

PRESENTATION

**des journées multilatérales germano-belgo-franco-luxembourgeoises de l'association Henri
Capitant**

des 5 & 6 octobre 2018 (Luxembourg)

sur

**Les principes directeurs du procès en droit comparé,
ou les racines européennes de la pensée d'Henri Motulsky**

De Portalis à Henri Motulsky.- Énoncés aux art. 1^{er} et s. du CPC français - qui n'est plus *Nouveau* depuis la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 -, et repris aux art. 51 et s. du -toujours *Nouveau* - CPC luxembourgeois, les *principes directeurs du procès* présentent tous les symptômes d'un grand texte. Ils expriment la « quintessence »¹ de la dernière codification française complète, qui n'ait pas eu lieu à droit constant ou quasi constant. On y a vu le « *frontispice* » marquant l'entrée d'un monument².

Un auteur, pourtant critique, fait un parallèle avec le *Livre préliminaire* du Code civil qui fut finalement abandonné : il suggère que le principal inspirateur du texte - Henri Motulsky - aurait éprouvé, comme Portalis, une réticence à insérer de vrais « *principe[s]* de conception doctrinale » dans un texte de droit positif³. En réalité, Motulsky a pris parti pour la consécration de ces « *principes* »⁴, sauf à en discuter la nature⁵. Pour autant, l'analogie avec la codification napoléonienne n'est pas dénuée de fondement. Comme le Code civil, le CPC est une œuvre de droit savant dans laquelle la doctrine fut directement impliquée : il fut élaboré par une commission présidée par Jean Foyer (Professeur de procédure civile, et Garde des Sceaux), et comprenant Gérard Cornu, Jean-Marie Buffet, Pierre Francon, Claude Parodi, le Président Fontaine-Tranchant et Henri Motulsky lui-même⁶. Comme le Code civil, le CPC se distingue, en la forme, par un style remarquable⁷, hérité d'une grande plume : celle de Gérard Cornu⁸. Comme le Code civil, le CPC réalise, sur le fond, une synthèse entre l'ancien et le nouveau : les principes directeurs, en particulier, s'inspirent des romanistes médiévaux et, pour la *pars nova*, de la pensée de Motulsky⁹. L'influence de celui en qui la doctrine française moderne voit le « *maître incontesté du droit du procès* »¹⁰ et s'accorde à reconnaître qu'il a « *donné ses lettres de noblesse au droit processuel* »¹¹, a été maintes fois attestée¹². Au reste, Motulsky fut aussi, comme Portalis, le chantre et le pédagogue de la réforme

¹ G. Cornu, *L'élaboration du Code de procédure civile*, Revue d'Histoire des Facultés de droit, 1995, vol. 16, p. 241s., p. 250.

² G. Cornu, *L'élaboration du Code [...]*, op. cit., p. 250.

³ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. PANTHEON ASSAS, 1999, p. 529.

⁴ Motulsky, *Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès par le décret du 9 septembre 1971*, D1972, Chr XVII ; et dans les Ecrits de Motulsky, tome 1, *Etudes et notes de procédure civile*, préf. Cornu & Foyer, Dalloz, 1973, rééd. 2009, préf. G. Bolard, p. 275 s., au n° 8.

⁵ Le projet initial ne parlait que de « *dispositions liminaires* » ; et Motulsky signale que la qualification théorique de ces dispositions est délicate, sans trancher le débat - Motulsky, *Prolégomènes [...]*, op. cit., n° 7.

⁶ Le CPC fut élaboré par une commission qui comprenait de très grands noms de la procédure civile : en plus de son Président, la Garde des Sceaux Jean Foyer, il faut nommer Gérard Cornu, Jean-Marie Buffet, Pierre Francon, Claude Parodi, le Président Fontaine-Tranchant et Henri Motulsky lui-même. Comme pour le Code civil, la pureté de l'œuvre doctrinale fut préservée par une volonté politique ferme (celle de Jean FOYER) qui permit l'adoption des travaux de la commission avec de « *très rares modifications* » - Cornu & Foyer, *Procédure civile*, PUF, Thémis, 3^{ème} éd., 1996, p. 22

⁷ Dans la tradition du Code civil, plutôt que du BGB, ce style a été voulu « *empirique* » et non pas doctrinal - Motulsky, *Prolégomènes [...]*, op. cit., n° 7.

⁸ J. Foyer, *Rapport de synthèse* du colloque *Le NCPC, vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Doc. Fr. 1998, p. 323

⁹ J. Foyer, *Eloge de Motulsky, Journées H. Motulsky, 20 déc. 1991, Cour de cassation éd.*, p. 9 ; *Rapport de synthèse* du colloque *Le NCPC, vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Doc. Fr. 1998, p. 321 et s., p. 324 - Toutefois, l'idée même d'insérer des principes dans le Code ne vient pas de Motulsky mais de Cornu et Foyer - J. Foyer, *Eloge de Motulsky, préc.*, p. 9.

¹⁰ S. Guinchard et alii, *Droit processuel*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2017, n° 7.

¹¹ S. Guinchard, et al., *Droit processuel, préc.*, avant-propos de la première édition ; voy. également L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, P.U.F., 2010, p. 11, qui évoquent à la fois Motulsky et Vizioz.

¹² Cornu, « *L'élaboration du Code de procédure civile* », Revue d'Histoire des Facultés de droit, 1995, vol. 16, p. 241, & aussi dans *La codification*, ouvr. coll. sous la dir. de M. Beignier, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 71, spéc. note n° 2 p. 71 et p. 78 ; L'avènement

et, lorsqu'il s'agit des principes directeurs, ses *Prolégomènes pour un futur Code de Procédure civile*¹³ font, en somme, office de *Discours préliminaire*. En bref, les principes directeurs du procès s'inscrivent dans la meilleure tradition des codifications françaises.

Des principes d'origine scientifique consacrant l'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus*.- Aujourd'hui néanmoins, il pourrait sembler que ces principes soient largement supplantés par les règles tirées de l'art. 6 CEDH. Il ne s'agit évidemment pas d'opposer catégoriquement les principes directeurs du procès et les règles européennes du procès équitable puisqu'à l'évidence, les deux coïncident très souvent. Mais la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne suffit-elle pas à assurer le respect des droits de la défense ? A l'heure du *procès équitable*, subsiste-t-il un intérêt autre qu'archéologique à étudier les dispositions liminaires du CPC Français ? Il faut répondre par l'affirmative. Deux raisons déterminent l'intérêt propre des *principes directeurs du procès*.

D'abord, nous venons de le signaler, les *principes directeurs* sont des principes de *droit savant*, nés d'une entreprise de systématisation scientifique¹⁴ suggérée dès 1901 par Henry Bonfils¹⁵, et poursuivie tout au long du XX^{ème} siècle par des auteurs tels que Glasson & Tissier, Morel, Japiot, Vizioz, etc¹⁶. C'est pourquoi, tandis que les règles du procès équitable sont issues d'une méthode jurisprudentielle nécessairement empirique qui ne favorise pas toujours la compréhension, les principes directeurs se présentent avant tout comme des « *idées* »¹⁷ d'origine scientifique, dont le but premier est - par définition - de saisir la matière à travers le prisme d'un système rationnel et cohérent.

du NCPC, in *Le NCPC, vingt ans après, op. cit., spéc. p. 20 et 21* ; Cornu & Foyer, *préface des Ecrits de Motulsky, T. I, op. cit., p. VI* ; G. Bolard, *Le nouveau code de procédure civile français*, Mélanges Skapski, Cracovie, 1994.9, p.9-22 – spéc. au sujet des principes directeurs : J. Foyer, *Eloge de Motulsky, op. cit, p. 9* ; et le rapport de synthèse, du colloque « Le NCPC, vingt ans après », *ouvr. préc., p. 321 et s., spéc. p. 324 et 325* ; C. Chainais, F. Ferrand & S. Guinchard, *Procédure civile, Précis Dalloz, 33^{ème} éd., n° 47*.

¹³ Motulsky, *Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès par le décret du 9 septembre 1971*, préc.

¹⁴ La doctrine relève que les principes directeurs « distillent la science du procès » (Cornu & Foyer, *Procédure civile, op. cit., p. 435*) ou qu'ils permettent l'« *appréhension scientifique* » de la procédure - Motulsky, *Prolégomènes [...], op. cit, n° 8*)

¹⁵ Dès 1901, Henry Bonfils présente les « *principes généraux* » comme l'objet de la science processuelle : « *La procédure peut et doit être envisagée comme science et comme art. Comme science, elle a pour objet les principes généraux du droit, les règles fondamentales qui sont les assises d'un Code, les bases des dispositions légales et qui fournissent la raison justificative des injonctions de la loi positive. Ces principes constituent l'essence même de la procédure, sa substance intime et profonde* » (Bonfils H. *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure, 3^{ème} éd. refondue par L. BEAUCHET, LGDJ, Paris, 1901, préface de la 2^{ème} éd., p. VII*). En 1926, Glasson et Tissier décrivent des « *principes généraux* » de l'instance (Glasson & Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3^e éd., 1926, t. II. n° 453 et s., p. 373 et s.*). C'est toutefois Morel qui, en 1932, emploie pour la première fois les termes de « *principes directeurs* » : il désigne sous ce titre la direction du procès par les parties, la contradiction et la prédominance de l'oralité (Morel, *Traité élémentaire de procédure civile, SIREY, 1^{ère} éd, 1932., n° 424 et s.*). En 1935, Japiot consacre à son tour une partie préliminaire de son traité à une série de « *principes généraux* », beaucoup plus nombreux : il évoque le caractère formaliste des lois de procédure, l'égalité devant la justice, la distinction entre règles d'ordre public et d'intérêt privé, la publicité et l'oralité de la procédure et – au titre de la sanction des lois de procédure- la théorie des nullités (Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3^{ème} éd., Librairie A. Rousseau, Paris, 1935, p. 7 et s.*). En 1956, Vizioz livre une étude importante dans laquelle il reprend l'expression de « *principes directeurs* » et se rapproche davantage de la conception moderne : il vise le principe du contradictoire et le principe dispositif (Vizioz, *Etudes de procédure, éd. Bière, Bordeaux, 1956 ; rééd. Dalloz, 2011, préf. S. Guinchard., p. 441 et s.*). Cornu & Foyer emploient à nouveau les termes de principes directeurs dans la première édition de leur manuel en 1958 (Cornu & Foyer, *Procédure civile, 1^{ère} éd., p. 364 et s.*).

¹⁶ En 1926, Glasson et Tissier décrivent des « *principes généraux* » de l'instance (Glasson & Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3^e éd., 1926, t. II. n° 453 et s., p. 373 et s.*). C'est toutefois Morel qui, en 1932, emploie pour la première fois les termes de « *principes directeurs* » : il désigne sous ce titre la direction du procès par les parties, la contradiction et la prédominance de l'oralité (Morel, *Traité élémentaire de procédure civile, SIREY, 1^{ère} éd, 1932., n° 424 et s.*). En 1935, Japiot consacre à son tour une partie préliminaire de son traité à une série de « *principes généraux* », beaucoup plus nombreux : il évoque le caractère formaliste des lois de procédure, l'égalité devant la justice, la distinction entre règles d'ordre public et d'intérêt privé, la publicité et l'oralité de la procédure et - au titre de la sanction des lois de procédure - la théorie des nullités (Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3^{ème} éd., Librairie A. Rousseau, Paris, 1935, p. 7 et s.*). En 1956, Vizioz livre une étude importante dans laquelle il reprend l'expression de « *principes directeurs* » et se rapproche davantage de la conception moderne : il vise le principe du contradictoire et le principe dispositif (Vizioz, *Etudes de procédure, éd. Bière, Bordeaux, 1956 ; rééd. Dalloz, 2011, préf. S. Guinchard., p. 441 et s.*). Cornu & Foyer emploient à nouveau les termes de principes directeurs dans la première édition de leur manuel en 1958 (Cornu & Foyer, *Procédure civile, 1^{ère} éd., p. 364 et s.*).

¹⁷ Motulsky, *Droit processuel*, Cours Saint Jacques, Montchrestien, Paris, 1973, pp. 145-146).

Ensuite, et c'est sans doute une conséquence de ce qui précède, si les principes directeurs ne visent que le procès civil (au moins originairement), ils l'appréhendent de façon plus globale et systématique que les règles du procès équitable.

En substance, les principes directeurs du procès traduisent une remise en cause de l'idée classique (mais sans doute mythique¹⁸) suivant laquelle le juge civil n'aurait été appelé qu'à jouer un rôle passif. Ils organisent au contraire la « coopération » du juge et des parties¹⁹. *Grosso modo*, le critère de répartition des rôles est exprimé par l'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus* : les parties ont la maîtrise du *Fait* ; l'*office du juge* consiste à dire le Droit²⁰. Le juge civil doit assumer cette fonction dans le respect du principe de la contradiction (art. 16 CPC Fr. 65 NCPC Lux). En ceci justement, les principes directeurs du procès ont été rejoints par la jurisprudence européenne²¹ : il n'en demeure pas moins que, si les règles du procès équitable ne visent pas que le procès civil, elles l'appréhendent de façon moins systématique.

Est-ce à dire que les solutions découlant spécifiquement des principes directeurs du procès, sans confirmation européenne, seraient des solutions précaires, marquées par les spécificités nationales ?

L'hypothèse de l'universalité des principes directeurs du procès.- C'est justement l'hypothèse inverse que nous proposons d'éprouver : tandis que la procédure civile est souvent vue comme une discipline marquée par les particularismes nationaux, les *principes directeurs du procès* pourraient avoir, quant à eux, une origine, une positivité et une vocation universelles, et d'abord européennes. Plusieurs raisons suggèrent cette hypothèse.

D'abord, l'entreprise de systématisation *scientifique* dont sont issus les principes directeurs du procès est par nature universelle ; et plusieurs auteurs estiment que la doctrine des principes directeurs porte « de manière indirecte » l'empreinte du *droit comparé*²². En particulier, on soutient qu'elle a été influencée par le droit allemand et le droit autrichien. Ainsi, l'influence de la pensée autrichienne sur les idées de Tissier a été relevée²³. Dès 1927, Henry Vizioz s'inspirera aussi explicitement des doctrines allemandes et italiennes²⁴. Surtout, il faut rappeler qu'Henri Motulsky avait une double culture juridique franco-allemande : né juif allemand, le père de la procédure civile française a exercé comme *Anwalt* en Allemagne, avant d'émigrer en France en 1933 ; c'est pendant la guerre, alors qu'il combattait l'oppression nazie, les armes à la main, dans la résistance lyonnaise, qu'il posa les premiers jalons de sa doctrine processuelle, en rédigeant ses célèbres « *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* »²⁵. Se pourrait-il alors que la doctrine des *principes directeurs*, qui a émergé au cœur du drame européen, portent néanmoins le germe d'une synthèse - sinon d'une réconciliation - de la pensée juridique française et allemande²⁶ ? En tout état de cause, les origines des principes directeurs sont sans doute moins françaises qu'*européennes*. Ceci pourrait

¹⁸ Aucun texte n'a jamais consacré le rôle passif du juge civil : V. Motulsky, *La réforme du code [...]*, in *Ecrits de Motulsky, tome 1, Etudes et notes de procédure civile*, préf. Cornu & Foyer, Dalloz, 1973, rééd. 2009, préf. G. BOLARD, p. 130 et s., n° 4.

¹⁹ V. Motulsky, *La réforme du code [...]*, in *Ecrits de Motulsky, tome 1, op. cit.*, n° 4.- Certains auteurs parlent même d'un « principe de coopération » : v. L. Cadet & E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LITEC, 9ème éd., 2016, n° 518 & s..

²⁰ Motulsky, *Prolegomènes [...]*, op. cit., n° 31.

²¹ V. not. CEDH, 13 octobre 2005, aff. clinique des Acacias et autres c. France, req. nos 65399/01, 65406/01, 65405/01 & 65407/01 ; BICC, n° 632, 15 janvier 2006 ; JCP 2006, I, 109, n° 6, obs. Sudre.

²² C. Chainais, F. Ferrand & S. Guinchard, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 33ème éd., n° 47 ; adde n° 438 ; C. Chainais : Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé, in E. Jeuland et L. Flise (dir.) *Le procès civil est-il encore la chose des parties ? IRJS*, 2015, p. 21 s. ; Tissier & F. Ferrand, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Motulsky », in *Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ?*, Actes du Colloque de Caen, 20 janvier 2012, *Procédures*, mars 2012, p. 36 s..

²³ C. Chainais, F. Ferrand & S. Guinchard, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 33ème éd., n° 47 ; adde n° 438.

²⁴ Vizioz, *Etudes de procédure*, éd. Bière, Bordeaux, 1956 ; rééd. Dalloz, 2011, préf. S. Guinchard., *spéc. p. 16 et s.*

²⁵ Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991.

²⁶ C. Chainais, F. Ferrand & S. Guinchard, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 33ème éd., n° 47 ; adde n° 438 ; C. Chainais : Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé, in E. Jeuland et L. Flise (dir.) *Le procès civil est-il encore la chose des parties ? IRJS*, 2015, p. 21 s. ; Tissier & F. Ferrand, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Motulsky », in *Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ?*, Actes du Colloque de Caen, 20 janvier 2012, *Procédures*, mars 2012, p. 36 s..

expliquer que le législateur luxembourgeois ait jugé « *indispensable* »²⁷ de les introduire dans le NCPC. Ceci pourrait aussi expliquer pourquoi Motulsky exerce une influence certaine sur la doctrine et la jurisprudence belges, alors même que le texte des principes directeurs n'a pas été repris en Belgique²⁸.

A vrai dire, la doctrine des principes directeurs du procès a fait irruption là même où on l'attendait le moins : c'est-à-dire en *common law*. Dans plusieurs études, J. A. Jolowicz, un fin connaisseur des travaux de Motulsky, signale que l'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus* a été restauré en droit anglais dès le XIX^{ème} siècle²⁹. Les travaux de l'auteur ont d'ailleurs été évoqués à l'occasion d'un débat devant la CJCE. Dans des conclusions du 15 juin 1995³⁰, l'Avocat général Jacobs fait état de la tentation qu'il y aurait à opposer les systèmes de droit continentaux qui appliqueraient *Jura novit curia* et ceux de *common law* qui ne l'appliqueraient pas³¹; mais il signale qu'à l'examen, cette distinction ne peut guère être retenue³² et qu'en particulier, le juge anglais relève d'office les règles d'ordre public même en matière civile³³. En réalité, Jolowicz va jusqu'à expliquer, en substance, que l'art. 12 CPC Fr (art. 61 NCPC Lux.) exprimant l'obligation du juge de trancher le litige conformément aux règles de droit correspond sans doute peu ou prou à l'état du droit positif anglais³⁴. En bref, même des dispositions que l'on pourrait croire marquées par les particularismes nationaux s'avèrent en réalité assez universelles.

Au reste, nous l'avons déjà relevé, lorsqu'il est question du principe de la contradiction, la coïncidence entre les principes directeurs du procès et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme est, cette fois, tout à fait évidente, de sorte qu'à cet égard, la valeur européenne de ces normes ne fait guère de doute.

Il faut ajouter que, depuis une vingtaine d'années, les principes directeurs du procès se propagent au-delà du continent européen, et spécialement en Afrique. Ainsi, le texte a-t-il été repris en tout ou partie au Mali en 1999 (art. 1^{er} et s. Code de Procédure civile, commerciale & sociale), aux îles Comores en 2001 (art. 1^{er} et s. du CPC), à Madagascar en 2003 (art. 1^{er} et s. du CPC), ou encore au Rwanda en 2012 dans une version assez originale (art. 3 et s., Code de Procédure civile, commerciale, sociale et administrative).

²⁷ Doc parl 3771, Projet de loi sur la mise en état en matière de procédure civile contentieuse et portant introduction et modification de certaines dispositions du code de procédure civile, ainsi que d'autres dispositions légales, Commentaire des articles, p. 26. Ce projet a abouti à la loi du 11 août 1996

²⁸ Cass. (be), 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note Georges de Leval; *J.T.*, 2005, p. 659, note Jacques van Compernelle; Cass. (be), 25 mars 2013, *Pasicrisie belge*, 2013, I, p. 781. Voy. également J.-F. van Drooghenbroeck, « Chronique de l'office du juge », *J.L.M.B.*, 2013/25, p. 1307.

²⁹ J. A. Jolowicz, L'expert, le témoin et le juge dans le procès civil en droits français et anglais, RIDC, 1977, vol 29, n° 2, PP. 285- 300, spéc. pp. 285-286; J. A. Jolowicz, *Da mihi factum dabo tibi jus* : a problem of demarcation in English and French Law, in *On civil procedure*, CSICL, 2000, p. 185 sq..

³⁰ Conclusions de l'Avocat général Jacobs, 15.06.1995, aff. 430/93 & 431/93, para 33 à 35; disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993C0430:EN:NOT>

³¹ Cf. conclusions de l'Avocat général Jacobs, 15 juin 1995, préc., para 33 : "[...] it might be tempting to suggest that there is a basic distinction between two fundamentally different types of procedure within the Member States: a distinction between, broadly speaking, the continental systems on the one hand and the English, Irish and Scottish systems on the other. On that view, the court in the continental systems is deemed to know the law ('*jura novit curia*' or '*curia novit legem*'); it must apply the appropriate legal rules to the facts as they are presented to the court by the parties ('*da mihi factum, dabo tibi jus*'); and if necessary it will engage for that purpose in its own legal research. In the English, Irish and Scottish systems, on the other hand, the court has a less active, or even a passive, role: the procedure is generally based on the assumption that the court has no independent knowledge of the law, that it is dependent upon the submissions advanced by counsel for the parties, and that its function essentially is to adjudicate on the exclusive basis of their submissions. According to one commentator, 'perhaps the most spectacular feature of English procedure is that the rule *curia novit legem* has never been and is not part of English law'."

³² Cf. conclusions de l'Avocat Général Jacobs, 15 juin 1995, préc., para 34 : "[...] Even in the case of civil proceedings, where the contrast is least inaccurate - it may have very little application in criminal proceedings, or in administrative courts, where different principles apply - the distinction between the two approaches can hardly be sustained. [...]"

³³ Cf. conclusions de l'Avocat général Jacobs, 15 juin 1995, préc., para 35 : "[...] Moreover, an English court, like any other court, will of course take of its own motion a point which is a matter of public policy. For centuries English law has for that reason refused to enforce illegal contracts; as the point was put in a modern case [...]"

³⁴ J. A. Jolowicz, *Da mihi factum dabo tibi jus* : a problem of demarcation in English and French Law, in *On civil procedure*, CSICL, 2000, p. 189.

L'hypothèse suivant laquelle, dans leur composante essentielle, les *principes directeurs du procès* expriment des normes dont les racines et la positivité sont bien plus universelles qu'il n'y paraît, mérite donc d'être posée.

Portée philosophique de la démarche.- Vérifier une telle hypothèse relève d'une discipline qui fut introduite en France à l'instigation de Motulsky : le *Droit processuel*. Plus précisément, l'entreprise peut être rattachée à la conception moderne de la discipline dont le plus illustre défenseur français est Monsieur le Recteur Serge Guinchard : le *droit comparé des procédures* et la recherche d'un « *modèle universel de procès* »³⁵.

Il est vrai qu'Henri Motulsky, quant à lui, n'a envisagé le *Droit processuel* que comme une comparaison - en interne - des procédures civiles, pénales et administratives. Néanmoins, la démarche comparatiste moderne pourrait être facilement rattachée à la doctrine motulskienne et l'on pourrait même, à cette occasion, lui découvrir une portée philosophique. Afin que l'on nous pardonne cette digression, rappelons que Motulsky lui-même s'est érigé en défenseur de la philosophie du droit et qu'il a souligné la nécessité de la mettre en relation avec le droit positif : « *son importance essentielle* », écrit-il, « *réside dans l'osmose entre ses enseignements et la pratique quotidienne* »³⁶. Si les présupposés philosophiques de l'auteur sont complexes³⁷, Motulsky a, en tous cas, revendiqué explicitement la conception aristotélicienne du droit naturel³⁸. Or, pour Aristote, le droit naturel n'est rien d'autre que les règles de *droit positif* qui sont appliquées à *peu près* partout de la même façon³⁹ : sa découverte relève donc du droit comparé.

Bien mieux, dans les premières pages de la Rhétorique, Aristote met l'accent sur l'« *interdiction de parler hors du sujet* »⁴⁰ qui permettait de délimiter les termes du débat devant les Tribunaux antiques et dans laquelle on pourrait voir, en somme, une forme archaïque de principe dispositif. Le philosophe donne même des précisions remarquables sur les rôles respectifs du juge et des parties⁴¹. Enfin, au nom du droit naturel, Aristote s'attache à démontrer que l'interdiction, légale ou coutumière, était appliquée partout de la même manière⁴². En bref, le *Stagirite*, qui collectionnait les constitutions des cités grecques, semble se livrer à un exercice concret de *droit comparé des procédures*, en cherchant à identifier les principes directeurs communs aux procès antiques.

En somme, nous proposons ici, au nom de l'école moderne du *Droit processuel*, d'actualiser les deux premières pages de la Rhétorique d'Aristote.

³⁵ V. S. Guinchard et alii, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd.

³⁶ Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle*, in *Ecrits*, tome 1, op. cit. p. 64, n° 7.

³⁷ V. not. Oppetit, *Henri Motulsky et la philosophie du droit*, APD, t38, Sirey, 1993 ; *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 255 s. ; Th. Lebars, *Henri Motulsky était-il kelsénien ?*, *Procédures*, mars 2012, n° 3, p. 48 sq..

³⁸ Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle*, in *Ecrits*, tome 1, p. 60 sq.

³⁹ Cf. Ethique à Nicomaque, 1134 b, et v. V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, thèse, Paris I, 2006, no 225, à paraître à la LGDJ, bibliothèque de droit privé.

⁴⁰ Cf. Aristote, *Rhétorique*, trad. Dufour & Wartelle, Gallimard, 1998, 1354 a et 1355 a.- La *Constitution d'Athènes*, attribuée à Aristote, permet de se figurer comment la règle y était appliquée concrètement – Cf. Aristote, *Constitution d'Athènes, classique Poche, bilingue, Les belles lettres, 2002, trad. Mathieu, Haussoulier, revu par M. Mosse, LIII, 2-3*-. On y apprend que les affaires d'un montant supérieur à 10 drachmes étaient d'abord portées devant un arbitre public - ou *diète* - qui avait notamment pour rôle de concilier les parties ; c'est seulement en cas d'échec que le diète rendait une décision, dont le plaideur insatisfait pouvait faire appel devant le Tribunal. Dans cette hypothèse, l'arbitre plaçait dans deux boîtes « *les témoignages sommations et textes de lois* » invoqués par chaque partie, y attachait sa sentence et remettait « *le tout aux quatre juges de la tribu du défendeur* », qui introduisaient l'affaire devant la juridiction. Or le texte précise que, devant la juridiction, il n'était « *pas permis aux parties d'invoquer aucun autre texte de loi, sommation ou témoignage que ceux qui (venaient) de l'arbitre* » : autrement dit les termes du débat étaient limités au contenu de la boîte – Cf. Aristote, *Constitution d'Athènes, ibidem, LIII,3*.-

⁴¹ Aristote, *Rhétorique*, 1354 a, Gallimard, 1998, trad. Dufour : « [...] *il est évident que le rôle du contestant se borne à démontrer que le fait en question est ou n'est pas de telle sorte, a été accompli ou non ; mais est-il important ou sans importance, juste ou injuste, [...] c'est le juge seul qui doit en décider : il n'a pas à l'apprendre des parties* »

⁴² Aristote indique d'abord que la règle est suivie dans les cités « *les mieux policées* », mais il détaille ensuite : « *Tous les peuples sont d'accord sur ce point ; mais les uns pensent que les lois doivent en faire mention ; les autres se contentent de la pratique et empêchent de parler hors du sujet* » - Cf. *Rhétorique, trad. préc. 1354 a*