréciées, a été amenée à porter un jugement sur la légalité procédurale du rôle de l'avocat général près la Cour de cassation ¹⁴¹, la recevabilité des moyens nouveaux ¹⁴², la

pp. 236 *sq.* – Comp. Ph. Malinvaud, L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives, *in* 1804-2004, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 671 *sq.*

¹³⁵ CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski et alii*, *Procédures* 2000, n° 94, obs. Fricéro ; *RTD civ.* 2000, 439, obs. Marguénaud et 629, obs. Perrot.

¹³⁶ Cass. ass. plén., 24 janv. 2003, *Bull. ass. plén.*, n°s 2 et 3 ; *D.* 2003, 1648, note Paricard-Pioux. Voir aussi E. Piwnica, L'application de la règle de droit : de la légalité à la sécurité, *préc.*, p. 173.

¹³⁷ Quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'État n'est pas partie au procès, Cass. ass. plén., 23 janv. 2004, *Bull. ass. plén.*, n° 2 ; *JCP* 2004, II, 10030, note Billiau ; *Procédures* 2004, n° 49, obs. Perrot et n° 56, obs. Croze ; *RTD civ.* 2004, p. 341, obs. Théry et p. 371, obs. Raynard ; *Justice & Cassation* 2005, 290, obs. Canivet. – V. B. Mathieu, La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot, *RFDA* 2004, pp. 224 *sq.*

¹³⁸ Comp. CE avis, 16 févr. 2001, *JO* 4 avr., p. 5257 : « *sauf lorsque l'intervention de ces mesures est justifiée par des motifs d'intérêt général suffisants* ». – Mais voir CE, avis, 27 mai 2005, n° 277975, *JCP* 2005, I, 192, n° 66, obs. Mathieu et Verpeaux, qui adopte la référence aux motifs d'intérêt général « *impérieux* ».

¹³⁹ Voir not. J.-P. Marguénaud, R. de Gouttes et R. Koering-Joulin, Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, *préc.*, pp. 217 *sq.*

¹⁴⁰ A défaut de contrôle de constitutionnalité opéré sur le juge de cassation comme c'est le cas dans certains pays étrangers, comme l'Espagne, le Portugal ou l'Allemagne : voir P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 28 et 30. Ainsi que l'observe J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 194 : « *Comment, dans ces conditions, le juge de cassation pourrait-il lui-même échapper à une contrainte qu'il a pour mission d'imposer aux autres juridictions comme une garantie de l'Etat de droit ?* ». – Rapp. M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *op. cit.*, pp. 13-14, à propos de la procédure de non-admission des pourvois (art. L. 131-6 COJ).

¹⁴¹ CEDH 31 mars 1998, *Reinhardt et Sliman-Kaïd* *RTD civ.* 1999, 511, obs. Marguénaud. – CEDH 25 janv. 2000, *Slimane-Kaïd*, *D.* 2000, 186, obs. Fricéro. – Voir J. Normand, La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation, *préc.*, n° 1. – S. Guinchard, Touche pas à mon code ! *préc.*, p. 277.

¹⁴² Art. 619 NCPC. La Cour européenne des droits de l'homme se reconnaît le droit de contrôler, au titre de l'erreur manifeste d'appréciation, si le rejet d'un moyen nouveau par la Cour de cassation est contraire ou non au droit à un procès équitable, CEDH 21 mars 2000, *Dulaurans*, *JCP* 2000, II, 10344, note Perdriau et 2001, I, 291, n° 20, obs. Sudre ; *D.* 2000, 883, note Clay ; *Procédures* 2000, n° 186, obs. Fricéro ; *RTD civ.* 2000, 439, obs. Marguénaud et 635, obs. Perrot. – Voir A. Brunet, Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation *in* *Mélanges Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 51 *sq.* – J.-F. Burgelin, La Cour de cassation en question, *D.* 2001, Point de vue, pp. 932 *sq.*

procédure de retrait du rôle des articles 1009-1 *sq* NCPC ¹⁴³, justement rebaptisée radiation par le décret du 28 décembre 2005, ou le régime des moyens soulevés d'office ¹⁴⁴.

Ce contrôle n'est pas forcément bien vécu. Mais le pluralisme normatif, s'il est perturbant, est aussi source de liberté et de progrès, surtout lorsqu'il s'accompagne d'un pluralisme juridictionnel dans l'activité de dire le droit en présence d'un conflit de normes ¹⁴⁵, et il n'est pas injustifié dès lors que ce contrôle, s'il s'opère au sein et au nom de la légalité procédurale, met en œuvre des ordres de référence différents (la légalité, la conventionnalité, la constitutionnalité, etc.).

En tout cas, ce regard extérieur sur l'activité de la Cour de cassation est gros d'incidence sur la manière dont s'opère le contrôle du respect de la légalité procédurale.

B. – Le contrôle de la légalité procédurale

31. Sur le terrain du contrôle de la légalité procédurale, deux phénomènes peuvent être mentionnés qui tiennent, d'une part, aux transformations du pourvoi en cassation (1°) et, d'autre part, à l'apparition d'autres instruments de contrôle (2°).

1°) Les transformations du pourvoi en cassation

32. Dès l'abord, on pourrait se demander si le développement contemporain de la légalité procédurale ne devrait pas se traduire par une reconfiguration des cas d'ouverture à cassation et une simplification de leur typologie ¹⁴⁶. Dès lors que les formes de procédure participent de la légalité à l'instar de la loi de fond, la distinction traditionnelle entre contrôle normatif et contrôle disciplinaire apparaît plus que jamais discutable : ainsi, lorsque le juge de cassation vérifie le respect par le juge du fond de l'obligation de motiver, le contrôle, *disciplinaire*, de cette forme de procédure est aussi un contrôle, *normatif*, du respect des dispositions de l'article 455 NCPC et des normes internationales qui font au juge obligation de motiver leurs

¹⁴³ Art. 1009-1 *sq* NCPC. La réglementation du droit d'accès à un tribunal que comporte ce dispositif n'est pas contraire, dans son principe, à l'art. 6, § 1, Conv. EDH, mais sa mise en œuvre, en raison de son caractère disproportionné, peut s'avérer contraire aux exigences du procès équitable : CEDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola*, JCP 2001, I, 291, n° 18, obs. Sudre ; D. 2001, somm. 1061, obs. Fricéro ; *Procédures* 2001, n° 41, obs. Croze ; RTD civ. 2001, 445, obs. Marguénaud. Cette mesure ne peut donc être ordonnée que dans le respect d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but : Cass. ord. premier prés., 23 avr. 2003 : Bull. ord. n° 3. – 12 nov. 2003 : Bull. ord. n° 6 et n° 7. – Sur la valeur des moyens de cassation dans l'appréciation de cette proportionnalité, CEDH, 25 sept. 2003, *Bayle*, D. 2004, somm. 988, obs. Fricéro. Voir C. Hugon, Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation, D. 2001, pp. 3369 *sq*. – V. Maignan, Le retrait du rôle du pourvoi en cassation et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Procédures* 2000, chron. 12.

¹⁴⁴ Art. 1015 NCPC. Voir CEDH 13 oct. 2005, *Clinique des Acacias*, BICC, n° 632, 15 janv. 2006 ; JCP 2006, I, 109, n° 6, obs. Sudre, sanctionnant le relevé d'office d'un moyen de pur droit à fin de rejet du pourvoi sans avertissement préalable des parties. Voir déjà E. Baraduc, Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de cassation, in *Mélanges Jean Buffet*, Les Petites affiches, 2004, pp. 5 *sq*. Mais il semble que la pratique de la Cour de cassation avait déjà évolué, l'avis de l'article 1015 étant donné en dehors des hypothèses de cassation : voir p. ex. Cass. 2^{ème} civ., 25 nov. 2004, Bull. II, n° 504 (rejet). – Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004 : Bull. I, n° 315 (rejet). – Comp. Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004 : Bull. I, n° 319 (irrecevabilité).

¹⁴⁵ Voir R. Colson, *La fonction de juger – Etude historique et positive*, thèse Nantes, 2003., n° 432-462.

¹⁴⁶ La question est rarement abordée. Voir cep. J.-F. Burgelin, La Cour de cassation en question, préc., p. 934, qui propose de « modifier les ouvertures à cassation », mais dans une perspective de réduction des pourvois, en revenant à la seule sanction originaire de la violation de la loi.

décision¹⁴⁷. Et que dire du principe de la contradiction, qu'un célèbre traité de la cassation civile envisage, à la fois, au titre de l'excès de pouvoir et au titre de la violation des formes de procédure¹⁴⁸, et qui est inscrit au cœur même de l'office du juge car il est la condition de la découverte de la vérité, au sens de la légalité matérielle, que doit énoncer le juge au dispositif de son jugement¹⁴⁹? De ce point de vue, le manquement au principe de la contradiction est une violation de la loi¹⁵⁰.

Il faudrait alors distinguer le contrôle de la légalité procédurale et le contrôle de la légalité substantielle qui, à certains égards, *mutatis mutandis*, pourrait rejoindre la distinction, en contentieux administratif, de la légalité externe (incompétence, vice de forme ou de procédure) et de la légalité interne (inexactitude matérielle, erreur de droit, détournement de pouvoir)¹⁵¹ ou, pour reprendre la distinction faite par M. Chapus à propos du recours en cassation, la régularité externe (incompétence et vice de procédure) et la régularité interne (erreur de droit et erreur de fait)¹⁵². Le chantier est vaste, et le terrain miné dès lors qu'il s'agit de franchir la Seine, ce qui fait des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation l'élite des démineurs, qu'on aura bien soin de distinguer des artificiers.

33. Plus sérieusement, cette interrogation sur la typologie des cas d'ouverture à cassation est sans doute secondaire par rapport à cette autre transformation du pourvoi en cassation, soulignée par le président Barthélémy¹⁵³ et, à sa suite, par Pierre Delvolvé¹⁵⁴, par référence à l'émergence d'un droit au pourvoi en cassation. L'idée est que si, au départ, le pourvoi en cassation, à l'instar d'ailleurs du recours pour excès de pouvoir¹⁵⁵, a été conçu comme un instrument de la légalité objective, destiné à assurer l'unité et l'intégrité de l'ordre juridique, sa fonction s'est enrichie d'une nouvelle dimension dès lors qu'il a été conçu comme constituant, pour les justiciables, une garantie fondamentale participant du droit à un recours juridictionnel effectif¹⁵⁶. Ainsi que l'écrit Pierre Delvolvé, « *d'un recours destiné à faire*

¹⁴⁷ Rappr. J. Buffet, Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain, préc., n° 21, qui voit dans le contrôle disciplinaire « *un contrôle de légalité qui porte essentiellement sur la motivation, encore que, selon une conception large du contrôle disciplinaire* », à laquelle l'auteur adhère, « *y entrent aussi les offenses du juge à la norme de procédure qui n'implique pas une interprétation de la norme* », comme « *il en est ainsi de la méconnaissance du principe de la contradiction* ».

¹⁴⁸ J. et L. Boré, *op. cit.*, n° 73.56, 73.57 et 74.101 sq.

¹⁴⁹ Sur la fonction protectrice et heuristique de la contradiction, qui en fonde l'unité fonctionnelle, voir L. Ascensi, *op. cit.*, n° 232 sq.

¹⁵⁰ Ainsi que l'a justement et clairement écrit le doyen Perdriau, « *Tout contrôle est normatif, puisqu'il est destiné à vérifier que la décision frappée de pourvoi se trouvait conforme aux règles de droit et, dans la négative, à la faire annuler. Cette considération devrait faire abandonner l'idée qu'il y a une hiérarchie dans le contrôle, à moins qu'on admette qu'il y en ait une dans les lois...* » (Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile, *JCP* 1991, I, 3538, spéc., n° 7). Pour une cassation pour violation de la loi au visa de l'article 16 NCPC, voir p. ex. Cass. 2^{ème} civ., 11 janv. 2006, arrêt n° 64 préc.

¹⁵¹ Voir G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, t. 1, 11^{ème} éd. 1990, pp. 527-528.

¹⁵² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 11^{ème} éd. 2004, n° 1420-1452. – Rappr. D. Dokhan, Le Conseil d'Etat, garant de la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire, *RFD adm.* 2002, pp. 768 sq, qui évoque le respect de la légalité tant procédurale que substantielle auquel invite le contrôle du Conseil d'Etat, juge de cassation des actes juridictionnels et juge de l'excès de pouvoir des actes administratifs.

¹⁵³ J. Barthélémy, Le droit au pourvoi, in *Mélanges Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 185 sq, spéc. pp. 189-195.

¹⁵⁴ P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 7-16.

¹⁵⁵ Dont l'origine est commune (loi 7-10 oct. 1790) : voir P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 4. – Rappr. H. Croze, Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation, préc., n° 20.

¹⁵⁶ Cons. const. 9 avr. 1996, déc. n° 96-373 DC, *Statut de la Polynésie française*, *AJDA* 1996, 771, note Schramek. - Voir déjà T. Renoux, Le droit au recours juridictionnel, *JCP* 1993, I, 3675 ; Le droit au recours, *RFD const.* 1996, pp. 596 sq. – Ph. Terneyre, Le droit constitutionnel au juge, *Petites affiches* 1991, n° 145, pp. 4 sq.

respecter le droit, il devient un recours destiné à faire respecter les droits »¹⁵⁷. Si cette évolution ne date pas d'aujourd'hui¹⁵⁸, elle est clairement reliée, dans sa période la plus récente, à la consécration constitutionnelle et conventionnelle des principes fondamentaux de procédure, si caractéristique de la notion contemporaine de la légalité procédurale¹⁵⁹.

L'admission prétorienne du « pourvoi-nullité », dans laquelle André Perdriau voyait une « *notion nouvelle* » en 2002¹⁶⁰, peut être rattachée à cette évolution, qu'illustre plus généralement la consécration des recours-nullité¹⁶¹, que ce soit en jurisprudence¹⁶² ou dans la loi elle-même, comme en matière d'arbitrage¹⁶³. L'idée est que l'absence, totale ou temporaire, d'ouverture de voie de recours ne peut pas être un obstacle à la sanction des règles fondamentales de procédure¹⁶⁴. Mais il faudrait ajouter que la sanction des règles fondamentales de procédure ne saurait être limitée à l'excès de pouvoir¹⁶⁵. Sans doute, on peut admettre que la violation du principe de la contradiction ne constitue pas un excès de pouvoir à proprement parler¹⁶⁶. Il n'en reste pas moins que la fundamentalité de ce principe devrait également justifier l'exercice d'un recours-nullité¹⁶⁷ dès lors, bien sûr, que la contradiction était applicable en l'espèce et sa violation avérée¹⁶⁸. La Cour de cassation, dans

¹⁵⁷ P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 14.

¹⁵⁸ Voir, en ce sens, J. Barthélémy, *op. cit.*, pp. 189-190.

¹⁵⁹ Voir *supra* n° 11-13.

¹⁶⁰ A. Perdriau, Existe-t-il des « pourvois-nullité ? », *D.* 2002, pp. 1993 *sq.*, spéc. n° 3.

¹⁶¹ Qui ne se limitent pas à l'appel-nullité, sur lequel voir not. O. Barret, L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile, *RTD civ.* 1990, pp. 199 *sq.* – G. Bolard, Les recours-nullité en procédure civile, *Justices* 1996, pp. 119 *sq.* – L. Cadiet, La fonction d'une cour d'appel – Réflexion sur le second degré de juridiction, *in La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1994, pp. 27 *sq.*, spéc. n° 23-25. – Pour une vue plus générale, voir L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 1021-1024, pour la proposition de réorganiser les voies de recours à partir d'une distinction entre voies de dévolution et voies d'annulation.

¹⁶² Abondante. Sur le seul appel-nullité, voir p. ex. les références rassemblées sous l'article 562 NCPC, Code de procédure civile, Litec, 2006, pp. 359-361, II, B.

¹⁶³ Avec le recours en annulation des sentences arbitrales : art. 1484 (arbitrage interne) et 1504 (arbitrage international) NCPC

¹⁶⁴ D'où le pourvoi en cassation est toujours ouvert à défaut de disposition contraire expresse : Cass. 12 mai 1812, *Jur. gén.*, V° Cassation, n° 94. Voir cep. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994, *JCP* 1995, I, 3846, n° 23, obs. Cadiet : la formule « sans recours possible », s'applique, par sa généralité, au pourvoi en cassation comme à tout autre recours. – Et même lorsqu'une disposition exclut expressément la possibilité de se pourvoir en cassation, le pourvoi-nullité est toujours recevable en cas d'excès de pouvoir, ce que paraît d'ailleurs admettre Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994 préc. – Voir aussi Cass. 2^e civ., 31 janv. 2002, *Bull.* II, n° 10. – Et, là-dessus, J. et L. Boré, *op. cit.*, n° 01.24 et 39.

¹⁶⁵ Sur l'excès de pouvoir, voir F. Kernaleguen, L'excès de pouvoir du juge, *Justices* 1996, pp. 551 *sq.* – N. Fricéro, L'excès de pouvoir en procédure civile, *RGDP* 1998, pp. 17 *sq.* – J. et L. Boré, *op. cit.*, n° 73.

¹⁶⁶ Ainsi jugé nettement par Cass. ch. mixte 28 janv. 2005, *Bull. ch. mixte*, n° 1 ; *JCP* 2005, I, 125, n° 14, obs. Amrani-Mekki ; *Gaz. Pal.* 6-8 mars 2005, 9, concl. Domingo ; *Procédures* 2005, n° 87, obs. Perrot ; *Rev. huissiers* 2005, 224, obs. Douchy-Oudot. – A laquelle la 2^eme chambre civile a emboîté le pas en ce qui concerne l'appel-nullité : Cass. 2^{ème} civ., 17 nov. 2005, *Procédures* 2006, n° 12, obs. Junillon. – Voir déjà Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1998, *Bull.* I, n° 181 ; *RGDP* 1998, 654, obs. Wiederkehr. – Cass. 2^e civ., 29 janv. 2004 : *Bull.* II, n° 31. – V. aussi, ce qui est davantage admissible, Cass. soc., 14 juin 2005, *Bull.* V, n° 199, excluant de l'excès de pouvoir la *méconnaissance de la condition de l'évolution de litige* assortissant l'intervention forcée en appel et la *décision ordonnant une mesure d'instruction palliant la carence d'une partie et déléguant au technicien commis un pouvoir d'appréciation*.

¹⁶⁷ En ce sens, Cass. com., 28 avr. 1998, *Bull.* IV, n° 134. – Rapp. Cass. com., 2 mai 2001, *Bull.* IV, n° 83 (principe essentiel de procédure, ce qui n'est pas le cas lorsque les premiers juges ont rejeté une exception de nullité de l'assignation). – 26 juin 2001, *JCP* 2002, II, 10096, note Perdriau (principe fondamental de procédure ou excès de pouvoir). – 17 nov. 1998, *Gaz. Pal.* 19-21 déc. 1999, 40, note Perdriau, s'agissant d'un pourvoi contre une décision qui, ordonnant une mesure d'instruction, autorise l'expert à méconnaître le principe du contradictoire et à exercer des pouvoirs qui reviennent au juge.

¹⁶⁸ Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de chambre mixte du 28 janvier 2005, la décision querellée s'était bornée à refuser l'allocation d'une provision.

son dernier état, ne semble pas s'être arrêtée sur cette position. La solution est discutable. On ne peut manquer d'observer, à cet égard, que la nouvelle rédaction donnée à l'article 524 NCPC par le décret du 20 août 2004, bien qu'elle soit elle-même discutable à différents égards, offre désormais au premier président de la Cour d'appel le pouvoir d'arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Et, par conséquent, de s'interroger, en dépit de la différence des situations, sur ce manquement au contradictoire, suffisamment important pour justifier l'arrêt d'une exécution provisoire de droit, qui est un effet de la loi, mais qui ne l'est pas assez pour déroger à la règle légale interdisant ou différant un recours ¹⁶⁹. La distorsion ne va pas de soi du point de la légalité procédurale, sauf à y lire l'expression d'un conflit entre le principe de légalité et des exigences qui lui sont extérieures comme le souci, qui a sa légitimité, d'une bonne régulation des flux de recours, par où on rejoint la question des conflits externes de la légalité, évoquée plus haut ¹⁷⁰, et du filtrage des recours ¹⁷¹.

Au-delà de ces transformations affectant le pourvoi en cassation, le développement contemporain de la légalité procédurale provoque l'apparition d'autres instruments de nature à contribuer au respect de cette légalité.

2°) L'apparition d'autres instruments de contrôle

34. Ces nouveaux outils seront signalés pour mémoire car leur existence, acquise ou possible, peut bien sûr s'expliquer par d'autres raisons que le seul respect de la légalité procédurale.

Ainsi en va-t-il, *en amont du pourvoi en cassation, de la saisine pour avis de la Cour de cassation* ¹⁷² qui peut avoir pour objet des questions de procédure aussi bien que des questions de fond ¹⁷³ et qui, de ce point de vue, peut apparaître comme une manière de clarifier, par anticipation, le contenu de la légalité procédurale ¹⁷⁴. Cette « *résurgence du rescrit* », qu'y avait vue Bruno Oppetit ¹⁷⁵, est tout à fait significative, si on la compare au référé législatif des débuts du XIX^{ème} siècle, de la montée en puissance des sources prétoriennes de la légalité procédurale évoquée plus haut ¹⁷⁶. Elle introduit aussi, là où le pourvoi est sanction unilatérale, à une sorte de philosophie préventive de la coopération, s'exprimant ici dans un dialogue des juges, qui est assez dans l'esprit de l'évolution

¹⁶⁹ Voir S. Amrani-Mekki, obs. sous Cass. ch. mixte 28 janv. 2005, préc.

¹⁷⁰ Voir *supra* n° 25.

¹⁷¹ Qui avait fait l'objet d'un débat contradictoire lors d'un séminaire organisé à l'Université Paris 1 à l'automne 2004 : voir S. Amrani-Mekki et L. Cadiet (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, préc., et J. Barthélémy, *op. cit.*, pp. 195-202.

¹⁷² Art. L. 151-1 à 151-3 COJ et art. 1031-1 à 1031-7 NCPC. – Voir J. Normand, La saisine pour avis de la Cour de cassation, *Ann. de droit de Louvain* 2/1998, pp. 125 sq.

¹⁷³ Voir p. ex., dans le dernier *Bulletin* des arrêts des chambres civiles, Cass. avis, 24 juin 2005, *Bull. avis*, n° 4, exprimant l'avis que « le juge de l'exécution, en l'état des textes, ne peut prononcer la clôture d'une procédure de rétablissement personnel qu'après la publication du jugement d'ouverture de cette procédure, en vue de la déclaration des créances et l'établissement d'un état des créances déclarées ».

¹⁷⁴ Voir A. Bugada, La formation pour avis de la Cour de cassation, « juge des lois » ? *Rev. huiss.* 2004, pp. 137 sq. – – P. Chauvin, La saisine pour avis, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, pp. 109 sq. - R. Libchaber, La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel, *RTD civ.* 2003, pp. 157 sq.

¹⁷⁵ B. Oppetit, La résurgence du rescrit, *D.* 1991, pp. 105 sq.

¹⁷⁶ Voir *supra* n° 10-11.

contemporaine de la procédure civile ¹⁷⁷. Qu'elle ait apporté toute la satisfaction qui en était attendue est une autre affaire.

Ainsi en va-t-il également, cette fois-ci *en aval du pourvoi en cassation*, de la *technique dite du rabat d'arrêt* ¹⁷⁸ qui, pour être subordonnée à l'existence d'une erreur matérielle de procédure imputable à la cour, n'en est pas moins une technique de restauration de la légalité procédurale, et dont on n'oubliera pas qu'elle a été l'occasion, en 1995, d'un arrêt d'assemblée plénière dans lequel la Cour de cassation, au visa du « *principe du respect des droits de la défense* », a jugé que « *la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention* » ¹⁷⁹.

Faut-il aller au-delà, dans l'aval du pourvoi en cassation, et ouvrir en matière civile, comme c'est déjà le cas en matière pénale ¹⁸⁰, une procédure de réexamen des jugements prononcés en contrariété aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ? On sait que la question a récemment été soulevée devant la Cour de cassation, qui y a répondu négativement ¹⁸¹, tout comme l'avait fait le Conseil d'Etat quelques mois auparavant ¹⁸². On peut discuter de la validité de cette position, eu égard aux termes de l'article 46 Conv. EDH ¹⁸³. En tout cas, cette réponse, même si elle est justifiable *de lege lata*, n'en laisse pas moins subsister la question *de lege ferenda*. En matière civile, à l'instar de la solution adoptée dans quelques Etats membres du Conseil de l'Europe (not. Bulgarie, Norvège, Suisse), des opinions se sont d'ailleurs exprimées en faveur d'une extension de la procédure de réexamen déjà consacrée en matière pénale ¹⁸⁴. Le débat est ouvert, qui me fournit une manière de transition vers la prochaine conférence de Didier Rebut, le 6 mars prochain, sur la légalité procédurale en matière pénale et, par conséquent, une invitation à conclure que je me fais à moi-même.

35. Que conclure ?

Que l'examen du droit positif accrédié l'idée de la légalité procédurale en matière civile. La chose n'allait pas de soi de prime abord. Lorsque je me suis mis à réfléchir au sujet que m'avait proposé le Premier président Canivet, mon premier sentiment a été que la légalité

¹⁷⁷ L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 676 sq. – Comp. S. Guinchard *et alii*, *op. cit.*, n° 546 sq, spéc. n° 547.

¹⁷⁸ Voir A. Perdriau, Les rabats d'arrêts de la Cour de cassation, *JCP* 1994, I, 3735. – J. et L. Boré, *op. cit.*, n° 123.51 à 123-72, indiquant que la Cour de cassation rejette la requête en rabat dans 80 % des cas.

¹⁷⁹ Cass. ass. plén. 30 juin 1995, *Bull. ass. plén.* n° 4 ; *D.* 1995, 513, note Drago. – Comp., en matière administrative, CE 22 avr. 2005, *Magerand*, *RFD adm.* 2005, 1151, note Mayeur-Carpentier.

¹⁸⁰ Art. 626-1 à 626-7 CPP (réd. L. n° 2000-516, 15 juin 2000), organisant une procédure de « *réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme* ». Voir J.-F. Renucci, Le réexamen d'une décision définitive dans l'intérêt des droits de l'homme, *D.* 2000, pp. 655 sq.

¹⁸¹ Cass. soc. 30 sept. 2005, *JCP* 2005, I, 10180, note Bonfils.

¹⁸² CE 11 févr. 2004, *Mme Chevrol*, req. n° 257682, *D.* 2004, 1414, concl. Schwartz, sur lequel voir J. Andriantsimbazovina, La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, *RFD adm.* 2005, pp. 163 sq.

¹⁸³ Art. 46. – « *Force obligatoire et exécution des arrêts*. 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. 2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des ministres qui en surveille l'exécution ». – Peut-on en conclure que les arrêts sont obligatoires, mais pas exécutoires ? Mais que signifie, alors, le caractère obligatoire ? Conf. Ph. Bonfils, note préc. - J.-F. Renucci, *op. cit.*, n° 19.

¹⁸⁴ Voir not. P.-Y. Gautier, De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, *D.* 2005, pp. 2773 sq. - Voir aussi N. Fricéro, *op. cit.*, n° 16.

procédurale en matière civile n'existait pas car personne, ou presque, ne l'avait rencontrée. Après y avoir réfléchi un peu, j'ai maintenant le sentiment que si la légalité procédurale n'existait pas, il faudrait l'inventer car, dans une société en perte de repères, l'existence et le respect des règles de procédure sont encore le meilleur moyen d'éviter les erreurs et les injustices. L'actualité nous en persuade tous les jours.

Il ne faudrait pas pour autant en faire l'invention du siècle. D'abord, les préoccupations que traduit la légalité procédurale ne datent pas d'aujourd'hui ; la quête d'une procédure juste a animé les hommes de bonne volonté depuis bien longtemps¹⁸⁵. Faut-il rappeler ce que Treilhard proclamait déjà le 4 avril 1806 lors de la discussion du projet de Code de procédure civile devant le Corps-Législatif ? Après avoir dit qu'il fallait « *des juges, beaucoup de juges, des juges instruits, probes, laborieux* », il ajoutait ceci : « *il faut dans les procès une marche fixe, qui ne permette pas l'arbitraire dans l'instruction, parce qu'il serait bientôt suivi de l'arbitraire dans le jugement* »¹⁸⁶. Surtout, la légalité procédurale n'est pas une fin en soi ; elle n'est qu'un moyen au service de la légalité matérielle. Il ne faut pas en faire l'*alpha* et l'*omega* de la pensée processuelle. Le respect nécessaire de la légalité procédurale ne doit pas dispenser de la recherche encore plus nécessaire de la justice substantielle qui, très clairement, doit être pensée aujourd'hui en termes de justice sociale. Dans nos sociétés complexes, il est certes plus facile de se mettre d'accord sur des principes communs de procédure que sur une philosophie substantielle de l'existence. Mais quelle serait désespérante la société qui se contenterait, pour cimenter le lien social, d'un accord de ses membres sur des valeurs procédurales communes !

Ces précautions étant prises, il convient de saisir la légalité procédurale pour ce qu'elle est. Une réalité composite et dynamique, transcendant la distinction des sources du droit autant que la division du droit en systèmes nationaux, faite de solutions évolutives et parfois contradictoires, qui peuvent apparaître rétives à toute mise en ordre. J'en ai parfaitement conscience. Si j'ai tenté de discerner un semblant d'ordre dans le désordre du droit positif, je n'ai pas la naïveté de croire que tout va pas pour le mieux dans le monde de la légalité procédurale. La légalité procédurale est à l'image de ce que Mireille Delmas-Marty appelle « *la grande complexité juridique du monde* »¹⁸⁷. Le passage de l'ordre juridique traditionnel, centré sur la loi et identifié à l'Etat-Nation, à un ordre juridique régional, voire mondial, conduit à articuler entre eux des processus normatifs et juridictionnels de niveaux différents. A la rassurante métaphore kelsénienne de la pyramide se substituent les métaphores, perturbantes, du roman écrit à la chaîne¹⁸⁸, du réseau¹⁸⁹ ou des nuages ordonnés¹⁹⁰. « *Entre ordre et désordre* », selon l'expression de François Ost et Michel van de Kerchove¹⁹¹, cette réalité-là, caractéristique de ce qu'on peut appeler, par une convention de langage paresseuse, la post-modernité¹⁹², nécessite, dans le cadre d'un « *pluralisme ordonné* »¹⁹³ et d'une

¹⁸⁵ Voir *supra* n° 13.

¹⁸⁶ Treilhard, Exposé des motifs du Projet de Code de procédure civile, Séance du 4 avril 1806 du Corps Législatif

¹⁸⁷ M. Delmas-Marty, La grande complexité juridique du monde, in *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant, 2005, pp. 89 *sq.*

¹⁸⁸ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge Mass. et Londres, Harvard University Press, 1985, pp. 158 *sq.* – Voir J.-F. Spitz, V° Dworkin Ronald, in L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, préc. – Et, sur les deux métaphores de Kelsen et de Dworkin, P. Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, 2005, pp. 9 *sq.*

¹⁸⁹ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 2002.

¹⁹⁰ M. Delmas-Marty, Au pays des nuages ordonnés, postface de *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, pp. 283 *sq.*

¹⁹¹ F. Ost et M. van de Kerchove, Le juge entre ordre et désordre, cité *supra* n° 25.

¹⁹² Voir not. J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2004 ; Vers un droit post-moderne ? in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 21 *sq.*

« *éthique du réseau* »¹⁹⁴, le développement de procédures de coopération, de dialogue, d'échanges, destinées à trouver des équilibres normatifs, entre tous les acteurs de la procédure¹⁹⁵. Au rebours d'un principe de séparation des pouvoirs vécu en termes de concurrence des pouvoirs, c'est une logique de collaboration des pouvoirs, dans une démocratie adulte, débarrassée de ses maladies infantiles et toute entière mobilisée au service de l'intérêt général. Bref, la légalité procédurale est à construire, ensemble¹⁹⁶. Chacun doit y trouver sa place dans le respect de l'autre.

¹⁹³ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, pp. 19-20 et 412-414.

¹⁹⁴ Voir F. Ost et M. van de Kerchove, *Le juge entre ordre et désordre*, préc., spéc. p. 482-483.

¹⁹⁵ Rappr. G. Canivet, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales*, *RSC* 2005, pp. 799

sq

¹⁹⁶ Voir L. Cadiet, « Construire ensemble des débats utiles... », in *Mélanges Jean Buffet*, préc., pp. 99 *sq*.