

Mélanges D R Martin

Le procès comme opération juridique à trois personnes.
Parcours germanique.

Par Emmanuel Jeuland, Professeur à l'Université Paris 1
Panthéon Sorbonne.

Le professeur Didier R. Martin fut une figure de l'enseignement à la faculté de droit de l'Université de Rennes dans les années 1980 lorsque j'y étais étudiant. Comme à l'Université de Sceaux plus tard, il était le seul à faire cours en robe. Sa démarche remarquable consistait à faire revivre le droit des obligations, à le réinventer par une langue riche, imagée et puissante. Il avait aussi fait un choix de plan surprenant. A la fin du premier semestre, il annonçait la deuxième partie consacrée à la responsabilité civile. Il lisait l'article 1382 du Code civil. Il annonçait alors que tout le reste n'était que jurisprudence et qu'il ne voyait pas la nécessité d'en faire un cours. Il passait alors directement à la dernière partie de son cours à laquelle il allait consacrer le second semestre : le régime des obligations. Je l'ai vécu comme un coup de maître, un « koan » au sens de l'enseignement des maîtres orientaux. Au lieu de livrer le contenu du cours, il créait ainsi une sorte de suspension, de sidération et d'appel à la réflexion. Je dois dire que je n'ai jamais ressenti un manque dans mes connaissances car dès que l'occasion m'en fut donnée, j'ai appris par moi-même le droit de la responsabilité ayant en mémoire son enseignement de cinq minutes. L'autre

avantage de ce choix était de pouvoir approfondir le régime des obligations à une époque où n'avait pas encore été créé de cours spécialisé en licence troisième année. Il en est resté pour ses étudiants une vision du droit des obligations forte, rigoureuse mais aussi quasi poétique en raison de l'utilisation d'une langue savoureuse.

Je crois pouvoir dire qu'il a eu une forte influence sur ses élèves et que personnellement je n'ai jamais pu aborder mes propres spécialités autrement que sous l'angle du droit des obligations. Ainsi, j'indique à mes étudiants de master 1 que je ne considère pas la procédure civile comme un complément du droit civil, mais comme une matière de contrats spéciaux et surtout de droit des obligations spéciales. D'une certaine manière, je reprends le plan du cours de Didier Martin en 2^o année. J'étudie pour commencer les contrats spéciaux de la procédure civile : mandat ad litem et ad agendum, je dis en cours de semestre quelques mots du contrat de transaction. Je termine chaque année par les incidents d'instance que je présente comme étant un cours de régime des obligations spéciales. Lorsque j'évoque la suspension de l'instance, j'ai en tête les propos de DR Martin sur la suspension du contrat. La péremption est évidemment une traduction procédurale de la prescription. La fin de l'instance correspond évidemment à la fin du contrat et à l'exécution des obligations.

Il ne fait pas de doute plus largement que le procès est une opération juridique à trois personnes voire davantage et qu'à l'inverse les opérations juridiques à trois personnes sont très largement procédurales (il suffit de songer à l'action oblique,

au retrait litigieux et à la subrogation)¹. Pour autant, cela reste des matières spéciales, en ce sens que le droit des actes juridiques et le régime des obligations n'est pas facilement applicable à la procédure civile. Il me faut donc montrer en quoi la procédure civile reste spéciale et répondre plus précisément à une question délicate : comment le juge peut-il être actif dans un rapport dont il n'est pas parti ? C'est un peu comme si dans un contrat d'assurance se glissait un tiers omniprésent en terme de délais, de rédaction et d'exécution. Mon questionnement a pris la forme d'une recherche dans la doctrine germanophone² pour essayer de comprendre l'articulation entre les théories du procès comme rapport de droit provenant notamment de Bülow et Kolher et la doctrine sociale-libérale du juge de Franz Klein. Cette recherche n'est pas sans conséquence sur la conception du juge-manager qui se développe aujourd'hui. Mon hypothèse est que la fonction « sociale » du juge au sens de Franz Klein, qui était un libéral, est la conséquence de l'existence d'une opération juridique à trois personnes spécifique qu'est le procès. Cette fonction sociale exprime la recherche de l'équilibre, comme pour toute opération juridique à trois personnes, entre les droits et les obligations des participants – juge et partie.

Je présenterai tout d'abord la qualification du procès comme rapport de droit (§1), la mise à jour de la fonction sociale du

¹ V. Notre contribution « Jalons pour une approche procédurale des opérations juridique à trois personnes », in mélanges J. Héron, LGDJ, 2008, p. 259.

² Je remercie l'université européenne la Viadrina, Francfort/Oder (Allemagne) de m'avoir accueilli un semestre en 2014 et spécialement à un étudiant, Jan Fiete, de m'avoir aidé à décrypter la doctrine germanophone en lettres gothiques du XIX^e siècle.

juge (§2), la critique de la qualification du procès comme rapport de droit et l'utilisation du concept de situation procédurale (§3) avant de parvenir à la situation actuelle caractérisée par certain éloignement des parties et du juge (§4).

§1.- La qualification du procès comme rapport de droit.

Au début du XIX^e siècle Savigny opère pour la première fois, semble-t-il, une cristallisation en créant la notion transversale de rapport de droit. Elle permet de qualifier aussi bien le contrat, les obligations que les liens de parenté. En droit romain, il existait une série de concepts pour décrire cette idée de rapport de droit dans des domaines différents (*iuris vinculus*, *nexus*, *conjunctio*, *ius*, *obligatio*, *familia*, etc.).

La procédure civile n'avait cependant pas acquis son autonomie. Bülow a pallié ce manque en affirmant au milieu du XIX^e que le procès lui-même peut-être vu comme un rapport de droit. Il dédie son livre « *Die Lehre von den prozessenreden und die Prozessvoraussetzungen* »³ à Ihering en mémoire de la période de vie commune à Giesen, ce qui n'est pas sans intérêt car Ihering a développé les idées de Savigny en considérant que les rapports de droit constituaient des droits subjectifs et qu'il importait de défendre ses droits en justice. Selon Bülow, la science du procès a encore du chemin à faire par rapport à d'autres champs du droit et est, à certains égards, en retard. Bülow écrit ainsi en 1868 : « Les juristes romains faisaient, selon une présentation superficielle, comme

³ Emil Roth, 1868, spéc. p 1-4

si le procès était une simple succession d'actes du juge et des parties, mais il ne faut pas s'arrêter à cela, l'essence du procès était clairement et expressément compris comme un rapport de droit homogène (*judicium*) ». Il cite plutôt le *judicium* alors que d'autres auteurs font plutôt référence à la *litis contestatio*, qui, il est vrai, est plutôt proche du rapport de droit au fond modifié par le procès. C'est ce qui permettrait de voir dans le procès un mécanisme de novation du rapport substantiel⁴ que l'on ne peut plus guère défendre aujourd'hui puisque le rapport de fond conserve ses accessoires et fait en général l'objet d'un jugement dit déclaratif (qui déclare son existence antérieure).

Un auteur brésilien⁵ considère que Bulgaro, le juriste italien avait déjà eu l'intuition que le procès était une relation juridique en donnant la définition suivante : « *judicium est actus trium personarum ; iudicis, actoris et rei* », autrement dit le procès est un acte à trois personnes, le juge, le demandeur et le défendeur.

Quoiqu'il en soit, il est tout à fait établi que la qualification du procès en un rapport de droit est d'origine allemande. Bülow a mis en place une nouvelle dogmatique du procès. Il a ainsi éclairé le droit du procès par des concepts fondamentaux et construit une terminologie propre. Bülow est parti de l'idée que le terme même de procès n'avait pas été suffisamment approfondi. Or, il ne fait pas de doute que le procès civil

⁴ S Guinchard, F Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, 31^e éd., 2012,, n°385.

⁵ José Eduardo Carreira Alvim, *Teoria Geral do Processo*. 15^e ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

repose sur les droits et devoirs des parties et du juge dans leur rapport mutuel. Le procès est donc un rapport réciproque, c'est-à-dire un rapport de droit. Le procès est plus précisément composé par (1) un développement successif procédural et (2) par un rapport juridique. Ce rapport juridique n'est pas de nature privée car il unit un organe public avec des sujets privés. Le développement successif procédural n'a pas non plus une nature privée puisque que le rapport de droit privé est, selon Bülow, un rapport fixe. Il paraît difficile de maintenir cette position aujourd'hui au regard de la transformation des liens contractuels voire de parenté.

Joseph Kohler, à la fin du XIX^e, siècle a consacré un livre à la qualification du procès comme rapport de droit. Il considère, en opposition avec Bülow, que le procès est un rapport de droit privé entre les parties sous l'égide du juge. Pour Kohler « Le procès n'est pas un rapport purement factuel qui s'inscrit dans la sphère du droit et comme composant du procès, il produit du droit, modifie le droit, détruit du droit. Le procès est donc un rapport de droit »⁶. A la différence de Bülow, il considère que le juge n'est pas partie à ce rapport, qu'il ne s'agit pas d'une combinaison de rapports de droit, mais d'un rapport de droit entre parties. C'est la définition du lien d'instance qui reste, encore aujourd'hui, la plus admise aussi bien en Allemagne⁷ qu'en France. Dès lors, ce rapport

⁶ *Der Process als Rechtsverhältnis*, 1888, p. 1 et Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden* §1 s ; *Privatrecht und Prozess* § 287 s.

⁷ R. Wassemann, *Der soziale Zivilprozeß, Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*, Luchterhand Verlag GmbH, 1978. L'auteur note que la procédure civile reste encore enseignée comme fondée sur un rapport de droit procédural.

n'implique pas systématiquement l'ordre public, les parties créent le lien d'instance et peuvent le dissoudre ou le transformer par des clauses. Avant d'arriver en France par l'intermédiaire de Vizioz⁸, cette approche transitera par l'Italie de Chiovenda⁹. Selon Chiovenda, il s'agit d'un rapport autonome et complexe appartenant au droit public entre les parties et le juge¹⁰. Le principe de coopération pourrait bien provenir de Bülow sans que pour autant il ait prononcé le terme¹¹. Il expliquait, en effet, que puisque le procès est un rapport de droit, il existe des droits et des obligations de part et d'autre. Une coopération entre les parties et le juge doit donc se mettre en place. La notion d'action avait déjà gagné son autonomie en Allemagne avant que Bülow n'écrive ; il a complété le tableau en mettant à jour l'autonomie du rapport de droit processuel. C'est aussi pourquoi il est considéré comme le père du droit processuel contemporain.

Quel sens donner à cette qualification ? Kolher explique qu'en l'absence de cette analyse, le processualiste serait un astrophysicien qui étudierait le ciel sans connaître la loi de la gravité. En quoi cette qualification est-elle centrale ? Le procès n'est plus une simple suite d'actes réalisés sous le contrôle du juge. Cette qualification traduit l'idée d'une répartition équilibrée des droits et des charges entre le juge et

⁸ *Etudes de procédure*, rééd. Dalloz 2011, p. 152.

⁹ *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, p. 67 s.

¹⁰ *Op. cit.*, p.74.

¹¹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., 2013, LexisNexis., n°523 s.

les parties. On peut presque tout déduire et expliquer en procédure à l'aide de cette qualification : l'action est la force motrice du rapport procédural, exercée elle crée ce rapport, ce rapport se termine par un jugement qui modifie le rapport de fond. L'objet du rapport procédural est le rapport de fond devenu litigieux. Le rapport procédural permet de transformer le rapport dit substantiel ou de fond.

A la fin du XIX^e cependant, la doctrine allemande n'est pas parvenue à un consensus sur la notion de lien d'instance – entre parties et juge ou seulement entre parties sous l'égide du juge. Par ailleurs, les procédures sont souvent longues et coûteuses. Il devient difficile de maintenir un juge en position de spectateur de ces défauts. Il conviendrait qu'il joua un rôle plus actif et d'une certaine façon qu'il assume des obligations d'un participant à une opération juridique à trois personnes.

§2.- Fonction sociale et rapport de droit¹².

Ce qui peut apparaître difficile à concilier est l'approche du procès comme un rapport de droit et la fonction sociale du juge. Tant que le juge est neutre et passif, il peut aisément passer comme le tiers de référence du rapport privé entre les parties. Quand le juge devient actif, cette analyse devient

¹² Parmi de nombreux articles v. Nicola Picardi, « Le riforme processuali e sociali di Franz Klein Historia et ius », Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu 2/2012-paper 16 ; <http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/picardi2.pdf> ; Alvaro Perez Ragone, « El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach », Revista Universidad Católica de Valparaíso, XLII Chili, 2014, 1^{er} semestre, pp. 523-551 se trouve en ligne.

fragile. Il faut donc tenter de lire avec précision ce qu'écrivait Franz Klein sur la fonction sociale du juge, pour tenter de déceler sa conception du procès. Il s'agissait d'un homme politique autrichien qui a écrit avant de devenir ministre de la justice une série d'articles pour défendre ses positions¹³. Il ne s'agit donc pas d'articles dogmatiques mais de positions politiques et pratiques. Il cherche à convaincre avec habileté et élégance.

A vrai dire, Franz Klein a eu un précurseur plus universitaire et aussi probablement plus socialiste. Il s'agit d'Anton Menger qui a critiqué dans son livre le droit civil et les classes populaires défavorisées¹⁴ le modèle classique libérale ne tenant pas compte du peuple sans propriété. Son livre a 5 parties : générale, droit de la famille, droit des biens, droit des obligations et droit successoral. Dans la partie générale, un paragraphe 11 intitulé «passivité du juge dans le procès civil»¹⁵, traite des pauvres et de la passivité du juge qui selon lui n'est pas naturelle et défendable.

Franz Klein a également été influencé par Gierke et son idée de droit de la communauté¹⁶. Franz Klein reste connu comme le père de la ZPO autrichien de 1898.

¹³Réunit dans un ouvrage que l'on trouve en ligne sur le site notamment de l'Université de Salzbourg : Pro futuro.

¹⁴Traduction libre de "das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen", Tübingen, 1904 (1re ed 1890)

¹⁵Traduction libre de « passivität des Richters im Zivilprozess »

¹⁶ *Le droit allemand de la communauté*, 1873 S 130 et *Die soziale Aufgabe des Privatenrechts*, 1943 selon R. Wassermann, ouvrage précité.

Tout commence avec la maxime traditionnelle dite des débats (principe dispositif relatif au litige) selon laquelle il revient aux parties d'alléguer les faits et de les prouver. Ce n'est pas le travail du juge de rechercher la preuve pour ses décisions et il risque de tout mélanger : « la matière du procès est la propriété des parties ». Il note que les auteurs affirment généralement que le principe dispositif existe déjà en droit romain mais ce n'est pas vrai. Il est venu de l'atelier romano canonique car « les plaideurs qui vont devant le juge vont devant une personne qu'ils considèrent comme leur égal », ce qui génère une erreur puisque le juge leur est supérieur pour la détermination de la solution. Cette organisation du procès a résisté au scepticisme de la codification prussienne à la fin du dernier siècle. Néanmoins la législation française du premier empire lui a tourné le dos sans pour autant rien écrire sur les pouvoirs du juge. En droit français, le pouvoir du juge est d'autant plus fort qu'il n'est pas écrit. Le juge peut rechercher des éléments de preuve même d'office. Franz Klein cite à plusieurs reprises Garsonnet. Mais en droit allemand et autrichien, on avance sans but : les parties seules disposent « verfügen » du contenu du litige « rechestreit », la matière du procès est la chose des parties. C'est sans conséquence si les parties mentent ou ne révèlent que la moitié de la vérité. Elles demandent au juge de juger sur le peu qu'ils lui ont donné. L'exposé des faits par les parties est donc en quelque sorte arbitraire. Cela conduit le juge à rendre un jugement qui n'est fondé en vérité. Or, selon Franz Klein, le pouvoir de disposer de ses biens et de ses actions justice ne devrait pas donner le

pouvoir de disposer de la vérité des jugements. L'auteur ajoute que la coutume fondant ce pouvoir des parties ne découle pas des droits privés car le droit privé découle du procès, le rapport de droit se tient dans la suite du procès.

Il en conclut¹⁷ au besoin d'une législation qui ne reproduise pas la science procédurale traditionnelle et donc pas le clair obscur du ZPO allemand. Pour le code autrichien, il faut des règles d'instruction des faits par le juge beaucoup plus précises. Il faut une délimitation bien visible de la compétence du juge en matière de preuve avec des critères pratiques. Le juge ne doit pas pouvoir justifier sa paresse avec les règles de droit. Il est nécessaire qu'il intervienne, sinon il ne lui resterait comme marge de manœuvre que les moyens d'interprétations à partir de l'exposé des faits fourni par les parties. Il note qu'il est possible de suivre le modèle français avec certaines limitations : « Nous devons nous émanciper du dogme du pouvoir des parties ... La répartition de la charge de la preuve n'intervient pas dans ce contexte. Les parties apportent des faits, mais ce n'est pas suffisant pour les mettre tous à jour. La charge de la preuve intervient plus tard au moment de juger des faits. On ne peut pas interpréter une chose qui n'est pas encore là, la charge de la preuve n'est donc pas un argument dans le contexte du pouvoir du juge qui commence bien avant »¹⁸.

¹⁷ Op. cit., p.28

¹⁸ Traduction libre.

Il ajoute que « dans la loi française, la racine de tout le système procédural est la bonne foi du juge, ce qui permet au juge d'être en position d'aider les parties qui n'ont pas les moyens intellectuels pour faire un bon procès ».¹⁹ ... « L'unique limite naturelle serait la demande. En tout cas le juge va essayer de rendre un arrêt juste, s'il ne dispose pas d'un bon exposé des faits, il va le faire avec des moyens peu légaux. Il est préférable de lui accorder les compétences de faire des investigations antérieures pour ne pas le conduire à contourner la loi. De ce point de vue on peut se demander si le juge a un droit à la passivité. Dans la littérature allemande on connaît déjà ce point là (Kolher 1888 § 28), le rapport de droit reste entre les parties sous l'égide du juge qui acquiert un pouvoir sans intérêt subjectif ». Ce dernier point est remarquable car il permet d'articuler la qualification du procès comme un rapport de droit et la fonction sociale du juge dégagé par Franz Klein. C'est parce que le juge est le tiers de référence du rapport d'instance, comme l'affirmait Kolher, qu'il a le devoir de ne pas rester passif.

Cependant, note Klein, dans l'opinion de la société, un tel office du juge entrant dans la sphère privée n'est reconnu que dans la matière pénale. Mais il ajoute qu'il ne dépend que de nous de décider de laisser un tiers s'immiscer dans nos affaires privées. « L'intervention de l'Etat dans les droits privés serait

¹⁹ Op. cit., p 24-25 en droit français, l'intervention du juge n'est pas réglée par une loi, mais c'est une pratique dont on ne doute pas, la compétence de concourir est considéré comme une loi naturelle, le juge français peut recourir à tous les moyens d'instruction même si les parties ne l'ont pas demandé.

ressentie comme une atteinte aux droits de citoyens. Beaucoup de relations privées ne pourraient donner lieu à une enquête qu'avec le concours des parties. On ne peut certes pas obliger les parties à révéler des faits privés. Nous ne sommes pas du tout prêts à obliger les parties à répondre aux questions comme avec le *contempt of court* du droit anglais, par exemple. Nous ne sommes pas prêts de pénaliser le rejet de la demande du juge. .. Ce serait un danger d'avoir une solution trop stricte pénalisante, on doit donner beaucoup de pouvoir au juge mais sans pénaliser les parties. Le juge ne peut s'immiscer dans la sphère privée avec des mesures coercitives et rigoureuses mais doit tout de même pouvoir faire une instruction des faits »²⁰.

Son raisonnement paraît purement procédural. Il est fondé en réalité sur la prise en compte des parties les plus faibles : « P 19 Pour celui qui est ignorant de la loi et qui est sans ressource, qui ne peut pas demander à un connaisseur du droit, le pouvoir des parties sur le procès est une arme qui se retourne contre lui parce qu'il ne sait pas l'utiliser. Il est faux de dire que l'on n'a pas besoin de l'obligation d'un avocat, car les pauvres ne comprennent pas la loi »²¹. Il écrit plus loin que l'on laisse toujours les pauvres de côté²². Mais habilement, il note que «les désavantages de la procédure traditionnelle de

²⁰ Op. cit., p.32.

²¹ Op. cit., p.19

²² Op. cit., p.113

type libérale ne concernent pas que les couches défavorisées de la société²³.

Selon Wasserman, la pensée sociale de la justice apparaît avec ces deux penseurs autrichiens²⁴. Menger critique la codification qui laisse dehors les intérêts des personnes qui n'ont pas de propriété. Franz Klein a remis en question les valeurs de la justice du système libéral mais aussi proposer une nouvelle structuration de la procédure. Il met en avant le rôle de l'Etat dans la vie sociale tout en critiquant les abus de l'Etat absolu. Le premier A Menger s'est fait le porte-parole des pauvres. Franz Klein a aussi une perspective sociale de l'ordre juridique et remercie Menger qui lui a ouvert les yeux sur les gris-gris des juristes, sur l'élément social du procès et sa signification pour chacun. On ne peut pas les négliger les oppositions entre les classes et les professions. F. Klein considère qu'il ne suffit pas d'avoir de mettre en place une égalité formelle quand il n'y a pas d'égalité réelle. F. Klein dépasse Menger car il apporte des réponses alors que Menger a critiqué sans donner de réponses. Du coup F. Klein peut être considéré comme l'inventeur mais aussi le redécouvreur de la fonction sociale du procès.

Il convient cependant de noter que la fameuse notion de fonction sociale dont Franz Klein serait le père est peu présente dans ses articles. Il écrit ainsi que l'on « sait que l'on ne peut pas ignorer la fondamentale fonction sociale du

²³ Op. cit., p. 20

²⁴ Op. cit., p.52.

traitement juridique – il convient donc de critiquer la maxime de l’instruction en place (aux parties de faire de la preuve) »²⁵. Il s’agit là de la seule occurrence de la « Gesellschaftlichen Function » du traitement juridique. Elle est d’emblée procédurale et non politique. Il est vrai que le terme « Sozial » apparaît par ailleurs. Il existe deux mots en allemand pour traduire l’adjectif social : « gesellschaftlich » et « sozial ». Le second terme est employé par Klein dans le sens d’aide sociale alors que le premier est employé dans le sens plus neutre d’effet sur la société de la procédure peu importe que cela concerne des couches sociales défavorisées. Je fais l’hypothèse que ce qui était distinct chez Klein – le social au sens de ce qui se rapport à la société et le social au sens du traitement des classes sociales défavorisées - est confondu dans la notion ambiguë de fonction sociale.

Or, Wassermann note que Klein n’était pas socialiste au sens politique, mais « s’est présenté comme juriste et processualiste²⁶ et il a ainsi trouvé le pont entre l’individualisme et le bien commun ». Cependant, j’ai l’impression que Wassermann a contribué à entretenir l’ambiguïté créée peut-être volontairement par Klein qui ne souhaitait sans doute pas créer un clivage. Il écrit²⁷ : « Selon Klein le procès n’est pas seulement une matière technique où l’Etat moderne peut rester à distance mais doit être impliqué

²⁵ Op. cit., p. 20 traduction libre

²⁶ Op. cit., p. 54-55

²⁷ Op. cit., p. 54.

dans le programme de la politique sociale. Dans cette perspective, on ne peut pas séparer les deux sphères techniques et sociales : les intérêts privés deviennent des intérêts de la communauté « le but commun grandit à l'intérieur des existences individuelles, ce qui est partiellement lié avec le fait que les rapports sont composés mutuellement au sein de la société qui devient l'ensemble des rapports personnels composant la sphère publique, ce sont des affaires que la société et ses représentants ne peuvent plus ignorer. L'Etat ne peut pas rester avec son opinion que le procès est une affaire seulement individuelle » il doit comprendre que « le procès fait partie de l'aide sociale, que sont intéressés tous les individus et l'ensemble de la société »²⁸ ».

Selon Wasserman, on peut considérer la formulation de Klein d'aide sociale comme une forme de socialisme académique qui vise à améliorer la condition des pauvres. A une Autriche conservatrice, il propose une réforme de la justice très moderne pour son temps à partir d'une analyse sociale en réunissant les moyens et les fins. C'est peut-être pour cela que sa recreation du procès a été une grande réussite. Le procès était considéré comme une guerre où les parties pouvaient faire ce qu'elles voulaient et le juge était très passif. Tous les coups étaient permis.

Pour Wassermann, Klein a fait émerger la vérité du procès et l'a remis au centre du procès²⁹ : « Dans le procès civil, on ne

²⁸ Geistesströmungen in Prozesse, Vortrage, 9 nov 1901, Frankfurt sur main 1958, S 25.

²⁹ Op. cit., p. 55.

doit pas seulement rechercher la vérité formelle mais la vérité matérielle. Ce serait sinon incompatible avec la fonction sociale : «le procès est un moyen la fixation de la vérité matérielle sinon il lui manque la légitimation sociale »³⁰ ».

Klein a cependant une approche pratique et politique, ce qui laisse une difficulté théorique : comment rendre compte de la fonction sociale du juge dans son double sens d'aide au plus pauvre et de nécessité pour la société de régler les litiges dans le cadre étroit de la qualification du procès comme simple rapport de droit. Il convient de dire que je reconstitue le problème théorique tel qu'il a pu se présenter à Goldschmidt, mais ce n'est pas sous l'angle de la fonction du juge qu'il a critiqué la qualification du procès comme rapport de droit.

§3.- La critique du procès comme rapport de droit.

La critique de la qualification du procès comme rapport de droit par James Goldschmidt³¹ explique en partie l'usage mitigé du concept de rapport de droit en procédure³². Le procès serait selon Goldschmidt est une situation juridique car il existe plusieurs rapports de droit en présence et car le

³⁰ Ostreericshes ZentralBlatt 18999 cité par Levin Richterliche Prozessleitung und Sitzungspolizei Berlin 1913, S 33 cité par Wasserman, op. cit., p 64.

³¹ *Der Prozess als Rechtlage*, Berlin 1925. Neudruck Aalen 1986 ;

³² v. par exemple R. Wassemann, *précit*.

rapport de droit reste une notion abstraite³³. Il fait tout de même référence au §62 ZPO (le code de procédure civile allemand) qui fait référence à un rapport de droit. Il ne s'oppose pas à la notion de rapport de droit en général mais seulement en ce qu'elle s'applique à la procédure. Il critique Bülow surtout en critiquant son interprétation du droit romain. Il fait aussi référence à Kelsen qui voyait dans le rapport de droit une pure relation de normes³⁴. Il propose de remplacer le terme de rapport de droit procédural par celui de situation juridique procédurale pour être plus concret. Pour Goldschmidt, on considère depuis Bülow que le procès est un rapport de droit, aussi bien dans le procès civil, pénal et administratif. « L'enjeu de savoir si le procès est un rapport de droit est purement théorique. Ce qui est plus important est la divergence des opinions : la question est de savoir si le rapport de droit est un seul rapport qui se développe ou si ce sont plusieurs rapports de droit qui se suivent. Plus important encore est de savoir quel est le sujet du rapport de droit. Ce pourrait être un rapport à trois, parties et juges, un rapport triangulaire, mais les opinions varient sur la façon dont les rapports sont vus. Tantôt ils doivent être publics tantôt privés tantôt les deux. On a essayé de transformer le triangle en trois rapports ayant deux côtés. La plus importante divergence d'opinion touche la question de savoir si le rapport émerge avec chaque action ou seulement avec l'existence des

³³, v. E Jeuland, *Droit processuel général*, 3^e éd. 2014, n°384 s..

³⁴ Goldschmidt cite Kelsen p 147 in *Der prozess als rechtslage*, 1925 reed scientia verlag aalen, Neudruck, 1986

conditions de l'action. On a eu aussi des auteurs contre le procès comme rapport de droit. Il y a ceux qui négligent le fait qu'il y a un rapport de droit jusqu'à ceux qui disent que ce que Bülow a vu n'existe pas. Selon Schott : le procès comme rapport de droit est un pur esprit sans colonne vertébrale ni os que l'on ne peut pas saisir »³⁵.

Le fait le plus frappant concerne la partie traitant de la succession à la procédure « La théorie descriptive de la procédure qui voit le procès seulement comme une procédure, une seule procédure peut seulement être continuée par la personne qui l'a engagée. La plupart des auteurs ont suivi Bülow même ceux qui étaient sceptiques. La partie ne peut pas succéder pas aux faits passés et donc dans la procédure. Elle doit exercer les actions par elle-même. On ne peut pas expliquer la succession dans un procès juridique. Ce n'est pas l'esprit de la théorie du rapport processuel de Bülow mais de la théorie de la situation procédurale. Le successeur a le droit et le devoir de continuer la personne dont il hérite dans la situation où il se trouve (266 ZPO) »³⁶. Selon Goldschmidt, « Seul le concept de situation procédurale donne la clef de tous les phénomènes procéduraux. Le procès comme rapport de droit est une abstraction car c'est toujours la même chose : le droit de recevoir un jugement de l'Etat. Et un tel droit venant du droit des personnes n'est pas ouverte à l'héritage. Ce n'est d'ailleurs pas utile d'hériter d'une procédure car

³⁵ Traduction libre du premier paragraphe.

³⁶ Op. cit., p.143.

toutes les personnes ont le droit d'aller devant le juge ». C'est aussi ce que dit Kolher selon Goldschmidt : «La succession d'un autre dans le procès provoque une succession de la situation ».

En conclusion, selon Goldschmidt, il n'existe pas une pluralité de rapports de droit mais une succession de situations processuelles différentes. « La formation d'une pluralité de rapport procéduraux n'a aucune valeur parce que l'opinion dominante trouve des rapports de droit même là où il y en a très peu entre les parties au litige. La notion de rapport de droit est partout, donc elle n'est nulle part³⁷. Le rapport de droit procédural n'a d'ailleurs pas de conséquence particulière. Selon le §62 ZPO, le jugement rendu hors de la présence d'une partie s'impose à toutes les parties même à celui qui n'était pas présent. Il est donc préférable d'analyser le procès comme une situation juridique. Il s'agit du concept empirique de procès qui peut servir de point de départ³⁸. Le but du procès est de découvrir la vérité. Comme dans l'approche de Klein les parties ont le devoir de dire la vérité³⁹.

§4.- L'état de la doctrine.

³⁷ Op. cit. 145

³⁸ Op. cit., p.146.

³⁹ Op. cit., p. 187.

Selon Wassermann, le classique cours de procédure qualifie le procès de rapport juridique⁴⁰. Le procès n'est pas seulement une procédure et une recherche de fait selon Bülow. Aujourd'hui (Wassermann écrit dans les années 80) la science du procès redécouvre la partie des faits réels en tant qu'élément des relations sociales. Avec cela on ne veut pas nier le caractère du procès comme un rapport juridique. En tous les cas le procès est un rapport juridique entre les parties et le tribunal. Cette qualification des rapports sociaux permet d'attirer l'attention sur les interactions sociales dans le procès. Un tel rapport de droit doit être garanti dans un état de droit entre les citoyens et le l'Etat. Les participants au procès quelque soit leur rôle (partie, avocat, juge, témoin et sachant) ont des droits et obligations qui se conditionnent mutuellement et qui sont dépendants entre eux. Le concept de rapport de droit procédural signifie que les actes des parties au procès s'enchainent successivement au sein d'un ordre juridique. L'Etat apporte une sécurité juridique dans la sphère personnelle des individus pour garantir leur liberté et leur égalité. L'analyse du procès comme rapport de droit et de la fonction du juge comme fonction sociale conduit au principe de coopération. B. Hahn prend F Klein comme point de départ de sa recherche pour déterminer de la liste des taches du procès. A partir de Klein, le principe de coopération s'est propagée⁴¹. Wassemmann note que l'on est passé de la

⁴⁰ Op. cit., p.129

⁴¹ Bernhard Hahn, *Kooperationsmaxime im Zivilprozess*, Carl Heymanns verlag Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, p. 72.

maxime des débats (principe dispositif relatif au litige) à la maxime de coopération⁴². On est ainsi passé du procès libéral au procès social, du libre jeu dans le procès au travail en commun dans la procédure sous la coordination du juge. Les ouvrages de théorie du procès civil conservent ce principe dispositif (des débats). Mais de nombreux auteurs ont franchi la frontière et l'ont limité. Il n'y plus aucun doute qu'elle n'a plus guère d'importance. Selon Goldschmidt, la maxime des débats (dispositif) n'existe pas que le juge a le droit de chercher des preuves avec les parties au cours de la comparution personnelle des parties⁴³. Le juge a le droit de rejeter des preuves que les parties apportent après le délai. A côté de cela les parties doivent donner des explications sur les faits qui doivent être complets et vrais. Ce devoir de vérité a été discuté avec passion avant la première guerre mondiale. Franz Klein était favorable à l'introduction de l'obligation de vérité procédurale, pendant que les avocats étaient contre et ont plaidé pour le statu quo (avec Schmidt et Wach).

Burckard Hess, explique pourquoi il convient de relire Goldschmidt et pourquoi il est important⁴⁴ : “Finally, it is certainly correct to consider Goldschmidt the pinnacle of the German school of legal thinking of the 19th century. His book must be considered as an attempt at conceptualizing procedural law from one specific angle (the procedural

⁴² Op. cit? p.97

⁴³ Op. cit., p.100

⁴⁴http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/Goldschmidt_DerProzess_als_Rechtslage_final.pdf.

situation) and separating it entirely from its subject matter (the adjudication of private rights)”.

Il me semble cependant qu’avec la notion de situation procédurale, l’on perd alors en possibilité de raisonnement juridique. Par exemple, en l’absence totale de lien d’instance (qui ne s’est pas formé), un recours pour excès de pouvoir du juge est admis du au non respect du principe du contradictoire alors que si un lien d’instance existe, le principe du contradictoire ne sera pas suffisant pour fonder l’excès de pouvoir. Tout simplement parce que l’en l’absence d’un lien d’instance, le juge n’a aucun pouvoir.

Mon hypothèse est que la position libérale peut avoir eu besoin d’une systématique avec la notion de rapport de droit au temps de Bülow notamment pour assurer l’autonomie du droit processuel. Klein a conservé la qualification du procès comme rapport de droit et l’a au moins implicitement développé. Le procès n’est pas seulement un triangle de rapports de droit mais il s’inscrit aussi dans l’ordre juridique en tant qu’ensemble de rapports de droit. C’est ainsi que Wasserman analyse l’approche sociale de la procédure. Un procès a un enjeu social en ce que le jugement a un impact qui dépasse les parties et il faut aussi tenir compte du statut social (et éventuellement des difficultés sociales d’une partie) Le position sociale met en évidence le principe de coopération et implique la notion de rapport de droit non seulement entre les parties mais également avec la société. Elle opère un élargissement des rapports de droit mais du coup peut-être que Goldschmidt a raison de dire qu’il y a du rapport de droit

partout et donc nulle part. Néanmoins, on peut noter que cela paraît également vrai pour le procès comme situation, notion vague s'il en est. L'idée de coopération est, il est vrai, paradoxale en procédure civile puisque les parties ont des tactiques qui s'opposent, en termes de durée du procès (une partie a souvent intérêt à ce que la procédure dure et l'autre que la procédure s'accélère). L'approche du procès comme situation est en quelque sorte néo libérale avant l'heure, car elle insiste sur le caractère empirique et pragmatique de la procédure tout en reconnaissant que le but de la procédure est la recherche de la vérité. Il convient de trouver les procédés les plus efficaces pour résoudre un litige.

Une théorie du procès en terme de multiples rapports de droit organisés évite de passer par un principe de coopération idéaliste et illusoire, mais implique de considérer que chacun doit contribuer à la solution du litige en vertu de droits et d'obligations. Les analyses de la procédure en termes de rapport de droit et de situation juridique ne sont pas incompatibles dans la mesure où l'ensemble des rapports de droit en jeu forme une situation procédurale. L'approche purement pragmatique a dès lors un autre défaut car elle tend à chercher une solution au litige, à le gérer plus qu'à dégager la vérité (malgré ce qu'elle annonce) ou la juste distance entre les parties, ce qui demande du temps et de la prudence au sens aristotélicien du terme. Il ne s'agit pas d'avoir trop l'esprit de système en construisant une cathédrale de notions juridiques, mais il s'agit tout autant d'éviter une déformalisation, une privatisation et une managérialisation aveugle de la justice.

L'approche managériale et technique de la justice modifie la distance temporelle et spatiale entre les parties et les juges. Elle déshumanise les rapports, rend plus rare les audiences de plaidoirie et les rencontres entre participants. Le rapport de droit est en effet une juste distance entre les parties et non une chaîne. Il convient de trouver l'équilibre entre les trois principaux rapports du procès : rapport de fond, rapport d'instance entre les parties, rapport statutaire entre parties et juge. Ces rapports s'inscrivent dans un ordre juridique composé d'autres rapports de droit sur lesquels ils peuvent avoir un impact. Il convient de considérer ces trois types de rapport dans leur interdépendance mutuelle. Les trois défenses correspondent ainsi à ces trois rapports. Les défenses au fond sont l'équivalent au principe de l'opposabilité des exceptions qui existent dans les opérations juridiques à trois personnes (cession de créance, délégation imparfaite, etc.). Les exceptions de procédure concernent l'existence voire la suspension du lien d'instance. Les fins de non recevoir sont liés au pouvoir du juge et donc au lien statutaire (voir contractuel dans l'arbitrage) entre les parties et le juge. L'action est en effet le droit d'obtenir du juge un jugement sur le bien fondé de la demande. Le droit d'action dont les fins de non recevoir sont les conditions est donc bien dirigé vers le juge. Certains principes procéduraux concerne ce dernier rapport (le droit à un juge indépendant et impartial) tandis que d'autres concernent le lien d'instance (égalité des armes, droit de la défense). Le principe du contradictoire qui irrigue toute la procédure concerne le rapport d'instance et le rapport avec

le juge. Une partie qui hérite d'un rapport de droit au fond, hérite des deux autres rapports puisqu'ils sont interdépendants. Cependant, pour des raisons tenant aux droits de la défense, l'instance est suspendue le temps que le successeur puisse se familiariser avec le procès et ensuite l'instance est reprise. Cette opération juridique à trois personnes ne constitue pas une novation ou une cession du rapport de fond, mais une transformation. Elle entre dans la catégorie des opérations juridiques à trois personnes déclaratives puisque le rapport d'instance s'ajoute au rapport de fond pour rendre de nouveau efficace les droits et les obligations initiaux⁴⁵.

Ainsi, le décret Magendie ayant modifié la procédure d'appel fondée sur des principes managériaux d'efficacité et de célérité s'est révélé trop rigide pour les parties et la bonne conduite du procès. Un décret en projet cherche à trouver le juste temps en allongeant quelque peu les délais tout en conservant les meilleurs apports de la réforme. L'approche managériale est une approche pragmatique dans le sens de la recherche de la solution optimale. Elle paraît être sans idéologie alors qu'en réalité, elle n'est pas neutre du point de vue des parties. Elle favorise le demandeur, diminue l'activité du juge et fait même parfois entrer, au nom du pragmatisme, des mécanismes procéduraux de *common law* dans les pays de *civil law*. Ainsi la directive sur le private enforcement (de décembre 2014) crée une procédure de *discovery* dans les pays

⁴⁵ Sur la catégorie des opérations juridiques à trois personnes déclaratives à côté des opérations transitives et constitutives v. E Jeuland, Droit des obligations, Lextenso, Focus, 30 éd., 2009, V° Opérations juridiques à trois personnes.

de *civil law*, conduit au développement de l'action de groupe et à une sorte de *contempt of court* en cas de non respect de la *discovery*.

Est-ce vraiment plus efficace tout en restant conforme aux principes fondamentaux de la procédure. Il convient de trouver et de maintenir à chaque instant un subtil équilibre entre le juge et les parties entre elle dans cette opération juridique à trois personnes qu'est le procès. Or, les procédures de *discovery* conduisent à des *fishing expedition*. Les actions de groupe posent beaucoup de problèmes aux Etats-Unis tout du moins où de nombreuses parties préfèrent quitter ces actions pour engager leur propre action. Les moyens technologiques permettent aujourd'hui de gérer des actions de groupe « de fait » fondées sur des jonctions. Au-delà des approches libérales, sociales et néo-libérales, fondées successivement sur les notions de rapport de droit, fonction sociale du juge et de situation juridique, il convient de penser la procédure en terme relationnel⁴⁶ fondé sur la notion d'opération juridique à trois personnes au sein d'un ordre juridique.

⁴⁶ V. en ce sens mon ouvrage, *Droit processuel général*, 3^e éd., 2014.