



HAL
open science

La notion de principes essentiels en droit judiciaire privé

Etienne Vergès

► **To cite this version:**

Etienne Vergès. La notion de principes essentiels en droit judiciaire privé. Laurence Flise; Emmanuel Jeuland. Les principes essentiels du procès à l'épreuve des réformes récentes du droit judiciaire privé : [actes des 4es Rencontres de procédure civile, Cour de cassation, 6 décembre 2013], 57, IRJS éditions, pp.7-31, 2014, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc. hal-02076986

HAL Id: hal-02076986

<https://hal.science/hal-02076986v1>

Submitted on 25 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La notion de principes essentiels en droit judiciaire privé

Etienne Vergès

Professeur à l'Université Grenoble Alpes

Pour citer cet article : E. Vergès, « La notion de principes essentiels en droit judiciaire privé », in E. Jeuland, L. Flise, dir. *Les principes essentiels du procès à l'épreuve des réformes récentes du droit judiciaire privé*, IRJS éditions, 2014, p. 7.

Principes directeurs, principes généraux, principes fondamentaux, principes essentiels... les qualificatifs sont nombreux pour désigner une catégorie de normes qui peuvent être regroupées sous l'expression de « principes juridiques » et que l'on trouve en procédure, comme dans les autres branches du droit.

Les principes juridiques sont marqués par une certaine ambivalence. Les juristes - qu'ils appartiennent au monde académique ou à celui de la pratique - partagent le sentiment que certaines règles juridiques sont plus fondamentales que d'autres et que ces règles - que l'on aime appeler « principes » - ont une valeur ou une force juridique plus importante que les autres règles. Dans l'univers des normes juridiques, il existerait ainsi des principes, normes de premier plan, et d'autres règles, normes de moindre importance. Derrière la catégorie des principes se dessine l'idée inconsciente d'une hiérarchie matérielle entre les normes juridiques.

Pourtant, les principes ne sont pas reconnus dans les textes de procédure en tant que catégorie juridique. Si le Code de procédure civile consacre un chapitre aux

« principes directeurs du procès », c'est surtout pour y consigner des règles techniques, certes fondamentales, mais dont on mesure mal la similarité avec des principes. Les autres codes de procédure sont également ambigus à l'égard des principes. Ainsi, le Code de procédure pénale prévoit bien un article préliminaire qui comporte un certain nombre de règles fondamentales de la procédure, mais cet article ne contient pas expressément des « principes » et il ne figure pas dans les « dispositions générales » du titre préliminaire du Code. Le Code de justice administrative s'ouvre, quant à lui, sur un titre préliminaire consacré à dix règles essentielles de la procédure, mais ce titre préliminaire ne fait aucune référence au terme « principe ».

Si les principes de procédure présentent une telle ambiguïté dans les Codes, c'est précisément en raison de leur manque de conceptualisation en doctrine et en jurisprudence. Pourtant, les travaux consacrés en général aux principes juridiques¹, et en particulier aux principes

¹ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd° Panthéon – Assas, Paris, 1999 ; M. de Bechillon, *La*

de la procédure² existent et ils donnent une certaine homogénéité doctrinale à cette catégorie de normes. Toutefois, ces travaux sont restés cantonnés dans un univers théorique.

La théorie des principes est essentielle à leur compréhension et à leur mise en œuvre par le juge. Parler de « principe juridique » n'a de sens que si l'on imagine une division fondamentale du droit entre deux catégories de règles : les principes et les règles techniques. Et cette division fondamentale n'a de sens que si l'on peut décrire avec une certaine clarté les relations qui s'établissent entre ces deux catégories de normes. Cela nécessite donc de procéder en deux temps : d'une part, isoler la notion de principes en définissant les contours et le contenu de ces normes ; d'autre part, décrire l'effet normatif spécifique des principes juridiques, c'est-à-dire leur action sur les règles techniques de la procédure. Au fil de ce raisonnement, nous essayerons de montrer que les principes de procédure sont des normes de droit positif dont les règles techniques sont des applications. Le rapport entre principes et règles techniques est ainsi construit comme un rapport de fondement juridique à application. Face à une situation concrète, le juge applique une règle technique qui constitue l'application particulière d'un principe juridique. Les principes servent ainsi de structure générale à la procédure. Pour utiliser une métaphore, si la procédure constituait une maison, les principes formeraient l'ossature de cette maison. L'ossature donne à l'édifice à la fois sa forme et sa solidité.

La notion et la fonction des principes sont ainsi étroitement imbriquées. Les principes guident, tout à la fois, la création et la mise en œuvre des règles techniques dans un processus descendant ou *top-down*. Mais le phénomène inverse se produit également. Le principe est induit à partir d'un ensemble de règles techniques dans un processus ascendant ou *bottom-up*. L'articulation des principes et des règles techniques suit ainsi un mouvement alternativement inductif et déductif. Dans l'histoire de la procédure, les principes émergent d'une masse de règles techniques. Ils prennent alors corps dans des textes de procédure ou dans des arrêts de principe. Sur la base de ces principes, le législateur, le pouvoir réglementaire et le juge, créent de nouvelles règles techniques.

Ce va-et-vient entre principes et règles techniques permet de voir de nouveaux principes apparaître, alors que d'autres s'estompent ou disparaissent. En observant les principes directeurs, on mesure ainsi les grandes tendances qui marquent l'évolution de la procédure civile. Ces tendances résultent de la réforme des textes, mais elles sont également présentes dans les mutations jurisprudentielles.

Pour appréhender les principes de la procédure, il est ainsi nécessaire de définir la notion de principe (I), d'identifier les fonctions de ces normes particulières (II) et, enfin, d'en mesurer l'évolution contemporaine (III).

notion de principe général de droit privé, PUAM, Aix-en-Provence, 1998.

² E. Vergès, Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique, Thèse Aix-en-Provence, 2000 (accessible en ligne).

I. La notion de principe de la procédure

A) Les contours de la notion de principe de la procédure

Identifier les contours de la notion de principe de la procédure permet de distinguer les principes directeurs de notions voisines.

Principes juridiques, principes doctrinaux, lignes directrices, adages

Comme d'autres branches du droit, la procédure civile contient de nombreuses règles qui prennent l'apparence de principes, mais n'en possèdent pas toutes les caractéristiques. Il en est ainsi des règles qui s'inscrivent dans une tradition, souvent très ancienne, mais qui ne trouvent pas de consécration en droit positif. Par exemple, l'adage selon lequel *reconvention sur reconvention ne vaut*, ou encore la règle selon laquelle il n'existe *pas de nullité sans texte*. Ces règles trouvent leur force dans l'héritage procédural et elles se déclament de façon incantatoire. Toutefois, leur traduction juridique dans le droit positif est plus qu'incertaine. Ainsi, la Cour de cassation a récemment dénié toute valeur juridique à l'adage *reconvention sur reconvention ne vaut*³. De même le Code de procédure civile admet, à côté des nullités textuelles, une catégorie de nullités dites « substantielles », dont l'ampleur est telle, quelle réduit considérablement la portée de l'adage *pas de nullité sans texte*⁴. Les adages constituent ainsi des éléments perturbateurs dans la théorie des principes, car ils donnent à penser que les règles traditionnelles de la procédure constituent des principes, alors que ces règles sont

parfois dénuées de toute force juridique, parfois intégrées dans une règle technique du Code de procédure civile⁵. Cette confusion se retrouve s'agissant des principes doctrinaux ou des lignes directrices de la procédure civile.

Les principes doctrinaux décrivent une réalité qui n'est pas énoncée dans une règle de droit positif. Par exemple, devant l'ambiguïté et la complexité des règles relatives à la répartition de la charge de la preuve, on dira que cette charge repose sur la personne qui se prévaut de la situation la plus vraisemblable⁶, ou encore qu'elle pèse sur celui qui dispose de la plus grande aptitude à la preuve⁷. Ce raisonnement décrit, sous la forme d'une règle, un ensemble de règles techniques, qui présente une certaine constance et une certaine cohérence. Dans le même esprit, on décrira les relations entre le juge et les parties, sous le prisme de la coopération. Ce concept ne désigne pas un principe de droit positif, mais il définit tout de même une ligne directrice qui reflète l'esprit des relations entre juge et parties dans la procédure. En effet, le juge et les parties coopèrent dans l'instance civile, pour faire émerger les faits, les preuves et les règles de droit qui permettront de résoudre le litige. Les lignes directrices sont indispensables pour comprendre l'esprit d'un texte ou mettre en œuvre une réforme. Par exemple, l'efficacité procédurale imprègne nombre de réformes récentes de la procédure. L'efficacité

⁵ Tel est le cas de l'article 460 C.pr.civ. qui est issu de l'adage *voie de nullité n'ont lieu contre les jugements*.

⁶ J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse, Toulouse, 1980, spec. p. 18 et suiv.

⁷ V. déjà J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, t. I et II, par Ét. Dumont, Éd. Bossange, 2^e éd., 1830, p. 172 : « L'obligation de preuve doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient ».

³ Cass. civ. 2^eme, 10 janvier 2013, pourvoi 10-28735, FS-P+B.

⁴ Art. 114 al. 1 C.pr.civ.

traduit bien une ligne de force de la procédure civile, mais elle ne constitue pas un principe juridique, car il ne s'agit pas d'une règle de droit positif. On mesure ici la différence entre le principe juridique et le principe doctrinal ou la ligne directrice.

Puisqu'il décrit de façon subjective une réalité juridique, le principe doctrinal peut donner lieu à une controverse. Ainsi, certains auteurs diront que le procès civil est la chose des parties et que cette réalité est traduite dans le principe dispositif⁸. D'autres auteurs énonceront que le procès est, tout à la fois, la chose du juge et des parties⁹, ce qui les conduira à mettre l'accent sur l'idée de coopération.

Les principes doctrinaux - ou les lignes directrices - sont également le lieu des affrontements de politique procédurale. Par exemple, pour prendre le contrepied de la conception de l'appel comme une voie d'achèvement, la conférence des Premiers présidents de juridictions a préconisé « *le retour à la tradition française de l'appel réformation* »¹⁰. Ce débat autour de la conception de l'appel peut avoir une incidence sur certains principes¹¹, mais les concepts de « voie de réformation » ou « d'achèvement » relèvent plus de la politique procédurale, que de principes juridiques.

⁸ G. Bolard, « Matière du procès et principe dispositif », in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2011, chap. 221.

⁹ « *Le procès civil, chose commune des parties et du juge* » écrivent les professeurs Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Lexisnexis, 6^{ème} éd. n°518.

¹⁰ Conférence des Premiers présidents, « Délibération sur l'accès au droit, l'office du juge, l'organisation judiciaire et processuelle adoptée le 31 mai 2013 », Séminaire de la Baule.

¹¹ Ici, le renforcement de l'immutabilité du litige et l'effacement de l'évolution du litige.

Principes et finalités de la procédure

La frontière est parfois floue entre les principes juridiques et les finalités de la procédure. La confusion conceptuelle provient du fait que ces notions puisent leur fondement dans des sources matérielles communes. Les principes reposent ainsi sur des fondements axiologiques et utilitaristes. Chaque principe est la transposition juridique d'une ou plusieurs valeurs ou utilités. Ce lien entre la norme juridique et son fondement est particulièrement visible lorsque le principe est l'incarnation directe de la valeur. Ainsi en est-il de l'impartialité du juge, de la loyauté des preuves ou de l'égalité des armes. C'est pour cette raison que de nombreux principes appartiennent également à la catégorie des droits fondamentaux. Ils sont fondamentaux, car ils traduisent des valeurs communes¹². D'autres principes ne transposent ces valeurs que de façon indirecte. Ainsi, l'autorité de la chose jugée ne contient intrinsèquement aucune valeur morale ou sociale. Toutefois, le principe apporte une sécurité aux décisions de justice. Dans le même esprit, le principe du secret des délibérés contribue à la sérénité des débats au sein de la juridiction. A ce titre, les principes directeurs n'échappent pas aux conflits de valeurs qui animent la procédure. Ainsi, le juge devra-t-il trancher entre le principe du droit à la preuve - fondé sur la recherche de la vérité - et le principe du droit au respect de la vie privée¹³ - qui protège la personne dans son intimité.

Les principes de la procédure trouvent également leur fondement dans des utilités. Il s'agit là de fondements plus

¹² V. Champeil-Desplats, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *Dalloz 1995*, chron, p. 323.

¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2012 n° 11-14.177 (n° 412 F-P+B+I).

rationnels que politiques. Par exemple, le principe du contradictoire tire son existence de l'idée de discussion, qui structure tout le processus décisionnel dans le procès démocratique. La discussion ne constitue pas une valeur, mais plutôt une utilité. Elle permet d'atteindre rationnellement le but recherché : trancher un litige à partir de deux positions opposées. Dans le même esprit, le principe de la motivation des décisions de justice repose sur deux utilités : l'explication et le contrôle de la décision.

A l'instar des principes juridiques, les principes doctrinaux, les lignes directrices ou les adages trouvent généralement leur fondement dans une valeur ou une utilité. L'efficacité de la justice, la coopération, le principe dispositif sont autant d'impératifs qui transcrivent des valeurs ou des utilités. En d'autres termes, ces notions partagent avec les principes une dimension politique et rationnelle. Tous entretiennent des rapports avec l'utile et le juste dans la procédure, mais tous n'ont pas la nature de normes de droit positif. Ce critère est essentiel pour distinguer les principes, sur lesquels le juge va fonder sa décision, de ceux dont il pourra simplement s'inspirer. Toutefois, la reconnaissance par le droit positif est insuffisante pour dissocier, au sein des normes juridiques, les principes des règles techniques. Il faut alors rechercher si une identification formelle des principes est possible.

L'identification formelle d'un principe

A première vue, l'identification formelle d'un principe peut constituer une solution rapide et efficace pour savoir si une règle de droit forme un principe de procédure. La technique la plus sûre consiste à reconnaître un principe dans un

visa, que la doctrine qualifie de « *visa de principe* »¹⁴. L'arrêt le plus significatif en procédure civile est celui dans lequel l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé « *vu le principe du respect des droits de la défense* »¹⁵ et a reconnu que la défense constituait un droit fondamental. Cet arrêt est intéressant, car il casse une décision sur le seul fondement d'un principe inscrit au visa¹⁶. La technique du visa de principe est, à n'en pas douter, une manière pour la Cour de cassation d'identifier une règle fondamentale de la procédure, qui tranche avec une simple règle technique.

Mais le vocable « principe » est susceptible d'entraîner la confusion. Par exemple, la Cour de cassation utilise parfois l'expression « *principe rappelé* », pour désigner une règle technique énoncée dans le chapeau intérieur d'un arrêt de rejet¹⁷. Dans le même esprit, la Haute juridiction peut faire usage du vocable « principe » par facilité de langage. Par exemple, la Cour peut affirmer que « *si, en principe, l'interruption de la prescription ne peut s'étendre d'une action à une autre, il en est autrement lorsque les deux actions, bien qu'ayant une cause distincte, tendent à un seul et même but* »¹⁸. Par cette expression, elle ne décrit pas un principe de procédure, mais plutôt une **règle de principe**, qui constitue une

¹⁴ C'est la technique utilisée par le Pr. Morvan dans sa thèse sur *le principe de droit privé*, précit.

¹⁵ Cass. Ass. plén 30 juin 1995, *Dalloz* 1995, juris, p. 513

¹⁶ L'article C. pr. civ. dispose que « *l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée* ». En utilisant les visas de principe, la Cour de cassation reconnaît aux principes la nature de « *règle de droit* », bien qu'il ne soient visés par aucun texte.

¹⁷ De façon générale sur l'usage de cette technique par la Cour de cassation, J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », accessible sur <http://www.courdecassation.fr/>.

¹⁸ Cass civ. 2^{ème}, 28 juin 2012, n° 11-20011.

règle technique, applicable à défaut de règle contraire¹⁹.

La confusion doit encore être écartée entre les principes juridiques et les arrêts de principe. L'expression « **arrêt de principe** » désigne une « *décision univoque, tranchant nettement et solennellement, c'est-à-dire durablement, le débat entre deux opinions à valeur générale, soutenue ou soutenable* »²⁰. L'arrêt de principe pose une règle nouvelle, qui peut prendre la forme d'un principe ou d'une règle technique. L'arrêt de principe apporte généralement une solution attendue à un problème juridique précis. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu juger dans un arrêt d'Assemblée plénière qu'« *une lettre recommandée adressée par le greffe constitue la notification prévue par ce texte, peu important que celle-ci soit entachée d'une irrégularité* »²¹. Cette décision présente les caractères d'un arrêt de principe, mais elle ne consacre aucun principe nouveau de procédure civile. Le principe définit un cadre normatif général. Sa vocation est de fournir une solution à un grand nombre de problèmes juridiques. Il donne au juge une orientation, mais il ne permet pas de trancher une question dont la précision nécessite de recourir à une règle technique.

L'usage du mot « principe » n'est donc pas d'un grand secours pour identifier les principes juridiques. Toutefois, durant une courte période, on a cru voir se dessiner, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, une catégorie formelle de « *principes essentiels de la*

procédure ». La Haute juridiction a utilisé cette expression pour ouvrir la voie des recours-nullités, lorsque cette voie était expressément fermée par un texte. Ainsi, dans un arrêt du 30 mars 1993²², la chambre commerciale a affirmé qu'« *aucune disposition ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision rendue en violation d'un principe essentiel de procédure* ». En application de cette jurisprudence, les principes du contradictoire, des droits de la défense ou de la motivation des décisions de justice ont servi de justification à l'exercice de recours-nullité *contra legem*. Pourtant, quelques années plus tard, la chambre mixte²³ a exclu l'exercice d'un recours nullité à la seule hypothèse de l'excès de pouvoir²⁴. Dans ce sillage, la deuxième chambre civile a pu juger que la violation du principe du contradictoire ne constituait pas un excès de pouvoir rendant recevable l'appel-nullité²⁵. La notion jurisprudentielle de « *principe essentiel de la procédure* » a ainsi perdu son utilité. Plus encore, cette catégorie n'a survécu qu'une dizaine d'années et son domaine fut cantonné aux recours-nullité. Ce phénomène illustre bien la difficulté qu'il y a, à rapprocher la catégorie des principes juridiques d'une expression formelle utilisée dans un texte ou en jurisprudence. Par conséquent, l'échec de l'identification formelle conduit à se tourner vers des

¹⁹ Autrement dit, une règle qui ne possède pas une valeur supérieure et qui est toujours susceptible de dérogation.

²⁰ ATIAS C. L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé, *JCP 1984*, I, 3145.

²¹ Ass. plén., 7 octobre 2011, n° 10-30.191, P+B+R+I.

²² Cass. com 30 mars 1993, *Bull. Civ.*, n°132.

²³ Cass. ch mixte, 28 janv. 2005, *D.* 2005, IR, p. 386 ; *JCP* 2005, I, 125, n°14 ; *Procedures* 2005 com 87.

²⁴ « *sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal ;*

Attendu qu'il n'est dérogé à cette règle, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir ».

²⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 8 juillet 2010, n° 09-69967.

critères matériels pour définir la notion de principe de procédure.

B) Le contenu de la notion de principe de la procédure

On a vu qu'il n'existait pas de critère formel pour identifier un principe de procédure. On peut ajouter qu'il n'existe aucun critère matériel qui soit, à lui seul, discriminant. En réalité, il est possible de reconnaître un principe en corrélant trois critères matériels : la généralité, la continuité et la flexibilité. Une règle de procédure pourra être qualifiée de principe, si elle cumule ces trois critères. Il s'agit d'une méthode doctrinale d'identification des principes, fondée sur l'observation du droit positif.

La généralité des principes

La généralité d'un principe est un critère communément admis, mais aussi vivement critiqué. Toutes les règles de droit ont vocation à la généralité²⁶. Pourtant, certaines règles sont plus générales que d'autres. Certains auteurs expliquent ainsi que généralité n'est pas un critère discriminant, puisque la généralité des normes juridiques est graduelle²⁷. Il est ainsi délicat de vouloir tracer une frontière entre principes et règles techniques en se fondant sur le seul critère de la généralité. De surcroît, la généralité d'une règle de droit ne se quantifie pas. Elle est donc impossible à mesurer sur une échelle de valeurs. Pourtant, si l'on classe les principes de procédure parmi les principes généraux du

droit, c'est en se fondant sur le critère de la généralité.

Dans ce contexte, la généralité prend une dimension qualitative. Dans un premier sens, les principes de procédure sont généraux lorsqu'ils trouvent à s'appliquer à toutes les étapes de la procédure. Tel est le cas du contradictoire ou de l'impartialité. Cette généralité s'étend aux principes qui régissent plusieurs étapes de la procédure. Il en est ainsi de la publicité, qui gouverne l'audience et le jugement. Il en est encore ainsi de la liberté de la preuve, qui concerne la liberté de produire et celle d'apprécier les preuves. Dans le même esprit, un principe est général, car il s'applique à un grand nombre d'actes de procédure. Ainsi, la motivation s'impose à toutes les décisions juridictionnelles. De même, la loyauté de la preuve concerne toutes les preuves produites dans une instance civile. La généralité est plus grande encore, lorsqu'elle transcende la procédure civile. Par exemple, les principes qui composent le procès équitable²⁸ trouvent à s'appliquer dans la plupart des procédures nationales.

Dans un autre sens, la généralité s'entend des principes qui s'appliquent, même en l'absence de texte. On en trouve une illustration particulière à propos du principe du double degré de juridiction, lorsque la Cour de cassation affirme que « *l'appel est de droit dans tous les cas qui ne sont pas formellement exceptés par la loi* »²⁹. On retrouve ce type de généralité dans l'article 22 C.pr.civ., qui dispose que « *les débats sont publics sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil* ».

²⁶ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, Paris, 1997, p. 20.

²⁷ Cf. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, pp. 396 et suiv. L'auteur décrit une généralité « graduelle et continue » des règles de droit.

²⁸ Indépendance, impartialité, égalité des armes, etc.

²⁹ Cass. civ. 14 mars 1911, *Sirey 1911*, 1, p. 185.

Certains sens du concept de généralité sèment le trouble pour la compréhension des principes. Ainsi, la généralité s'entend traditionnellement du rapport des lois générales aux lois spéciales. Selon cette présentation, les principes appartiendraient à la catégorie des lois générales, alors que les règles techniques relèveraient des lois spéciales. Cette *summa divisio* est séduisante, mais elle s'applique mal à la relation entre principes et règles techniques. En effet, la relation entre lois spéciales et lois générales introduit l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*. A l'inverse, les relations entre principes et règles techniques sont des relations hiérarchiques dans lesquelles le principe est dominant. La règle technique constitue ordinairement une application du principe. La règle doit donc se conformer au principe. Si une règle technique déroge à un principe, cette dérogation doit trouver sa justification dans un but légitime. Cette relation hiérarchique ne reproduit donc pas la solution de l'adage *specialia generalibus derogant*, qui implique que la loi spéciale évince systématiquement l'application de la loi générale.

En définitive, le critère de la généralité n'est pas suffisant. Les règles techniques présentent une certaine généralité et il n'est pas possible de définir un seuil de généralité entre le principe et la règle technique. De plus, certains principes sont plus généraux que d'autres. Il en va ainsi des droits de la défense ou du procès équitable, qui incluent en leur sein d'autres principes moins généraux (contradictoire, droit au recours, etc.). Il faut donc compléter ce critère avec celui de la continuité.

La continuité des principes

La continuité est un concept moins étudié que la généralité. Il décrit une certaine force d'inertie des principes directeurs³⁰. A l'inverse des règles techniques - qui peuvent apparaître ou disparaître brutalement - les principes ont vocation à une certaine stabilité. Leur apparition est progressive, de même que leur disparition ou leur transformation. A ce titre, les principes de la procédure assurent la stabilité du système. Par exemple, la réforme de la procédure d'appel en 2009³¹ n'a pas modifié le principe du double degré de juridiction. De même, la réforme des procédures sans représentation obligatoire en 2010³² n'a pas fait disparaître le principe d'oralité de ces procédures. Néanmoins, ces réformes, tout en respectant les principes, en modifient l'application. Par exemple, en introduisant une certaine dose d'écrit dans les procédures sans représentation obligatoire, le pouvoir réglementaire a atténué la portée de l'oralité.

La stabilité des principes dans le temps donne à la procédure sa physionomie, ainsi que sa philosophie. Par exemple, la Révolution française a forgé dans son sillage un certain nombre de principes démocratiques qui dominent encore aujourd'hui la procédure civile. A cette époque, le principe de la motivation des décisions de justice est réapparu pour

³⁰ « La force d'inertie d'une norme peut être définie comme la capacité de résistance de cette norme au mouvement réformateur du droit. Plus la norme est stable dans le temps, moins elle subit les conséquences des innovations textuelles et jurisprudentielles ; plus elle détient cette force d'inertie. », E. Vergès, Thèse précit, n°210.

³¹ Décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile.

³² Décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

symboliser la lutte contre l'arbitraire³³. De façon plus contemporaine, le procès civil moderne est marqué par la montée en puissance des principes qui incarnent des droits fondamentaux. Des principes tels que le droit au respect de la vie privée, le droit au juge ou le droit à la preuve, en sont des illustrations marquantes. Les principes s'inscrivent ainsi dans une continuité. Ils empruntent leur inertie à la tradition juridique et ils incarnent un modèle procédural stable dans le temps. Cela ne signifie pas qu'ils sont immuables, mais plutôt que leur évolution est lente et progressive.

L'évolution des principes trace ainsi les grandes étapes de l'évolution du procès civil. Le nouveau Code de procédure civile a constitué un tournant dans cette évolution et certains principes en ont subi les répercussions. C'est ainsi que l'immutabilité du litige s'est effacée au profit de l'évolution du litige au cours de l'instance³⁴. Le nouveau Code a également été marqué par le renouveau du principe de conciliation³⁵ qui, au cours de ces dernières années, a connu un certain essor. Sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, le préalable obligatoire de conciliation avait connu un échec, qui avait conduit à son abandon³⁶. Dans le nouveau Code de 1975, le principe de conciliation est apparu timidement sous la forme d'une incitation. Puis il a pris de plus en plus d'ampleur au fil des réformes, avec la création de la profession de conciliateur de justice en 1978³⁷, puis

l'apparition de la médiation civile en 1996³⁸. Plus récemment encore, plusieurs textes ont élargi le champ des procédures amiables par la création d'une procédure participative et en ouvrant le livre V du Code de procédure civile à la résolution amiable des différends³⁹. Le principe de conciliation a ainsi vécu une progression lente et constante.

La continuité est un critère essentiel d'identification des principes. Lorsqu'une règle de procédure disparaît sous l'effet d'une simple réforme ou d'un revirement de jurisprudence, on trouve là un indice d'identification d'une règle technique. A l'inverse, une norme qui persiste dans le temps, malgré des modifications de sa substance ou de son contenu, aura plus de chance d'être identifiée comme un principe. Encore faudra-t-il lui associer un dernier caractère : celui de la flexibilité.

La flexibilité des principes

Nombreuses, sont les règles de droit qui répondent à la logique du tout ou rien. Par exemple, un délai de procédure est respecté ou il est dépassé. Dans le même esprit, un acte de procédure est nul ou il est valide. Pourtant, comme a pu le souligner un auteur, les principes suivent la « *logique du flou* »⁴⁰. Les principes de procédure, par leur généralité, n'ont pas vocation à régir de façon rigide toutes les situations qui entrent dans leur champ d'application⁴¹. Ils tolèrent les dérogations

³³ G. Giudicelli-Delage, *La motivation des décisions de justice*, thèse, Poitiers, 1979, p. 30.

³⁴ J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ, Paris, 1977, p. 13.

³⁵ Que l'on trouve partiellement transcrit à l'article 21 C.pr.civ.

³⁶ H. Solus, « Les réformes de la procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir », *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 193.

³⁷ Décret n° 78-381 du 20 mars 1978.

³⁸ Décret n°96-652 du 22 juillet 1996.

³⁹ Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

⁴⁰ M. Delmas-Marty, « Rapport introductif du cinquantenaire de la RSC », *RSC 1987*, p. 25.

⁴¹ En ce sens, M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », *Mélanges Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 463. L'auteur affirme, à propos du Code de procédure civile, qu'il « *brise les couples infernaux de la cohérence et du dogmatisme, d'une part, et du pragmatisme et des contradictions d'autre part, car (il) est construit sur la mise en cohérence de principes flexibles* ».

et ces dérogations ne remettent pas en cause l'existence de chaque principe. Le rapport entre principe et dérogation est ainsi un rapport complexe. Certains principes offrent toute l'apparence de la flexibilité et se présentent comme des standards juridiques. Ainsi, le principe de célérité prend la figure du respect du « délai raisonnable ». Ce délai est apprécié différemment en fonction des circonstances de la cause et de l'attitude des parties. Le délai raisonnable n'est pas un délai de procédure, c'est un standard qui traduit l'esprit du principe de célérité. Une justice qui se doit d'être diligente, mais pas expéditive. Le seuil du délai raisonnable est ainsi un seuil flexible. D'autres principes ne présentent pas cette flexibilité apparente, mais leur application n'est pourtant pas absolue. Ainsi, le principe du double degré de juridiction tolère-t-il des dérogations, qui tiennent par exemple au taux de ressort, ou au mécanisme de l'évocation.

La flexibilité est particulièrement illustrée par les situations de confrontation entre plusieurs principes. Le droit de la preuve est un terrain d'élection de ces confrontations. Celui qui possède une preuve peut la produire en justice, soit en application des droits de la défense⁴², soit plus directement en se prévalant de son droit à la preuve⁴³. L'adversaire qui réclame que la preuve soit écartée invoquera le respect de sa vie privée ou l'existence d'un secret juridiquement protégé⁴⁴. Pour résoudre un tel conflit, la Cour de cassation impose aujourd'hui avec beaucoup de clarté un examen de proportionnalité aux juridictions du fond. Ces dernières doivent, en fonction des circonstances de l'espèce, privilégier

l'application d'un principe au détriment d'un autre⁴⁵. Chacun de ces principes est donc flexible, afin que le juge puisse concilier leur application au regard des circonstances de l'espèce.

Le **seuil de flexibilité** constitue un repère important pour repérer un principe procédural. Si ce seuil est très bas, la règle est inflexible et elle répond à la logique du tout ou rien. On se trouve en présence d'une règle technique, tel qu'un délai pour exercer un recours. Si le seuil est très élevé, la règle manque d'autorité. Elle subit de nombreuses dérogations et n'a plus la puissance juridique d'un principe. On trouve dans cette catégorie les **règles de principe**, qui ont été envisagées plus haut, et qui se caractérisent par leur subsidiarité ou leur application par défaut. Par exemple, la prescription de droit commun de cinq ans⁴⁶ s'applique s'il n'existe pas de règle spéciale qui pose un autre délai. Dans le même esprit, la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur⁴⁷. Le seuil de flexibilité permet également d'identifier la différence entre les principes de droit positif et les **principes latents**. Le principe latent est une règle qui présente une certaine généralité et une certaine continuité, mais qui n'existe pas, en tant que principe, dans le droit positif. Il en est ainsi de la collégialité. Cette règle trouve à s'appliquer devant de nombreuses juridictions, mais le principe de collégialité n'a pas été consacré en droit positif. Non seulement les juges uniques ont été multipliés depuis les années 70, en

⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2008, n°07-15.778.

⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2012 n° 11-14.177.

⁴⁴ Secret médical, secret des correspondances, secret bancaire, secret des affaires, etc.

⁴⁵ « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision », Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2012 n° 11-14.177 précit.

⁴⁶ Art. 2224 C.civ.

⁴⁷ 42 al. 1 C.pr.civ.

matière civile comme dans d'autres contentieux, mais encore, le Conseil constitutionnel, dans sa décision *juge unique*, a refusé de reconnaître l'existence d'un principe de collégialité⁴⁸. Lorsque le nombre de dérogations s'accroît et que la jurisprudence refuse de qualifier une norme de « principe », alors le seuil de flexibilité est suffisamment élevé pour que l'on puisse parler de principe à l'état latent. Il inspire les solutions de droit positif, mais ne s'impose pas par principe.

Le seuil de flexibilité est un concept flou et on lui reprochera aisément son imprécision. Trop bas ou trop haut, ce seuil permet d'écarter la qualification de principe. Il devient dès lors difficile de connaître quel est le bon seuil. Pour cela, il est nécessaire de se référer à une méthodologie plus qualitative. Le principe est une norme qui traduit non seulement un impératif juridique, mais plus encore un impératif axiologique ou utilitariste. Il transpose en droit une valeur ou une utilité sociale. Il possède ainsi une dimension essentielle ou fondamentale. Pour cette raison toute dérogation à un principe de procédure doit trouver une justification. Si le double degré de juridiction subit une dérogation à travers le taux de ressort, c'est en raison de la faiblesse de l'enjeu du procès. Lorsque cet enjeu est faible, le rapport entre l'utilité apportée par l'appel et le coût économique et social de cette voie de recours n'est plus favorable. Le double degré de juridiction perd sa raison d'être dans cette circonstance. De même, la publicité des débats cède devant une règle de plus grande valeur, lorsqu'il s'agit de protéger l'intimité de la vie privée ou la sérénité de la justice⁴⁹. Ainsi, on reconnaît un principe, lorsqu'une norme juridique admet exclusivement des dérogations

justifiées par d'autres impératifs liés à des valeurs ou à des utilités de la procédure⁵⁰.
Conclusion sur la notion de principe

En définitive, le principe de procédure se définit d'abord comme une norme de droit positif consacrée par une source formelle du droit. Il ne peut se réduire à la description doctrinale d'une réalité juridique aussi constante et générale que soit cette réalité⁵¹. De surcroît, le principe se distingue des règles techniques de la procédure en cumulant trois caractères essentiels : la généralité, la continuité et la flexibilité. Cette définition est doctrinale. On ne la trouve dans aucun texte, ni aucun arrêt. Mais elle ne se place pas uniquement sur un plan théorique, car en se basant sur les critères définis ci-dessus, il est possible de dégager une liste de principes de procédure civile :

- contradictoire
- droits de la défense
- procès équitable
- conciliation
- loyauté
- publicité des débats, du jugement
- secret des délibérés
- droit au juge, au tribunal
- célérité
- égalité devant la justice
- égalité des armes
- liberté de la preuve
- droit à la preuve
- légalité de la preuve
- licéité de la preuve
- motivation des décisions de justice
- indépendance (juge/juridiction)
- impartialité (juge/juridiction)
- autorité de la chose jugée
- concentration des moyens
- hiérarchie des moyens
- double degré de juridiction

⁴⁸ Cons.Const., Décision du 23 juillet 1975 75-56 DC.

⁴⁹ Art. 435 C.pr.civ.

⁵⁰ Cf. *supra*, les développements consacrés aux « principes et finalités de la procédure ».

⁵¹ Un adage par exemple.

L'approche théorique de la notion de principe est opérationnelle, car le juge peut s'approprier cette définition doctrinale pour identifier un nouveau principe, mais aussi pour faire jouer à ce principe un rôle spécifique dans l'ordre normatif procédural. Se pose alors la question de la fonction des principes.

II. Les fonctions des principes

La prédominance des principes

La fonction des principes de la procédure renvoie inévitablement à une conception hiérarchique des normes au sein du système juridique. Boulanger affirmait ainsi, « *les principes règnent sur le droit positif; ils en dirigent le développement* »⁵². Cette formule illustre bien l'idée selon laquelle il existerait une prééminence des principes sur les règles techniques. Dans un système juridique marqué par la conception kelsenienne de la hiérarchie des normes, cette supériorité est difficile à concevoir. A moins que les principes de la procédure civile ne soient consacrés par la Constitution ou par la Convention européenne des droits de l'homme, leur place dans la hiérarchie des normes n'est pas censée être différente de celle des règles techniques. Plus encore, les principes qui figurent dans le Code de procédure civile n'ont qu'une valeur réglementaire et, par conséquent, une place assez modeste dans la hiérarchie formelle des normes.

Ce débat n'existe pas seulement en procédure civile. Il a animé la procédure pénale à propos de l'article préliminaire inséré dans le Code de procédure pénale

par la loi du 15 juin 2000⁵³. Les auteurs se sont interrogés sur la possibilité de contrôler la conformité des règles du Code vis-à-vis des principes de l'article préliminaire. Il a été fait allusion à un contrôle de « *légalité de la loi* », à l'instar du contrôle de constitutionnalité ou de conventionalité⁵⁴. La Cour de cassation a adopté une attitude ambiguë dans un arrêt rendu en 2002, en affirmant que certaines dispositions techniques du Code de procédure pénale **n'étaient pas contrares à l'article préliminaire**⁵⁵. Elle introduisait, *a contrario*, l'idée d'une supériorité de l'article préliminaire sur les autres règles du Code de procédure pénale. Toutefois, à la suite de la controverse doctrinale suscitée par cet arrêt, la Cour de cassation est revenue sur sa position ambiguë et a refusé de contrôler la conformité des articles du Code aux principes de l'article préliminaire⁵⁶.

Ce débat n'est pourtant pas achevé, tant il est fréquent que la Cour de cassation utilise les principes procéduraux dans une relation hiérarchique avec d'autres règles de procédure. Ainsi, dans un arrêt récent rendu à propos d'un recours contre une décision de placement d'un mineur en qualité de pupille de la nation, la Cour de cassation a écarté l'application de la règle technique de l'article L. 224-8 du Code de l'action

⁵³ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁵⁴ D.-N. Commaret, L'article préliminaire du Code de procédure pénale : simple rappel des principes directeurs du procès pénal, disposition créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ? *in Mélanges J. Pradel*, éd. Cujas, 2006, p. 71.

⁵⁵ Cass. crim. 27 mars 2002, n° 00-81712 00-88111, *bull. crim.*, n° 70, *RSC* 2003, p. 122, obs. A. Giudicelli.

⁵⁶ E. Vergès, « Principes directeurs du procès pénal. – origine et force normative des principes directeurs », *Juriclasser procédure pénale*, article préliminaire, fasc. 20, n°48.

⁵² J. Boulanger, Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert*, t. 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.

sociale et des familles⁵⁷, car elle portait atteinte au « droit à un tribunal, dont le droit d'accès concret et effectif constitue un aspect »⁵⁸. Dans cet arrêt, la cassation a été prononcée au visa de l'article 6 Conv. EDH. La hiérarchie entre le principe européen du droit à un tribunal et la règle technique du Code de l'action sociale et des familles est ainsi respectée. Ce contrôle est de plus en plus fréquent, à mesure que les principes de la Convention européenne des droits de l'homme se déploient en procédure civile. Mais la relation entre principes et règles techniques est à la fois plus diversifiée et plus complexe.

Interpréter les textes procéduraux dans le sens indiqué par les principes

Les principes procéduraux sont des outils essentiels à la disposition du juge, lorsqu'il met en œuvre son pouvoir d'interprétation. Les textes de procédure, même apparemment clairs, nécessitent une part d'interprétation. Si les méthodes traditionnelles d'interprétation sont connues⁵⁹, l'usage d'un principe dans l'opération d'interprétation l'est moins. Pourtant, le principe permet d'éclairer la signification d'une règle technique. Il incarne une valeur ou une utilité, qui sert également de fondement à la règle technique. Ainsi, le juge a-t-il recours aux principes pour donner un sens à une règle technique ou en préciser la portée. Par exemple, l'article 132 C.pr.civ. énonce que « la partie qui fait état d'une pièce

s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance » et l'article 15 du même Code ajoute que « les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile (...) les éléments de preuve qu'elles produisent ». En revanche, aucun de ces textes ne précise si la pièce produite doit être originale ou s'il peut s'agir d'une copie. Cette question a donné lieu à un arrêt de cassation qui se fonde, d'une part sur les articles 15 et 132 C.pr.civ. et, d'autre part, sur le principe des droits de la défense, pour affirmer que « la production d'une copie ne saurait suppléer l'original dont la communication peut toujours être exigée pour assurer le respect des droits de la défense »⁶⁰. L'arrêt est démonstratif, car il montre que la Cour de cassation s'appuie sur un principe pour donner un sens précis aux règles techniques du Code de procédure civile. Cette méthode d'interprétation, en référence à un principe, n'est pas toujours aussi claire, mais on la décèle dans le raisonnement implicite de la Haute juridiction. Ainsi, en matière de communication de pièces, la Cour de cassation a jugé, au visa des articles 16, 132 et 133 C.pr.civ., que la communication de pièces n'était pas régulière, lorsque l'une des parties communiquait uniquement le bordereau et indiquait à son adversaire que les pièces étaient à sa disposition pour être consultées⁶¹. La solution illustre l'apparition d'un nouvel adage selon lequel *les pièces sont portables et non transférables*. L'arrêt montre surtout que les formalités de communication doivent être interprétées en respectant l'esprit du principe du contradictoire, même si le Code n'oblige pas expressément les parties à délivrer les pièces. Les illustrations du rôle des principes dans l'interprétation des règles techniques de la

⁵⁷ Cette disposition prévoyait que l'arrêté peut faire l'objet d'un recours dans les trente jours à compter de sa date, par les parents de l'enfant, ses alliés et toute personne justifiant d'un lien avec lui.

⁵⁸ Cass. civ. 1, 9 avril 2013, n° 11-27.071, FP-P+B+R+I, *Lexbase hebdo éd. Privée*, n°536 du 18 juillet 2013, obs. E. Vergès.

⁵⁹ Littérale, téléologique, etc.

⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2012, n° 11-14.405.

⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 12-14.488.

procédure civile sont courantes. Ainsi, c'est toujours en interprétant le Code de procédure civile à la lumière du principe du contradictoire que la Cour de cassation a pu sanctionner la pratique de certaines juridictions, qui consiste à révoquer l'ordonnance de clôture le jour de l'audience et à clôturer l'instruction aussitôt, avant de statuer au fond. Cette procédure permet d'admettre une pièce nouvelle le jour de l'audience. La Cour de cassation considère qu'elle viole le principe de la contradiction⁶². Selon la Haute juridiction, la révocation de l'ordonnance de clôture doit entraîner systématiquement une réouverture des débats. Cette précision n'est pas indiquée dans le Code. Elle résulte de l'esprit du contradictoire, tel qu'interprété par la Cour de cassation.

Juger en l'absence d'une norme technique adaptée

Les principes reflètent l'esprit de la procédure. Ils permettent au juge de dégager des solutions concrètes et précises, lorsque les textes ne prévoient pas de règles techniques susceptibles de résoudre le cas qui se présente devant lui. Cette hypothèse est souvent décrite en doctrine sous l'expression de lacunes et d'antinomies du droit. Tel est le cas en matière probatoire. Le droit de la preuve est peu fourni en règles écrites et il n'apporte pas toujours les réponses dont les magistrats ont besoin pour trancher un litige sur la recevabilité d'une preuve. En se référant à l'article 9 du Code de procédure civile, qui fonde le principe de licéité de la preuve, la Cour de cassation a ainsi affirmé que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de*

contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés »⁶³. Par la suite, dans l'arrêt *Nikon*, la chambre sociale s'est fondée à la fois sur le principe du respect de la vie privée et sur celui de la licéité des preuves, pour affirmer que « *l'employeur ne peut dès lors (...) prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail* »⁶⁴. Elle a encore ajouté, sur le fondement des mêmes principes, que « *les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel* »⁶⁵. Ces trois arrêts⁶⁶ montrent que la Cour de cassation utilise les principes pour construire un véritable régime juridique des données informatiques reçues ou détenues par le salarié. Là où les textes procéduraux sont silencieux, les principes jouent un rôle fondateur dans la création de *corpus* juridiques complexes. Arrêt après arrêt, la Cour de cassation définit un ensemble de règles techniques qui découlent directement des principes procéduraux. Par le jeu d'une interprétation créatrice des principes, la Haute juridiction construit un droit nouveau⁶⁷.

⁶³ Cass. soc. 4 fév. 1998, *Bull. civ.*, n°64.

⁶⁴ Cass. soc. 2 oct. 2001, n°99-42942.

⁶⁵ Cass. soc., 19 juin 2013, n°12-12.138.

⁶⁶ Parmi tant d'autres rendus sur cette question.

⁶⁷ Ripert décrivait déjà ce phénomène à propos des principes juridiques : « *les principes juridiques sont invoqués par les tribunaux lorsque ne découvrant pas de loi applicable ils ont besoin de justifier une solution pour qu'elle ne paraisse pas arbitraire* », G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1955, p. 326.

⁶² Cass. civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-18.416.

Définir une norme commune à toutes les procédures

En procédure civile, la représentation du droit commun peut varier. On peut considérer que le droit commun figure dans le Code de procédure civile, qui se distingue ainsi des règles spéciales de procédure, applicables, par exemple, aux procédures collectives ou aux procédures devant les autorités administratives indépendantes. On peut imaginer, de façon plus stricte, que le droit commun figure dans le premier livre du Code de procédure civile relatif aux « *dispositions communes à toutes les juridictions* ». Enfin, la conception la plus stricte du droit commun revient à définir ce droit en référence aux principes procéduraux dont l'application est commune à toutes les procédures. Cette conception du droit commun est liée à la généralité des principes. L'impartialité de la juridiction, les droits de la défense, le contradictoire, la conciliation, sont des principes qui étendent leur application à toutes les procédures. C'est ainsi que la Cour de cassation a imposé le respect des droits de la défense dans la procédure très spéciale du rabat d'arrêt⁶⁸. C'est en suivant la même démarche que l'Assemblée plénière a imposé la loyauté de la preuve devant l'autorité de la concurrence⁶⁹. Les principes procéduraux constituent le socle commun de toutes les procédures. Leur application n'est pas toujours uniforme, car les principes sont flexibles, mais le juge peut s'y référer, quel que soit le contentieux dont il est saisi.

⁶⁸ Cass. Ass. plén. 30 juin 1995, n°94-20302, *précit.*

⁶⁹ Cass. Ass. plén. 7 janv. 2011, n°09-14.316 et 09-14.667.

Neutraliser l'application des textes : une fonction équivoque

Dans les cas les plus rares, le juge a recours aux principes procéduraux pour neutraliser l'application d'une règle technique théoriquement supérieure. Cette action subversive des principes⁷⁰ a connu une période très intense en procédure civile avec le développement des recours nullité. Le domaine particulièrement concerné était celui des procédures collectives, dans lesquelles les recours peuvent être exclus pour des raisons d'efficacité procédurale. Les décisions juridictionnelles sont très nombreuses dans les procédures collectives et la multiplication des recours peut avoir pour effet de retarder la procédure et de réduire les chances de redressement ou de cession de l'entreprise. Mais les exclusions ou le report des voies de recours existent également dans le Code de procédure civile. Face à ces exclusions, la jurisprudence a développé des recours spécifiques liés à la nullité de la décision attaquée. Il peut s'agir d'un appel-nullité ou encore d'un pourvoi-nullité. La Cour de cassation a ainsi admis que des recours-nullité soient exercés, malgré l'exclusion textuelle, en raison d'une violation d'un principe essentiel de procédure⁷¹. La Cour de cassation faisait alors un usage audacieux des principes de procédure. Elle bouleversait la hiérarchie des normes, en autorisant l'ouverture d'un recours là où la loi l'avait expressément exclue et ce, dans le but de réparer la violation d'un principe essentiel de procédure. Cette jurisprudence a connu un revirement brutal, lorsque la

⁷⁰ Le rôle subversif des principes juridiques a été mis en évidence par P. Morvan dans sa thèse, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon – Assas, Paris, 1999.

⁷¹ Comme il a été vu plus haut, il pouvait s'agir d'une violation du principe du contradictoire, des droits de la défense ou de la motivation des décisions de justice.

chambre mixte en réduisant l'ouverture des recours-nullité aux cas d'excès de pouvoir⁷². A l'heure actuelle, seule la chambre commerciale exerce encore une faible résistance en jugeant que « *constitue un excès de pouvoir le fait pour un juge, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé* »⁷³.

L'aventure des recours-nullité montre que durant une dizaine d'années, la Cour de cassation n'a pas hésité à faire prédominer les principes procéduraux sur des règles techniques qui leurs étaient formellement supérieures. Particulièrement dans les procédures collectives, l'exclusion des recours trouvait sa source dans la loi, alors que les principes essentiels de la procédure civile étaient issus d'un texte réglementaire. En admettant les recours-nullité, la Cour de cassation ne s'est pas fondée sur le caractère constitutionnel ou conventionnel de certains de ces principes, comme elle peut le faire aujourd'hui lorsqu'elle vise l'article 6 Conv. EDH. Il y avait donc, dans l'esprit des hauts magistrats, une attitude subversive, dont l'explication tient en partie à la prééminence des principes sur les autres règles de la procédure. L'idée que les principes procéduraux incarnent des valeurs essentielles n'est pas inscrite dans la tradition française de la hiérarchie des normes, mais elle est présente dans les décisions rendues par les juges⁷⁴. On peut regretter, à ce titre, que la Cour de cassation n'ait pas laissé perdurer cette jurisprudence, tant il peut paraître

discutable qu'une décision de justice - qui viole des principes tels que le contradictoire, les droits de la défense ou l'obligation de motivation - ne puisse être attaquée, en toute circonstance, par une voie de nullité. La fonction subversive des principes procéduraux est en germe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, mais ce mouvement est encore trop timide. Pourtant, l'évolution des principes directeurs montre le grand dynamisme de la Cour de cassation dans la création de nouveaux principes.

III. L'évolution contemporaine des principes de la procédure

Naissance de la catégorie des principes de procédure

La procédure civile moderne - qui débute avec l'adoption des premiers décrets de réforme du Code de procédure civile⁷⁵ - est marquée par l'empreinte de Motuslky et des principes directeurs du procès. Les principes étaient connus en doctrine depuis les années 30⁷⁶, mais le Code de 1975 a été réellement innovant, car il a identifié les règles essentielles de la procédure dans un chapitre intitulé « *principes directeurs du procès* ». Les principes de la procédure civile prennent ainsi place au sein d'une catégorie identifiée par le droit positif. Toutefois, ils ont une forme atypique. En effet, le premier chapitre du Code, consacré aux principes directeurs, ne contient que des règles techniques. Il y a là une contradiction que l'on ne peut comprendre, qu'à travers l'œuvre de

⁷² Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005, *Droit et procédure* 2005/4, p. 224, obs. Douchy-Oudot, *Dalloz* 2006, pan 548, obs. Julien et Fricero.

⁷³ Cass. com., 16 juin 2009, n°08-13565.

⁷⁴ Les principes tiennent « *leur autorité et leur rayonnement de la source philosophique et morale à laquelle ils s'alimentent* » affirmait déjà B. Jeanneau, in « La nature des principes généraux du droit en droit français », *Travaux de l'institut de droit comparé de l'université de Paris* 1962, t. 23, p. 203.

⁷⁵ Le premier étant le Décret n°71-740 du 9 septembre 1971 qui contient les principes directeurs du procès.

⁷⁶ R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1^{ère} éd., Sirey, Paris, 1932, pp. 462 et suiv. L'ouvrage comporte un chapitre évoquant les « *principes directeurs de la procédure française* ».

Motulsky⁷⁷. Pour ce dernier, l'identification des principes relève uniquement de l'œuvre doctrinale. Les principes sont des « constructions intellectuelles »⁷⁸. C'est pour cette raison que les principes ne sont introduits dans le nouveau Code de procédure civile, qu'au travers de règles techniques. Tel est le cas du contradictoire, qui s'exprime par l'appel des parties, la communication entre elles ou la soumission du juge à la contradiction⁷⁹. Plus encore, de nombreux principes procéduraux, qui s'inscrivent dans la tradition procédurale française, ne figurent pas parmi les principes directeurs. Ainsi en est-il de la motivation des décisions de justice ou de l'autorité de la chose jugée. En définitive, le nouveau Code de procédure civile constitue une étape majeure dans la consécration des principes procéduraux, mais la catégorie des principes demeure floue et disséminée. Une évolution très différente va succéder à la consécration des principes dans le nouveau Code. Elle est due au développement des droits fondamentaux.

Influence des droits fondamentaux sur l'évolution des principes procéduraux

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la procédure civile va marquer l'évolution des principes durant les années 80, mais surtout au cours de la décennie suivante. On ne parle plus du principe dispositif, mais de l'impartialité, de l'indépendance,

de l'égalité des armes, de la célérité de la procédure ou encore du droit d'accès au juge. La Cour de cassation s'est progressivement emparée de l'article 6 Conv. EDH et les grandes décisions sont aussi connues qu'exemplaires. Elles ont conduit la Haute juridiction à modifier en substance certaines règles de procédure civile ou d'organisation judiciaire. Par exemple, dans un arrêt du 22 décembre 2000, l'Assemblée plénière a jugé que la composition de la Cour nationale de l'incapacité ne présentait pas les garanties d'impartialité et d'indépendance exigées par l'article 6§1 Conv. EDH⁸⁰. Dans ce sillage, l'Assemblée plénière a établi les critères d'impartialité exigés lorsque le juge des référés statue à deux reprises dans la même affaire⁸¹.

Progressivement, les principes du procès équitable sont entrés dans le quotidien des juridictions et les arrêts portant sur des questions techniques se sont multipliés. Ainsi, les dispositions du Code de l'expropriation accordant des prérogatives exorbitantes au commissaire du gouvernement ont été jugées contraires au principe de l'égalité des armes par la Cour de cassation⁸². Dans un contexte très différent, la troisième chambre civile a affirmé que le droit d'accéder à un juge chargé de statuer sur ses prétentions interdit à une juridiction du fond de se prononcer sur la validité d'un mandat d'agir en justice donné par des

⁷⁷ H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Dalloz* 1972, chron., p. 91.

⁷⁸ H. Motulsky, « Prolégomènes... », *précit.* L'auteur explique ainsi, « il est (...) malaisé d'aller, dans un texte législatif ou réglementaire, au-delà de prescriptions que seule la pensée doctrinale peut regrouper en une construction intellectuelle ».

⁷⁹ Art. 14 à 16 C.pr.civ.

⁸⁰ Cass. Ass. plén. 22 décembre 2000, n° 99-11303 et 99-11615.4.

⁸¹ Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, *JCP* 1998, II, 10198. Lorsque le juge des référés a pris une simple mesure conservatoire, celui-ci peut ensuite siéger dans la juridiction du fond sans que soit remise en cause son impartialité car sa décision prise en référé n'a pas créé un risque de préjugé. A l'inverse, lorsque le juge statue en référé sur une demande qui tend à l'attribution d'une provision, le juge doit apprécier le caractère non sérieusement contestable de l'obligation. Il se prononce sur le fond du litige et perd son impartialité.

⁸² Cass. civ. 3ème, , 13 sept. 2005, n° 04-70154.

copropriétaires au syndic. En déclarant la nullité de ce mandat, la Cour d'appel a ainsi violé l'article 6§1 de la Conv. EDH.

L'influence sur la procédure civile des principes inhérents au procès équitable est capitale. Les principes de l'article 6§1 ne définissent pas une théorie du procès civil⁸³. Cependant, ils marquent le procès de l'esprit des droits fondamentaux. Ils provoquent de nombreux bouleversements techniques et remettent parfois en cause les traditions profondément ancrées dans la procédure française. Tel a été le cas de la position du ministère public pendant le délibéré ou encore de la communication du rapport du conseiller rapporteur devant la Cour de cassation⁸⁴. Les principes du procès équitable se distinguent nettement des principes directeurs du procès civil, tant dans l'esprit que dans la méthode. La Cour de cassation s'est approprié l'article 6§1 et elle a appliqué cette stipulation de façon dynamique, mais les droits fondamentaux constituent, avant tout, une création du juge européen. C'est peut-être pour cette raison que la Cour de cassation a ouvert la voie d'une troisième ère des principes directeurs.

Le renouveau jurisprudentiel des principes du droit interne

Depuis quelques années seulement, les grands arrêts se multiplient en procédure civile. Nombre d'entre eux sont rendus en Assemblée plénière ou en chambre mixte. Ces décisions donnent l'impression d'assister à la naissance des nouveaux principes directeurs du procès : concentration des moyens, loyauté

⁸³ Comme c'est le cas des principes directeurs du Code de procédure civile.

⁸⁴ Sur ces deux points, cf. not. S. Guinchard et alii, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2013, n°461 et suiv. ; E. Jeuland, *Droit processuel général*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2012, n°234.

procédurale, hiérarchie des moyens, droit à la preuve. En réalité, le phénomène est plus complexe qu'il n'y paraît. Certes, la Cour de cassation a rendu plusieurs décisions majeures pour la procédure civile dans une période assez courte. Mais toutes ces décisions n'ont pas débouché sur la création de nouveaux principes. Plusieurs d'entre elles ont marqué une rénovation de principes existants.

La rénovation des principes existants

Au premier plan des principes qui connaissent actuellement une importante mutation, figure l'autorité de la chose jugée. En affirmant qu'« *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* », l'Assemblée plénière a soulevé, dans l'arrêt *Cesareo* du 7 juillet 2006⁸⁵, une importante controverse doctrinale et jurisprudentielle. Très rapidement, la concentration des moyens est apparue comme le principe émanant de cette décision⁸⁶. Mais ce principe est consubstantiel à celui de l'autorité de la chose jugée. Il introduit l'idée qu'une modification des moyens entre deux procès ne change pas la cause du litige. L'identité de cause entraîne ainsi l'application de la fin de non-recevoir. Le principe de concentration a progressivement pris de l'ampleur en procédure civile, créant une scission entre les chambres qui ont cantonné son application aux moyens des parties⁸⁷ et celles qui ont étendu la concentration à

⁸⁵ Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, n°04-10.672, *JCP G* 2006, I, 183, n° 15, obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP G* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr.

⁸⁶ Cette formule apparaît dans les conclusions de l'avocat général.

⁸⁷ Cass. civ. 2, 23 sept. 2010, n°09-69730. Cass. civ. 2, 26 mai 2011, n°10-16.735. Cass. civ. 3, 11 janv. 2012, n°10-23.141.

certaines demandes⁸⁸. La jurisprudence *Cesareo* a profondément modifié la physionomie de l'autorité de la chose jugée, en donnant de la cause une conception restrictive. Les prolongements de cet arrêt dans la jurisprudence de la première chambre civile et de la chambre commerciale ont également eu un impact sur l'objet du litige. Ainsi, l'obligation de concentrer les demandes relatives à la même cause remet en cause l'article 4 C.pr.civ., en interdisant aux parties de définir librement l'objet de leurs prétentions.

L'autorité de la chose jugée a été touchée par un autre arrêt majeur rendu par l'Assemblée plénière, le 13 mars 2009⁸⁹. En affirmant que « *l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif* », la Cour de cassation a condamné, implicitement mais fermement, la pratique des motifs décisifs et décisives. La physionomie de l'autorité de la chose jugée a ainsi été précisée, notamment par la remise en cause de traditions procédurales qui avaient été validées en jurisprudence⁹⁰.

D'autres principes de la procédure civile ont été rénovés à travers des applications techniques essentielles. Ainsi, dans un arrêt d'Assemblée plénière rendu le 29 mai 2009⁹¹, la Cour de cassation a

⁸⁸ Cass. civ. 1, 28 mai 2008, n°07-13.266, « *il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause* » ; Cass. com., 25 oct. 2011, n°10-21.383, « *il appartenait à la caution, défenderesse à l'action en paiement, de présenter, dès l'instance initiale, l'ensemble des moyens qu'elle estimait de nature à justifier le rejet total ou partiel de la demande* ».

⁸⁹ Cass. Ass. Plén., 13 mars 2009, n°08-16.033.

⁹⁰ Cf. sur cette évolution, le Rapport du conseiller rapporteur, Mme Gabet, à propos de l'arrêt du 13 mars 2009 *précit.*
http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/arret_n_12315.html

⁹¹ Cass. Ass. plén., 29 mai 2009, n°07-20.913.

consacré un principe que l'on pourrait dénommer « principe de hiérarchie des moyens ». Dans une affaire complexe relative à une prescription presomptive de paiement, la Haute juridiction a affirmé que « *ne peuvent constituer un aveu des conclusions par lesquelles, après avoir invoqué la prescription, une partie conteste, à titre subsidiaire, l'existence ou le montant d'une créance* ». Elle a ainsi consacré la formule du Professeur Perrot selon laquelle le « *subsidiaire n'est destiné à prendre le relais de la demande principale que si celle-ci est rejetée* »⁹². Dans cette affaire, le rapport du conseiller rapporteur fait clairement apparaître la volonté de créer un principe de hiérarchie des moyens. Mais la question demeure de savoir si ce principe possède une complète autonomie. On aurait tendance à rapprocher ce principe de l'idée de stratégie de défense des avocats. Ainsi, lorsqu'il concentre l'ensemble des moyens utiles à la défense, l'avocat présente à titre principal les moyens les plus efficaces et à titre subsidiaire, les moyens qu'il juge plus faillibles. Le respect par le juge de cette stratégie de hiérarchisation des moyens peut être rattaché aux droits de la défense.

La consécration de nouveaux principes

Parmi les grands arrêts créateurs de principes procéduraux, celui du 5 avril 2012 tient une place de choix. La Cour de cassation y affirme l'existence d'un droit à la preuve⁹³. Mis en valeur dans un article célèbre du Professeur Goubeaux⁹⁴, le droit à la preuve est longtemps resté à l'état de

⁹² R. Perrot, « La portée d'un subsidiaire », *Procédures* 2007, comm. 57.

⁹³ Cass. civ. 1, 5 avril 2012 n°11-14.177.

⁹⁴ G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foiries, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277.

principe doctrinal⁹⁵. Il était défini comme le droit de produire une preuve que l'on détient, et son corollaire, le droit d'obtenir une preuve que l'on ne détient pas. Le droit à la preuve n'était pas reconnu en tant que principe dans un texte ou en jurisprudence. Toutefois, l'analyse des règles techniques⁹⁶ donnait à penser que le nouveau Code de procédure civile contenait tous les éléments du droit à la preuve. Dans l'arrêt du 5 avril 2012, la première chambre civile a sanctionné une Cour d'appel qui n'avait pas recherché « *si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice [par une partie] de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence* ». L'arrêt reste abstrait sur le contenu du droit à la preuve. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, un plaideur avait produit en justice une lettre familiale susceptible de porter atteinte à la vie privée et au secret des correspondances. L'arrêt porte donc sur le droit de produire les pièces que l'on détient. Il ne modifie pas en substance les règles relatives à l'obtention des preuves que l'on ne détient pas⁹⁷. Toujours est-il que cet arrêt est essentiel en ce qu'il reconnaît la positivité d'un principe qui, jusque-là, demeurait à l'état latent.

L'autre principe reconnu récemment par la Cour de cassation est celui de la loyauté des débats. A l'instar du principe du droit à la preuve, la loyauté est d'abord apparue en doctrine⁹⁸. Puis, elle a été

déclinée par la Cour de cassation sous des formes différentes.

La Cour de cassation a reconnu l'existence de la loyauté de la preuve dans un arrêt rendu par la 2^{ème} chambre civile en 2004⁹⁹, à propos de l'enregistrement d'une conversation téléphonique¹⁰⁰. Cet arrêt fondateur a été rendu au double visa de l'article 9 C.pr.civ. et 6 Conv. EDH. La loyauté se rattache donc à l'exigence de licéité des preuves et au droit au procès équitable. Plus clairement encore, l'Assemblée plénière a visé en 2011 le principe de « *loyauté dans l'administration de la preuve* »¹⁰¹. Aujourd'hui, en application de ce principe, la Haute juridiction considère que la recherche d'une preuve à l'insu de son adversaire « *constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu* »¹⁰².

Parallèlement, le principe de loyauté s'est déployé en dehors du contentieux probatoire. On en trouve une expression claire dans la jurisprudence de la Cour de cassation à partir de 2003¹⁰³. A ainsi été jugé contraire à la loyauté des débats, le comportement d'une partie qui consistait à tenter délibérément de « *surprendre son adversaire* »¹⁰⁴. Toutefois, dans de nombreux arrêts, la loyauté des débats se confond avec le principe du

⁹⁵ Cf. la thèse de A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Bordeaux, 2007, publication LGDJ.

⁹⁶ Notamment celles sur les mesures d'instruction et la production forcée des pièces.

⁹⁷ La production forcée ou les mesures d'instruction.

⁹⁸ P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche de la preuve », *Mélanges Hugueney*, Sirey, Paris, 1964, p. 155 ; M.E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003.

⁹⁹ Cass. civ. 2, 7 oct. 2004, bull. n°447, D. 2005, p. 122, note Ph. Bonfils.

¹⁰⁰ « *L'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue* ».

¹⁰¹ Cass. Ass. plén., 7 janvier 2011, n°09-14.316 et 09-14.667.

¹⁰² Cass. soc., 4 juill. 2012, n°11-30.266 à propos de l'utilisation de lettres piégées dans le contentieux prud'homal.

¹⁰³ Cass. civ. 2, 23 oct. 2003, n°01-00.242.

¹⁰⁴ Cass. civ. 2, 2 déc. 2004, n°02-20.194.

contradictoire¹⁰⁵, de sorte que ce nouveau principe n'a pas trouvé immédiatement sa propre identité. Les choses ont évolué avec la réception du mécanisme de l'estoppel en droit français. Il s'agit d'une règle selon laquelle un plaideur ne peut se contredire au détriment de son adversaire. L'estoppel est apparu dans la jurisprudence de la première chambre civile en 2005¹⁰⁶, puis il a été consacré par un arrêt d'Assemblée plénière en 2009¹⁰⁷. Il permet de déclarer irrecevable une prétention ou un moyen allégué par une partie en rupture avec sa stratégie de défense. L'estoppel manifeste ainsi un changement brutal de cap dans la défense d'une partie¹⁰⁸. Par exemple, il est caractérisé lorsqu'une partie participe activement à une procédure¹⁰⁹, puis invoque son défaut de personnalité morale afin de se soustraire à la procédure¹¹⁰. L'estoppel correspond à un comportement typiquement déloyal. C'est pour cette raison que la première chambre civile l'a rattaché en 2010 au « *principe de loyauté des débats* »¹¹¹. Cette évolution montre que le principe de loyauté possède sa propre identité, indépendamment du principe du contradictoire.

¹⁰⁵ La plupart des espèces concernent la communication des pièces (pièce non communiquée ou communiquée tardivement).

¹⁰⁶ Cass. civ. 1, 6 juillet 2005, n°01-15912.

¹⁰⁷ Cass. Ass. plén., 27 fév. 2009, n°07-19.841.

¹⁰⁸ La Cour de cassation parle de « *changement de position, en droit, de nature à induire [l'adversaire] en erreur sur ses intentions* », Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2010, n°08-21288.

¹⁰⁹ Notamment en exerçant des voies de recours.

¹¹⁰ Cass. com., 20 sept. 2011, n°10-22.888, *D.* 2011, act. p. 2345 ; *JCP G* 2011, note 1250, *D. Houtcieff*.

¹¹¹ Cass. civ. 1, 8 juill. 2010, n°09-14.280.

Conclusion

Les principes de la procédure constituent une catégorie de normes, tout à la fois essentielles, tangibles et fuyantes. Les principes sont essentiels, car ils constituent les fondations de la procédure civile. Ils transcrivent, sous une forme normative, l'esprit et la philosophie du procès civil. Ils donnent des lignes directrices qui orientent l'interprétation des règles techniques. Les principes établissent ainsi des liens entre les finalités qui dominent la procédure et leurs applications concrètes. Par conséquent, les principes constituent de précieux outils dans les mains du juge. Celui-ci peut les utiliser pour interpréter les textes de procédure, mais également pour exercer un contrôle de conformité des règles techniques aux normes qui leur sont supérieures. Les principes sont tangibles, car ils se manifestent sous la forme de normes juridiques, dans les textes de procédure ou dans la jurisprudence. Pris dans leur ensemble, ils constituent une catégorie particulière de normes, qui se distinguent des règles techniques. Toutefois, les principes sont fuyants, car la frontière entre principes et règles techniques est difficile à établir. Aucun critère formel n'est satisfaisant et les principes ne peuvent être identifiés qu'en combinant plusieurs critères matériels (généralité, continuité, flexibilité). De surcroît, ces critères résultent de l'observation scientifique, mais nul texte ne les consacre. Dès lors, la réunion des principes dans une catégorie juridique unitaire résulte d'une analyse doctrinale.

En définitive, la vitalité des principes trouve sa source dans l'évolution jurisprudentielle contemporaine. Sous l'influence du nouveau Code de procédure civile, puis de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a enrichi substantiellement la

catégorie des principes de la procédure civile. Depuis le milieu des années 70, on assiste à leur montée en puissance. Non seulement, la jurisprudence crée ou consacre de nouveaux principes, mais encore, elle fait jouer à ces principes un rôle singulier qui redonne tout son sens à la formule de Boulanger : « *les principes règnent sur le droit positif ; ils en dirigent le développement* »¹¹².

¹¹² J. Boulanger, Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert, précit.*