Giuseppe Tarzia

LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE DANS LA PROCÉDURE
CIVILE ITALIENNE*

1. Le principe, selon lequel le jugement ne peut être rendu sans avoir entendu les plaideurs, a été récemment défini „une sorte de droit naturel de la procédure”¹. Il n'y pas là certainement l'écho de cette philosophie juridique du siècle passé, qui retrouvait le fondement du contradictoire dans un „principe de raison naturelle”, un principe „immanent” au procès, un *natürlicher Rechtsgrundsatz*. Tout cela a été dépassé, même au XIX siècle, par la philosophie positive, et la définition veut tout simplement indiquer que la contradiction est une règle propre au procès juridictionnel dans les systèmes actuels, du moins dans ceux qui s'inspirent aux idéologies démocratiques.

Mais au niveau de la théorie générale le juriste, qui considère avec attention la réalité de l'ordre politique dont il s'occupe, s'aperçoit très aisément que le principe n'est plus limité au monde judiciaire, qu'il en dépasse très largement les frontières pour se répandre dans tout le domaine du droit public. On a observé en Italie que la „faculté du dialogue”, accordée aux parties, n'est pas une prérogative des justiciables, et donc une marque exclusive de la juridiction, mais qu'elle s'étend, de plus en plus, aux procédures administratives, qui perdent leur caractère unilatéral et admettent ou exigent que l'intéressé soit entendu avant que l'Administration n'établisse son acte; et plus généralement, que la contradiction est en train de devenir, et d'ailleurs elle est déjà devenue, un élément constant de l'activité publique,

* Le présent article contient le text de la conférence prononcée à la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Łódź au moi de mai 1979. La version modifiée de cet article a été publiée dans „Revue Internationale de Droit Comparé” 1981, n° 3.

¹ R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, I, *Les cours de droit*, 1976—1977, p. 294.

et précisément „la marque de distinction des organes constitutionnels démocratiques”².

Nous retrouvons là un élément qui me paraît de la plus grande importance. Dans les années '30, la doctrine juridique allemande (Merkel avant tout) et l'italienne aussi avaient développé une conception générale du „procédé” (*Verfahren, procedimento*), dont le procès (*Prozess, processo*) allait devenir tout simplement une espèce: une théorie, qui d'ailleurs a été très utile pour comprendre et systématiser le procédé administratif et le législatif. Dans ce cadre, toutefois, et à ce niveau le rôle du contradictoire était affaibli, tandis que l'attention se concentrait sur la série des actes juridiques, liés entre eux par leur but, la production d'un effet final commun (la loi, l'acte administratif, le jugement). Il est évident que cette généralisation pouvait se tourner des deux côtés opposés: ou bien envers une affirmation du caractère purement éventuel de la contradiction dans les procédures judiciaires (et le point d'arrivée de cette tendance a été le projet de Baumbach de 1938, qui voulait abroger le *Parteiprozess* et réduire la justice civile à la *freiwillige Gerichtsbarkeit*) ou bien, au contraire — et c'est, comme je l'ai dit, la tendance actuelle en Italie — à étendre les garanties juridictionnelles aux procédures administratives.

La méthode contradictoire, appliquée à l'exercice des pouvoirs publics, et notamment des pouvoirs administratif et judiciaire, n'est pas seulement, sur le plan technique, le moyen pour assurer la meilleure information de l'office et donc le résultat le plus conforme aux exigences qu'il doit satisfaire, mais elle exprime aussi un droit de participation qui est indiqué par plusieurs interprètes comme l'élément propre d'un modèle de démocratie moderne. Quoi que l'on pense à cet égard, il est certain que cette diffusion du procès au dehors de la juridiction est un phénomène caractéristique de notre temps, non seulement dans le droit interne, mais aussi dans le droit international conventionnel. Pour en rappeler un seul exemple, je citerai ici l'art. 113 de la Convention sur le brevet européen, signée à Munich le 5 octobre 1973, qui ouvre les dispositions générales de procédure — applicables soit pour la délivrance du brevet que pour le jugement sur l'opposition ou les recours — par la norme selon laquelle „les décisions de l'Office européen des brevets ne peuvent être fondées que sur des motifs au sujet desquels les parties ont pu prendre position”: une garantie qui a été gardée, donc, même dans une procédure inquisitoriale, qui permet à l'Office européen de „procéder à l'examen d'office des

² V. Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, t. I, Napoli 1973, p. 27.

faits", non limité „ni aux moyens invoqués, ni aux demandes présentées par les parties" (art. 114).

2. Mais j'en viens à la procédure civile italienne. Dans le titre réservé à l'exercice de l'action, après avoir établi le principe de la demande et celui de l'intérêt, le c.p.c. italien énonce (art. 101) le principe du contradictoire: „le juge, sauf que le loi en dispose autrement, ne peut prononcer sur aucune demande, si la partie contre laquelle elle est proposée n'a pas été régulièrement assignée et n'a pas comparue". Voilà donc la règle générale, établie en termes qui n'ont pas manqué de poser de nombreux problèmes: avant tout par cette singularité littérale de la norme, qui paraît exiger la comparution, ou la constitution du défenseur, pour que le principe soit mis en oeuvre (mais il est sûr que la formule n'a pas d'autre sens que celui de l'art. 14 du nouveau code français, où l'on veut que la partie ait été „entendue ou appelée"; et le code discipline avec soin la procédure par défaut, art. 290 ss.); ensuite, parce qu'elle semble s'appliquer, à la lettre, seulement à la procédure contentieuse ordinaire; enfin, pour la réserve de dispositions différentes. On peut remarquer encore que la formule législative exprime le principe dans le sens traditionnel, qui est d'ailleurs le plus étroit: le juge doit s'assurer que la partie défenderesse ait eu la possibilité de se faire entendre, avant de rendre son arrêt. C'est l'égalité formelle des parties, dont le législateur de 1942 a pris soin, selon la maxime latine: *audiatur et altera pars*.

Pour saisir la portée effective de la règle, on ne peut, pourtant, se borner à l'exégèse de l'art. 101 et des dispositions connexes, qui se retrouvent nombreuses dans le code. Il faut considérer, au contraire, que la contradiction est imposée, désormais, par des sources du droit supérieures à la loi ordinaire: l'art. 24, 2 al. de la Constitution, selon lequel la défense est un droit inviolable en tout état de cause et en tout degré de juridiction; l'art. 6 de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme, qui reconnaît à toute personne le droit d'être entendue par un tribunal indépendant et impartial; l'art. 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et l'art. 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966, qui n'ont pas de sens différent. Dans un pays à Constitution rigide, comme l'Italie, la garantie constitutionnelle du droit de la défense (ou droit de défense) — qui appartient également à toutes les parties, au demandeur comme au défendeur et aux tiers intervenus — entraîne la possibilité d'un contrôle, exercé par la Cour constitutionnelle, sur la légitimité de la loi ordinaire, et en conséquence d'une déclaration, à la suite de laquelle la norme contraire à la Constitution perd de vigueur. De l'autre côté, le principe du procès équitable, et notamment celui

de l'„égalité des armes", qui revient de l'application de la Convention dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme, indique une autre voie judiciaire pour contester la légitimité de la norme interne de procédure.

C'est surtout par le moyen des arrêts de la Cour constitutionnelle et des ordonnances des juges du fond, qui ont renvoyé à la Cour les questions de constitutionnalité qu'ils n'estimaient pas manifestement non fondées, que l'art. 3, qui pose le principe d'égalité, et l'art. 24 de la Constitution, appliqués ensemble, ont donné au principe du contradictoire une valeur substantielle. Plusieurs dispositions de procédure ont été ainsi biffées ou modifiées. Mais, ce qui plus importe, l'élaboration de la jurisprudence constitutionnelle et de la doctrine a permis de définir, en termes très larges, ce qui a été appelé le „contenu irréductible" du contradictoire: les garanties, c-à-d., qui doivent être assurées aux parties pendant tout le déroulement de l'instance, dans la procédure ordinaire ainsi que dans les procédures spéciales. Pour ces dernières, surtout, l'exigence de fixer un „minimum" de contradictoire, qui doit être respecté, et de tracer avec rigueur les limites des exceptions, a amené la Cour à faire des énonciations de grande importance, soit pour comprendre les implications du principe, soit pour en déterminer l'applicabilité au domaine entier du droit judiciaire privé.

Tracer un aperçu des corollaires, qui ont été tirés de la règle, et des obligations qui en résultent pour les parties et pour le juge, c'est la tâche que j'essaierai de remplir. A cet effet, je veux remarquer tout de suite que le principe, tel qu'il a été élaboré par la jurisprudence, se déploie essentiellement, à mon avis, en trois garanties fondamentales: la „garantie de la connaissance", la „garantie du dialogue", la „garantie de la preuve".

3. La première garantie touche sans doute à la connaissance, soit de l'acte introductif de l'instance, soit des actes successifs de la procédure: une garantie, donc, bilatérale, comme les autres qui sont enserrées dans la règle qui nous occupe. L'attention se pose, avant tout, sur le système des notifications, d'une double point de vue. Il s'agit d'apprécier la constitutionnalité des normes établies en matière de significations par acte d'huissier de justice, pour s'assurer qu'elles soient à même de produire la connaissance effective de l'acte notifié; il s'agit encore de remplir les vides laissés par le législateur, quand exceptionnellement il n'a pas déterminé la forme de la notification (qui reste en Italie, en principe, monopole des huissiers), en exigeant que la forme employée soit telle qu'elle puisse atteindre son but, et consentir donc au destinataire de l'acte de préparer sa défense. Je voudrais souligner que, ici comme ailleurs, le contradictoire apparaît à la fois l'objet d'une

garantie, octroyée par la Constitution contre les abus du législateur ordinaire, et de plusieurs obligations, imposées aux parties comme au juge; et, si la violation du principe sur le plan législatif entraîne le contrôle de la Cour constitutionnelle, et l'annulation de la norme qui y est contraire, la violation sur le plan judiciaire entraîne la nullité de la procédure, totale ou partielle selon le moment dans lequel la notification a été exécutée. De là aussi le devoir du juge d'interpréter la norme ordinaire, autant qu'il soit possible, dans un sens qui soit conforme à la Constitution.

Je tâcherai de rendre concret ce discours par des exemples. Si le but de la signification est certainement celui que l'on a indiqué, le législateur italien ne pose pas la connaissance effective de l'acte dans le destinataire comme condition de validité de la signification; pour mieux dire, il y a des cas où on est obligé d'employer des formes auxquelles on peut rattacher seulement une „présomption de connaissance" de l'acte; et parfois l'emploi de ces formes est permis en raison des difficultés, qu'entraînerait pour les parties l'observance des formes ordinaires. Il faut mentionner ici la signification en cas d'impossibilité de remettre la copie à la résidence ou au domicile ou à la demeure du destinataire (art. 140 c.p.c.) ou à personne dont la résidence, le domicile et la demeure sont inconnus (art. 143 c.p.c.), la notification par avis publics (art. 150 c.p.c) et même la notification à l'étranger (art. 142) qui, comme celle prévue par l'art. 143, se considère exécutée à l'égard du destinataire, le 20^{ème} jour après l'accomplissement des formalités prévues³.

On s'est posé la question de savoir si cette présomption légale absolue de connaissance au vingtième jour ne violait pas le droit de la défense, en empêchant à l'intéressé de prouver qu'il n'avait pas pris connaissance de l'acte. Mais la Cour constitutionnelle ne s'est pas poussée jusqu'à une déclaration d'inconstitutionnalité totale. Elle a pourtant rappelé la fonction de la notification, en tant que „instrument nécessaire et indispensable pour entamer le contradictoire", et remarqué que cette fonction n'est pas remplie dans le cas où l'on fait usage d'une forme d'où dérive une présomption légale de connaissance, s'il y a la possibilité d'employer une forme telle à faire connaître effectivement le contenu de l'acte. Sur cette base, elle a statué que l'application de la présomption du 20^{ème} jour à la charge du destinataire

³ Sans décrire les formes prévues dans tous ces cas, je me borne ici à préciser que la notification à l'étranger, selon l'art. 142 c.p.c., consiste dans l'affichage d'une copie au tableau de l'office judiciaire, la remise d'une autre copie au destinataire par la voie postale sous pli recommandé et la remise d'une troisième copie au parquet, pour la transmission par la voie diplomatique.

soit subordonnée à l'impossibilité de signifier l'acte dans les modes prévus par les conventions internationales, et donc par l'assistance, s'il est nécessaire, des autorités compétentes de l'État requis⁴.

Au niveau de l'application du code et des lois spéciales de procédure, d'autres conséquences découlent du principe du contradictoire en cette matière. Il s'agit là de restreindre le pouvoir discrétionnaire du juge, lorsque la loi lui permet d'ordonner des formes de notification atypiques: ce qui est prévu en général par l'art. 151 c.p.c. pour le cas que des circonstances particulières se réalisent ou qu'une exigence de plus grande rapidité se présente, et il est prévu encore par les normes qui font charge au juge de convoquer les parties, sans en déterminer le mode. La jurisprudence a eu l'occasion de s'occuper de ces problèmes surtout en matière de travail et de faillite. Dans la procédure spéciale pour la répression de la conduite anti-syndicale de l'employeur (art. 28, l. 20 mai 1970, n. 300, „statut des travailleurs”), on veut que le juge prononce son décret dans les deux jours successifs à la présentation de la requête, après avoir convoqué les parties et pris des informations-sommaires; et bien que le délai fixé au juge n'est pas évidemment de rigueur, le caractère sommaire de la procédure a amené parfois les magistrats à considérer suffisante une convocation par téléphone, ou par le moyen de la police, et même sans en communiquer l'objet! Voilà des excès, qui ont été reprochés par la doctrine et refusés par la plupart des arrêts: selon lesquels, au contraire, l'employeur ne doit pas seulement être mis au courant de l'existence de la procédure, mais il doit aussi être placé en condition de prendre pleine connaissance de la requête⁵.

Un problème identique se présente dans la procédure pour la déclaration de faillite, après l'arrêt de la Cour constitutionnelle (16 juillet 1970, n. 141)⁶ qui a transformé en devoir la faculté pour le tribunal d'entendre préalablement l'entrepreneur, établie par l'art. 15 de la loi sur la faillite et les autres procédures de concours. Etant donné que le débiteur doit être informé de la requête présentée contre lui, afin qu'il puisse se défendre en chambre de conseil (la procédure ne se déroule pas en audience publique), les tribunaux se sont trouvés dans la nécessité de déterminer le mode de la convocation. Plusieurs solutions ont été proposées et adoptées (signification de la requête du créancier et du décret de convocation; remise de ce décret par l'aide

⁴ Arrêt 2 février 1978, n. 10, en „Le nuove leggi civili commentate”, 1978, p. 889, note Carpi.

⁵ R. Vaccarella, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano 1977, p. 158—159.

⁶ En „Foro italiano” 1970, I, 2038.

de la police ou par la voie postale; remise d'un avis de convocation); mais l'opinion prévalente est que, si le tribunal n'est pas obligé d'ordonner une signification régulière, il doit quand — même choisir une forme de communication telle à assurer que le débiteur connaisse le contenu de la requête et les arguments qui sont portés pour la justifier.

4. Cette „garantie de la connaissance" apparaît particulièrement importante lorsque un acte ou un événement quelconque est pris par la loi comme point de départ d'un délai fixé à peine de déchéance. La Cour constitutionnelle a répété plusieurs fois que le droit de la défense n'est pas respecté si l'intéressé, qui serait forclos pour n'avoir pas accompli l'acte dans le délai prescrit, et qui en aurait par conséquent un préjudice, n'est pas mis en état d'avoir connaissance du *dies a quo*.

Les interventions de la Cour ont modifié d'une façon remarquable, avant tout, le régime de la reprise de l'instance, après la cessation de la cause de suspension ou après l'interruption: un régime qui est inspiré, en Italie, au principe dispositif. Par ses arrêts la Cour a déclaré inconstitutionnelles les dispositions du code de procédure, qui fixaient comme point de départ du délai pour la reprise — sous la sanction de l'extinction de l'instance — la date même de l'interruption ou de la fin de la période de suspension (par exemple, la définition de la question préjudicielle, par un autre juge et par un arrêt muni de l'autorité de la chose jugée). Elle a établi que le délai doit se calculer à partir du moment dans lequel les parties ont eu „connaissance" de cet événement⁷.

Il reste évidemment à savoir comment on peut prouver cette connaissance. C'est un problème d'application du droit, qui doit être résolu dans le sens que le délai est en cours seulement après que la partie a reçu sûrement notice de son point de départ. La preuve en sera donnée par pièces, par exemple un acte de signification de l'arrêt, qui a mis fin à la suspension, ou d'une déclaration de la cause d'interruption.

Pour la même raison, on a beaucoup discuté sur la légitimité constitutionnelle des dispositions de la loi sur la faillite, qui fixent les délais pour interjeter certains recours non pas à partir de la signification du jugement, comme d'ordinaire, mais à partir d'une formalité (l'affichage de l'arrêt à la porte extérieure du tribunal) qui est un reliquat du passé, et qui n'a aucune valeur effective de publicité. Les

⁷ Arrêts 15 décembre 1967, n. 139; 4 mars 1970, n. 34; 6 juillet 1971, n. 159, en „Foro italiano" 1968, I, 10; 1970, I, 681; 1971, I, 2117, par rapports aux artt. 297, 299, 301 et 305 c.p.c.

réponses données par la Cour n'ont pas été uniformes: parfois on a reconnu la violation des droits de la défense⁸; mais en d'autres occasions la plainte a été rejetée, en considération de la nature de la procédure et des intérêts publics qui y trouvent satisfaction.

C'est notamment le cas de l'opposition à la déclaration de faillite⁹.

Enfin, la Cour a déclaré inconstitutionnelles les normes de la procédure en matière de travail, qui n'imposaient pas la communication au défaillant de l'ordonnance qui fixe le jour du débat et le délai de rigueur pour compléter les défenses, et qui également n'exigeaient pas la communication à l'appelant du décret de fixation du débat et ne précisaient pas que c'est de ce moment — celui de la communication, non pas de la remise du décret au greffe — que s'écoule le délai pour la signification du recours en appel et du décret à la partie appelée¹⁰.

Le souci est toujours le même. Il faut que la connaissance du *dies a quo* soit pleinement assurée à la partie qui doit accomplir un acte de procédure, surtout si l'inobservation du délai est assortie de la sanction de la déchéance; comme, dans les cas mentionnés auparavant, il fallait que l'autre partie eût pleine connaissance de l'acte contre lequel elle devait préparer ses défenses et exceptions. Ce sont des règles, qui ont été appliquées aussi par les juges ordinaires — au dehors de toute question de légitimité constitutionnelle — dans l'interprétation des normes de procédure, dans le sens correct que, si la norme permet plusieurs interprétations, il faut suivre celle qui est respectueuse du droit de la défense¹¹. Mais il faut ajouter qu'il y a encore, dans les dispositions données pour les procédures spéciales, nombreuses normes qui rattachent le départ d'un délai rigueur, non pas à la connaissance, mais à la prononciation, ou à la remise au greffe, d'un décret ou d'une ordonnance du juge. Le chemin à parcourir est long, avant que l'on puisse affirmer que la „garantie de la connaissance" est réalisée en tout cas par le droit judiciaire italien.

⁸ Arrêt 12 décembre 1974, n. 255, en „Foro italiano" 1975, I, 12, en matière d'appel contre le jugement qui homologue ou repette le concordat préventif ou le concordat fallimentaire, artt. 131 et 183 l. sur la faillite: le délai doit partir du moment où l'intéressé a reçu communication du jugement par le soin du greffier.

⁹ Arrêts 22 novembre 1962, n. 93 et 30 mai 1977, n. 95, en „Foro italiano" 1962, I, 1261 et 1979, I, 1329.

¹⁰ Arrêts 14 janvier 1977, n. 14 et n. 15, en „Foro italiano" 1977, I, 258, par rapport aux artt. 426 et 435 c.p.c. et 20 l. 11 août 1973 n. 533.

¹¹ Par exemple, l'art. 617 c.p.c. donne un délai de 5 jours pour les oppositions contre les actes d'exécution pour vices de forme. La jurisprudence affirme constamment qu'il s'écoule non pas de l'accomplissement de l'acte, mais de la connaissance légale acquise par intéressé.

5. La rubrique des délais de procédure nous permet d'ailleurs d'entrevoir aussi le deuxième aspect du principe du contradictoire: la garantie du dialogue.

Sous un angle strictement procédural, cette maxime entraîne, premièrement, la nécessité que le délai fixé soit en tout cas suffisant pour l'accomplissement de l'acte.

La jurisprudence constitutionnelle et ordinaire ont développé, à cet égard, une notion de „délai raisonnable", qui ne saurait être confondue avec celle employée par l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne s'agit pas, ici, d'imposer au législateur interne d'organiser le procès civil de façon qu'il n'ait pas une durée excessive, mais d'apprécier si le délai, établi par une norme de procédure, ne soit pas tellement bref à rendre impossible, ou extrêmement difficile, l'exercice de la défense. C'est une règle qui, encore une fois, lie également le juge, quand il est dans son pouvoir de déterminer la durée du délai.

La règle (art. 4, l. 1 décembre 1970, n. 898) qui, dans la procédure de divorce, fait charge au Président du tribunal de fixer par décret le jour de la comparution des époux et le délai pour la signification de la réquête et du décret, la Cour constitutionnelle l'a réputée légitime, parce que le Président est obligé à observer le principe du contradictoire, et par conséquent à donner un délai qui permette la participation à la procédure, sous peine de nullité de son décret¹². L'affirmation a une portée générale, qu'il est inutile de souligner: le décret serait nul parce qu'il n'atteindrait pas le but de la *vocatio in ius*, qui est de susciter le contradictoire. À cette nécessité d'un délai suffisant, et aussi au principe d'égalité, se rattache la *restitutio in integrum*. Le relevé de forclusion, quand la partie n'a pas été à même d'observer le délai en raison d'un cas fortuit ou d'une force majeure, n'est pas, à l'heure actuelle, une règle générale en droit italien; mais certains arrêts de la Cour constitutionnelle indiquent assez clairement le chemin à faire en cette direction¹³.

La „garantie du dialogue" a pourtant également une valeur substantielle, à plusieurs points de vue. En ce qui concerne les parties au procès, l'exigence de défense des plaideurs, et spécifiquement de l'intégrité du contradictoire, explique l'interruption de l'instance, par exemple lorsqu'une partie est décédée (art. 299 s. c.p.c.); et le respect

¹² Arrêt 2 février 1978, n. 10, précité.

¹³ Arrêts 20 mai 1976, n. 120 et 18 mai 1972, n. 89, en „Foro italiano" 1976, I, 1414 et 1972, I, 1525, par rapport, l'un, à l'opposition tardive au décret d'injonction, art. 650 c.p.c., et, l'autre, à l'opposition tardive à la déclaration de validité de conge dans le contrat de louage, art. 668 c.p.c.

des droits de la défense est également à la source de la limitation de l'autorité de la chose jugée, qui, en principe, concerne les parties et ne s'étend pas aux tiers (art. 2909 c.c.).

Je ne veux pas m'arrêter sur ces thèmes, ni sur le devoir des parties de se communiquer, par les mémoires ou à l'audience, les moyens de fait et de droit sur lesquels s'appuient leurs prétentions et leurs exceptions, pas plus que sur le devoir du juge d'entendre les parties au cours des audiences d'instruction et du débat. Toute la procédure ordinaire se déroule sous le signe du contradictoire entre les parties.

Il me paraît plutôt intéressant de mentionner la tendance à voir dans le juge, non plus seulement l'arbitre (selon la conception libérale du siècle passé), ou bien le directeur du procès (c'est l'idée qui a inspiré, notamment, les codes allemand, autrichien et italien) mais un sujet qui est engagé lui-même dans la dialectique judiciaire et qui est donc tenu à soumettre l'exercice de ses pouvoirs à la règle du contradictoire. C'est-là un tempérament essentiel de l'accroissement des pouvoirs du juge, à la conception selon laquelle son rôle est de plus en plus „actif“, sinon même „d'assistance“ en faveur de la partie la plus faible. Ces idées — comme il est bien connu — sont au centre d'une discussion qui dépasse les frontières de nos pays, et vont rapprocher les systèmes processuels des différentes „familles juridiques“. Mais elles postulent par le juge lui-même une observation rigoureuse du principe du contradictoire, si l'on ne veut pas que la procédure civile perde son caractère démocratique et devienne une simple manifestation d'autorité.

Il est vrai que, si l'on reste au point de vue traditionnel dans la doctrine juridique occidentale, on a du mal à comprendre comment l'„égalité des armes“ puisse entraîner la soumission du juge au principe du contradictoire, et en conséquence déterminer une condition de validité de l'exercice de ses pouvoirs, qui n'avait pas été énoncée auparavant. Et cela explique peut-être la difficulté que cette conception trouve à pénétrer dans la coutume judiciaire italienne, surtout quand elle ne peut s'appuyer sur un texte exprès de la loi. C'est ainsi que, dans la procédure ordinaire, le juge n'ordonne presque jamais la comparution personnelle des parties, pour ce libre interrogatoire, auquel il est obligé seulement dans la procédure pour les affaires de travail (art. 117, 421 c.p.c.), et qui doit avoir lieu contradictoirement; il demande très rarement d'être éclairé sur les faits allégués par les parties et les moyens de droit invoqués par elles, ni leurs signale les questions qui peuvent être relevées d'office (art. 183 c.p.c.); et, en application du principe *jura novit curia*, il ne se sent obligé à soumet-

tre préalablement au débat les moyens de pur droit, qu'il relève d'office et pose à fondement de sa décision.

L'inhibition, pour le juge, de suivre celle qui a été appelée „la troisième opinion" — une inhibition qui est affirmée par la doctrine la plus récente, mais pas encore reconnue par la jurisprudence — découle, au contraire, de la „garantie du dialogue", qui est enfermée dans le principe du contradictoire; elle en représente, peut-être, la manifestation la plus moderne. La nécessité de défendre les parties contre le danger des surprises (*Ueberraschungsschutz*) se pose non seulement dans les rapports entre les parties elles-mêmes, mais aussi vis-à-vis du juge. C'est donc un impératif de moralité processuelle, qui est à la base de l'obligation du juge au „colloque en droit"¹⁴. La conséquence en est bien évidente: c'est la nullité du jugement, quand il est fondé sur un moyen de droit ou de fait qui n'a pas été débattu par les parties. Il faudrait d'ailleurs se pousser plus loin, et imposer, par exemple, au juge le devoir du reinsegnement aux parties sur les voies de recours ouvertes contre son jugement (*Rechtsmittelbelehrung*), qui est tout à fait exceptionnel en droit judiciaire italien.

6. Finalement, le principe qui nous occupe se traduit aussi dans une garantie de la preuve. La jurisprudence constitutionnelle et ordinaire et la doctrine ont jeté beaucoup de lumière sur le „droit à la preuve", regardé comme un élément essentiel du droit de la défense. Il est facile d'en résumer les conclusions. Il ne faut pas nier ou limiter le pouvoir de la partie de représenter et prouver au juge les faits allégués au soutien de sa prétention; pour mieux dire, l'exclusion ou la limitation d'un mode de preuve doit être justifiée par la sauvegarde de droits ou intérêts qui méritent une plus forte protection. Les parties ont donc le droit de présenter au juge les éléments de preuve dont elles disposent, de prendre l'initiative des mesures d'instruction et d'assister à leur exécution, d'en discuter le résultat et de le voir apprécier dans la décision; et, de l'autre côté, il est défendu au juge d'utiliser des preuves qui n'ont pas été recueillies dans le procès, c'est à dire contradictoirement, et des faits notoires qui n'ont pas été introduits dans le débat. Le juge ne peut donc fonder sa conviction sur des connaissances personnelles (*privates Wissen des Richters*). Et encore, si le juge a le pouvoir d'ordonner d'office une mesure d'instruction (ce qui est la règle dans la procédure en matière de travail, art. 421 c.p.c., et l'exception dans la procédure ordinaire), quand il exerce ce pouvoir il doit permettre aux parties, même si

¹⁴ Je traduis par là l'expression allemande *Rechtsgespräch*: voir à ce sujet N. Trocker, *Processo civile e Costituzione*, Milano 1974, p. 657. Voir aussi le § 278 de la ZPO de la Bundesrepublik, après la Vereinfachungsnovelle de 1976.

elles ont encouru la déchéance, de présenter les pièces ou demander l'exécution des mesures d'instruction qui deviennent nécessaires en conséquence de son ordonnance.

On voit bien, par ces simples indications, que l'administration judiciaire de la preuve est toute régie par le principe du contradictoire. Mais cette règle basilaire du droit judiciaire a reçu, dans le feu du jugement constitutionnel, d'autres applications très remarquables. J'en donnerai quelques exemples. L'expertise ne peut être confiée à une autorité administrative, qui l'exécute au dehors de l'instance: voilà le sens de l'arrêt 22 décembre 1961, n. 70¹⁵, qui invoque la nécessité du contradictoire des parties devant le juge à l'égard des faits, et en tire l'interdiction d'une délégation de pouvoirs juridictionnels. Encore: on ne peut prohiber au bailleur de prouver que le revenu de son locataire est supérieur à ce qui résulte de l'inscription au rôle des impôts ou d'une déclaration de l'employeur¹⁶; manifestation ultérieure de l'idée que la preuve doit se former dans le procès, exception faite pour les preuves préconstituées typiques. Et la même idée a convaincu la Cour à déclarer contraire à la Constitution la norme (art. 247 c.p.c.) qui défendait de témoigner à l'époux, aux parents et aux alliés en ligne directe¹⁷ et la norme (art. 9, 2 al., l. 1 décembre 1970, n. 898) qui, dans la procédure en chambre de conseil pour la révision des dispositions conséquentes au divorce, ne consentait au juge que de prendre des informations, et n'admettait donc pas l'enquête et l'expertise¹⁸.

7. Je ne veux terminer cet exposé sans souligner la portée complexe et générale du principe du contradictoire. Une portée complexe, avant tout, bien plus qu'il en résulte des indications données jusqu'ici. Il faut ajouter, en effet, que le droit au défendeur, avec tous les problèmes qui se posent, surtout *de lege ferenda*, à propos de l'aide judiciaire et de l'autodéfense, et le régime des frais judiciaires, se rattachent à ce principe fondamental.

Voilà des problèmes, qui ont été discuté d'ailleurs sur le plan international, et qui peuvent se résumer dans la formule de l'accès à la justice". Nul ne saurait ignorer que, si le principe du contradictoire ne doit pas se réduire à une règle purement formelle, mais doit se concrétiser dans l'égalité réelle des parties à l'instance, il faut assurer à toutes les parties, aux pauvres comme aux riches, aux illettrés comme

¹⁵ En „Foro italiano" 1962, I, 13, au regard des constatations commises au Génie civil par l'art. 10 l. 23 mai 1950, n. 253, en matière de loyers d'habitation.

¹⁶ Arrêts 12 juillet 1972, n. 132 et 18 novembre 1976, n. 225, en „Foro italiano" 1972, I, 2721 et 1976, I, 2745, dans la même matière des baux urbains.

¹⁷ Arrêt 23 juillet 1974, n. 248, en „Foro italiano" 1974, I, 2220.

¹⁸ Arrêt 10 juillet 1975, n. 202, en „Foro italiano" 1975, I, 1575.

aux hommes de culture, les mêmes chances. Les solutions peuvent être différentes, et je veux me borner à indiquer très rapidement les voies tracés par le législateur italien:

a) la gratuité de la justice n'est pas la règle, mais l'exception. Le plaideur est accablé non seulement par les frais de la défense technique, mais par plusieurs frais dûs à l'État, par effet ou en occasion du litige (impôts de timbre, d'enregistrement des pièces produites et des arrêts obtenus, frais de notification et du greffe, etc.). La justice est un service public, mais elle coûte cher. Une exception à ce régime est faite pour les affaires en matière de travail et d'assistance sociale obligatoire (art. 10, l. n. 533/1973);

b) il n'existe pas un système d'aide judiciaire (*legal aid*) pour les pauvres. La défense des pauvres aux dépenses de l'État a été établie seulement pour les affaires de travail (art. 11, l. n. 533, citée) mais seulement pour les personnes qui jouissent d'un revenu annuel non supérieur à deux millions de liras. D'ailleurs, l'organisation syndicale de la défense en justice rend ce bénéfice peut-être plus nécessaire au dehors de cette matière. Mais là on est resté à l'idée de la défense gratuite comme devoir de la classe des avocats, ce qui rend cette oeuvre, dans la plupart des cas, insuffisante;

c) le ministère du défendeur est d'ailleurs obligatoire, sauf que dans les petits litiges devant les conciliateurs; les prêteurs peuvent autoriser la défense personnelle de la partie. Le problème de l'autodéfense, exclusive de l'avocat, est au centre d'un vif débat en matière criminelle. Plus en général, une partie minoritaire de la doctrine pense que, pour rétablir l'égalité des parties, il faudrait interdire l'intervention de l'avocat dans certaines matières, surtout celles de la justice mineure, qui devraient être confiées à des juges honoraires;

d) il y a la tendance à une politique des frais de justice, destinée à favoriser ou entraver certains procès: par exemple le travailleur qui perd son litige envers les institutions d'assistance sociale n'est pas tenu à payer les frais en faveur de la partie gagnante, sauf dans le cas que sa prétention soit jugée être manifestement non fondée et téméraire (art. 152, disp. att. c.p.c.).

Du point de vue de *jure condendo* et aussi de la coutume judiciaire, on se demande (et les réponses ne sont pas concordes) si le problème de la réalisation du principe d'égalité réelle entre les parties doit être résolu en accentuant le rôle assistentiel du juge, au risque de compromettre son impartialité, ou bien par une organisation efficace de l'aide judiciaire.

À part cela, et même à en s'arrêter aux problèmes examinées dans la jurisprudence que j'ai citée auparavant, le principe du contradictoire

a une portée générale aussi. Non seulement il est établi expressément pour la procédure contentieuse ordinaire, pour nombre de procédures spéciales et pour l'arbitrage, mais il s'applique, à mon avis, aux voies d'exécution, avec des tempéraments qui l'excluent, surtout, du moment initial de la saisie. Il faut donc considérer avec attention toute disposition dérogatoire, parce que, s'il ne s'agissait pas d'une exception provisoire, qui touche seulement à un moment de la procédure, mais d'un écartement définitif, la norme devrait être déclarée inconstitutionnelle.

Ce n'est pas là le cas, tout de même, des procédures spéciales où le contradictoire est simplement différé: la procédure d'injonction pour le recouvrement des créances fondées sur une preuve écrite, dans laquelle le contradictoire est entamé par l'opposition du débiteur au décret (art. 633, ss. c.p.c.); la saisie conservatoire et la „saisie judiciaire” (saisie-revendication et saisie des pièces) où la procédure reprend son caractère contentieux par la signification de la demande en validité (art. 670 ss.); encore, la dénonciation de nouvel oeuvre et les procédures d'urgence (art. 688 et 700 c.p.c.), où seulement en cas exceptionnels, dans lesquels une intervention immédiate apparaît nécessaire, le juge prononce *inaudita altera parte*, mais le contradictoire est ensuite provoqué, pour confirmer ou révoquer le décret après le débat (artt. 689, 690, 702 c.p.c.).

On peut bien dire, enfin, et même avec les réserves que j'ai énoncé, que le droit positif ne fait pas violence au „droit naturel de la procédure”. Au contraire, le respect de la contradiction est regardé, aussi dans les projets de réforme et notamment dans ceux concernant la justice mineure, comme le limite infranchissable à tout effort de simplification des règles et d'abandon du formalisme judiciaire.

Universita degli Studi di Milano

*Giuseppe Tarzia*ZASADA KONTRADYKTORYJNOŚCI
WE WŁOSKIM POSTĘPOWANIU CYWILNYM

Artykuł dotyczy rozwoju zasady kontrydktoryjności we włoskim postępowaniu cywilnym, który nastąpił dzięki orzecznictwu Trybunału Konstytucyjnego opartemu na unormowaniach zapewniających nienaruszalność prawa stron do obrony ich interesów.

Autor wyróżnia — o ile chodzi o zakres zasady kontrydktoryjności rozumianej jako zabezpieczenie nie tylko formalnej, ale i rzeczywistej równości stron — trzy podstawowe gwarancje przysługujące stronie tak w stosunku do przeciwnika, jak i w stosunku do sądu. Chodzi o: a) zagwarantowanie stronie znajomości treści i skutków czynności procesowych oraz zdarzeń, od których liczą się terminy zawite; b) zagwarantowanie stronie możliwości przeprowadzenia dialogu, co wymaga, aby terminy dokonywania czynności procesowych były wystarczające i aby sąd wykonywał swoje uprawnienia w sposób kontrydktoryjny, informując strony o kwestiach mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy; c) gwarancje odnoszące się do dowodów, tj. do przysługującej stronom możliwości powoływania środków dowodowych, uczestniczenia w ich przeprowadzeniu oraz w roztrząsaniu wyników postępowania dowodowego.

Autor zaznacza, że istnieją także inne aspekty problematyki zasady kontrydktoryjności, odnoszące się do kosztów postępowania, korzystania przez strony z pomocy w prowadzeniu procesu i prowadzenia przez strony procesu samodzielnie.