Nicola Picardi

DU PROCÈS ORAL AU PROCÈS ÉQUITABLE

I. PRÉAMBULE

La doctrine italienne de la première moitié du XX^{ème} siècle a la mérite d'avoir élaboré une construction harmonieuse, un ordre accompli de connaissances sur le procès, disposé selon plusieurs principes unificateurs. D'ailleurs chacun sait que — du moins à partir du XIX^{ème} siècle — l'organisation systématique du savoir dans un ensemble organique et défini avait constitué l'idéal de la science juridique, d'abord en Allemagne, ensuite dans la plupart de l'Europe. L'oeuvre la plus représentative de cette orientation (avec ses qualités et défauts) est représentée sans doute par les *Principes de droit processuel civil* de Giuseppe Chiovenda. Parus en 1906, affinés progressivement dans les éditions suivantes¹, les *Principes* ont été entourés d'un halo de supériorité et furent diffusés rapidement en Italie et à l'étranger.

La doctrine après Chiovenda, sembla d'abord se borner à accueillir les axiomes élaborés auparavant et à poursuivre uniquement l'aspiration de limer davantage un „système" déjà extrêmement sophistiqué. Mais dans le second après-guerre, le tableau de repère devait changer, même dans notre secteur de recherches. A mon avis, dans la plus récente production scientifique italienne, et probablement européenne, on peut reconnaître une tentative de changer d'avis au sujet de la problématique du procès, tentative bien difficile à saisir car il s'agit d'un mouvement d'idées encore en train de se développer.

Bien conscient du caractère approximatif que présente la reconstruction d'une pensée encore fluide et des difficultés inhérentes à toute tentative de distinguer des périodes différentes, j'ai la sensation que,

¹ G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 3 éd., Napoli 1923 et, par la suite, idem, *Istituzioni di diritto processuale civile*, t. I—II, Napoli 1933—1934.

au début, on se limita à mettre en évidence la relativité de quelques uns seulement des concepts fondamentaux. Songez à la leçon de Calamandrei sur la relativité de l'action² ou à la dévaluation progressive du rapport juridique processuel à partir de l'oeuvre de Goldschmidt³. Mais, ensuite, des perplexités ont surgi même sur la cohérence interne de tout le système: on a commencé à contrôler ses rapports logiques et à mettre en évidence des incohérences entre les différents postulats et leurs corrélations. Aussi, on insinua dans les plus jeunes le doute sur l'exactitude des idées directrices et l'anxiété de réagir contre les instruments conceptuels traditionnels. Les dernières années, s'est enfin généralisé un état d'âme de scepticisme ou, même, de refus des principes classiques du procès, qui étaient considérés désormais comme le revers d'une position formaliste de la science juridique en général et de celle du procès en particulier. On peut considérer comme symptomatique le fait que le claire et ample développement des principes du procès qui concluait le premier volume du manuel de Liebman a été tout à fait supprimé dans la troisième et dernière édition de cette oeuvre⁴.

Il est encore plus difficile, actuellement, de préfigurer les nouveaux rangements que nos connaissances du procès sont destinées à subir dans un proche avenir. La vérité est que l'opérateur du droit en Italie, que ce soit juge ou homme d'étude, est destiné à travailler sur une mosaïque de survivances. Personnellement j'ai l'impression que les tentatives d'éliminer, sur le plan technique ou idéologique, les nombreuses contradictions et de ramener à un dessin moins incohérent les vieilles „tesselles", qui dénoncent désormais des origines et des inspirations différentes, se manifestent comme de simples palliatifs. Beaucoup de principes classiques et de idées directrices se sont révélés de formules aujourd'hui dépourvues de contenu ou, tout au plus, destinées à déguiser d'une rigueur apparente des accents polémiques, même contradictoires. L'analyse et l'interprétation des expériences de ces dernières années, impose peut-être une révision au fond et la recherche de principes nouveaux et d'énonciations plus exactes permettant d'esquisser des schémas toujours nouveaux par rapport au changement de la réalité.

² P. Calamandrei, *Relatività del concetto di azione*, „Rivista diritto processuale civile" 1939, n° 1, p. 22 s.

³ Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925. Pour la doctrine italienne, voir notamment S. Satta, *Teoria e pratica del processo*, p. 150.

⁴ E. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, t. I, 2 éd., Milano 1957, p. 227 s.; 3 éd., Milano 1973.

Dans les limites du temps que l'on m'accorde il n'est pas possible de reconstruire l'évolution des idées en Italie au sujet des différents principes du procès et de leur signification actuelle.

J'essaierai donc de démontrer ma thèse initiale, tout en me bornant à examiner un aspect seulement de la vaste problématique. J'ai choisi le principe de l'oralité parce qu'il est le sujet qui revient de chaque réforme du procès et il est le noyau autour duquel Chiovenda a construit son système. Il s'agit donc d'établir s'il y a lieu de reconnaître encore aujourd'hui une valeur à ce principe et si l'on doit mieux le remplacer par d'autres idées unificatrices.

LA DÉVALUATION DU PROCÈS ORAL

II. LE GRAND DILEMME: PROCÈS ÉCRIT OU PROCÈS ORAL

Au début du XX^{ème} siècle, Ludovic Mortara, ancien professeur de procédure civile à l'Université de Pise et de Naples et, dans la suite, Premier Président de la Cour Suprême de Cassation d'Italie, a écrit: „procès oral [...] lorsqu'on parle de cette qualité, qui élance l'imagination vers le temps du bon roi assis sur la chène, on exerce un grand charme sur l'âme de ceux qui écoutent"⁵. Mais Mortara ne fut certainement pas parmi ceux qui subirent le „grand charme" du procès oral. Il resta sceptique à l'égard d'une idée qui probablement pouvait aussi élancer l'imagination vers le temps ancien, mais, assurément, elle n'appartenait plus au royaume des fées et était sortie définitivement de ce petit tableau arcadien „du bon roi assis sur la chène". C'était l'époque où l'on jetait les bases pour la révision de notre rite civil. Le mouvement de réforme — commencé, il est vrai, au lendemain même de la promulgation de notre premier code unitaire de procédure civile, qui remonte à 1865 — avait traversé une première période de gestation lente et tourmenté, jusqu'au moment où il avait trouvé sa raison inspiratrice dans la pensée de Chiovenda, qui, chez nous, a été le précurseur du procès oral. Depuis Chiovenda on posa le grand dilemme: procès écrit ou procès oral?

C'est ainsi que, de la début du XX^{ème} siècle, commencèrent à se dessiner les deux positions opposées: d'un côté, l'apostolat passionné de Chiovenda en faveur d'une formule, le „principe du procès oral", qui semblait posséder les vertus thaumaturgiques de guérir n'importe quel mal de notre procès civil; de l'autre côté, la vision sceptique

⁵ L. Mortara, *Per il nuovo codice di procedura civile. Riflessioni e proposte*, „Giornale italiano" 1923—1924, p. 14 s., tiré à part.

de Mortara qui tentait de détruire les illusions créées par la nouvelle école et de ramener à de justes propositions le soi-disant „principe du procès oral”.

Nombre d'années sont désormais passés; on a élaboré une série de projets; un nouveau code de procédure civile a été publié; on a pris soin de le modifier par une nouvelle en 1950; on a publié une loi sur la procédure du travail en 1973; mais, aujourd'hui, on reparle d'une réforme du procès civil. Quels sont les principes auxquels devrait s'inspirer cette réforme? D'après une recherche organisée par le Ministère de la Justice⁶ il résulte que de nombreuses personnes, en Italie, croient encore aujourd'hui qu'on pourrait résoudre tout, en appliquant réellement le „principe relatif au procès oral”⁷; d'autres demandent, au contraire, qu'il faut donner plus d'importance à la forme écrite. L'ancien dilemme est-il donc encore valable: procès écrit ou procès oral? La polémique traditionnelle, qui semblait désormais apaisée, a-t-elle encore une valeur réelle?

Pour répondre à ces questions il faut résoudre un problème préliminaire: on doit établir ce que signifie réellement procès écrit et procès oral. En vérité, il s'agit d'idées pas toujours univoques, d'expressions qui ne sont pas toujours employées dans la même signification. Pour éviter, alors, des abstractions dangereuses, la seule route à suivre semble le recours à l'histoire. C'est-à-dire il faut reconstruire, avec l'approximation inévitable dans le dessin de ces vues panoramiques, l'évolution des idées sur le problème regardant le „procès oral” et tracer l'histoire des réformes inspirées à ces idées. C'est seulement ainsi qu'on peut dégager quelques profils qui ont constitué et constituent actuellement — du moins en Italie — le véritable fondement de la polémique sur le procès oral, et c'est seulement ainsi qu'il est possible d'établir si le procès oral constitue encore aujourd'hui un problème d'actualité, destiné à orienter les travaux à venir sur la réforme de notre procès civil.

III. LE PRINCIPE DU PROCÈS ORAL D'APRÈS CHIOVENDA

Dès les premières années de 1900, le défaut et les inconvénients de notre procès civil ont fait converger l'attention sur le problème de la réforme. Il s'ensuivit, un différend animé entre Chiovenda et Mortara qui rappelle le différend en Allemagne entre Adolf Wach et Otto Bähr.

⁶ *Per un nuovo processo civile. Sintesi delle risposte al questionario del Ministero di grazia e giustizia sulla riforma del Codice di procedura civile*, Milano 1968, p. 62 s.

⁷ Voir notamment M. Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano-New York 1971.

Ce différend servit définitivement à tracer les directives fondamentales pour la préparation du nouveau code. C'est pourquoi il pourrait être utile de relire ensemble les oeuvres de cette époque afin de fixer, au-delà des pointes polémiques, les raisons profondes du contraste idéologique entre les deux représentants de la science du procès pendant cette époque.

D'après l'avis de Chiovenda⁸ le procès italien n'était pas seulement compliqué, très long et conteux mais il était aussi „un vieil outil”⁹ qui n'était plus en ligne avec l'esprit de son temps. Par conséquent une réforme radicale s'imposait.

Dans ce but, sur le sillage de la doctrine élaborée au delà des Alpes et des législations allemande et autrichienne¹⁰, il proposa de se fonder sur l'idée du „procès oral”, interprété non pas comme un principe politique, mais certainement technique-juridique¹¹. Plus exactement, la locution „principe du procès oral” a été employée pour exprimer, par une formule simple, tout un ensemble d'idées et de caractères distincts quoique strictement unis entre eux.

Chiovenda analisa donc cette formule en mettant en évidence des propositions différents qu'elle contenait, en étudiant les rapports d'interdépendance qui existaient entre elles et en les reunissant, enfin, dans une construction unitaire.

Dans sa conception le „principe du procès oral” se présente, donc sous des aspects polyédriques.

1. Premièrement procès oral signifie „prédominance du mot comme moyen d'expression tempéré par des écrits regardant la préparation et la documentation”¹². En d'autres termes on établit généralement que les procès se déroulent oralement en audience¹³. „Le principe du procès oral ne peut pas se contenter d'une plaidoirie pendant l'audience [...] la plaidoirie suppose une instruction orale”¹⁴. „Dans tous les cas où il faut évaluer la crédibilité des déclarations de quelqu'un, que ce soit partie, témoin ou expert, il est certain que le contact direct et personnel de ceux-ci avec le juge met celui-ci à même de

⁸ Voir notamment G. Chiovenda, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, „Rivista diritto processuale civile” 1910 („Rheinische Zeitschrift” 1910 et „Saggi di diritto processuale civile” 1930, Roma, Soc. Foro italiano, p. 395 s.).

⁹ Chiovenda, *Principi...*, p. 396.

¹⁰ Voir infra, notamment § VI.

¹¹ Chiovenda, *Principi...*, p. 678.

¹² G. Chiovenda, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato della Commissione per il dopo guerra*, „Saggi di diritto processuale civile” 1931, p. 13.

¹³ Art. 1 projet Chiovenda, *Relazione...*, p. 114.

¹⁴ Chiovenda, *Principi...*, p. 681 et art. 32 ss. projet cit.

mieux apprécier la déposition"¹⁵. „Cependant, même dans les questions purement juridiques et dans celles où la matière regardant les faits résulte entièrement de documents, la discussion oral [...] peut aboutir à une conclusion plus rapide et probablement meilleure que la conclusion murie dans l'esprit du juge rien qu'à l'aide des pièces justificatives"¹⁶.

Toutefois le principe du procès oral n'exige point que les écrits soient forclus du procès. Les écrits y ont un rôle double, c-à-d. préparer le développement du procès et documenter ce qui se fasse dans l'audience. Mais il faut remarquer que „les écrits préparatoires du procès oral [...] à l'exception de l'écrit contenant la demande introductive ne sont que l'annonce judiciaire des déclarations qu'on fera dans l'audience [...] si une déclaration n'est pas faite ou rappelée oralement dans l'audience, on doit considérer qu'elle n'a pas été faite"¹⁷.

2. Deuxièmement, le procès oral doit être „entendu comme instantanéité de rapports entre le juge qui doit prononcer le jugement et les éléments dont il doit tirer sa conviction (personnes, objets, lieux)"¹⁸. En ce sens, on parle plus exactement de principe du rapport immédiat, en adhérissant, toutefois, que ce principe „est strictement uni avec le principe regardant le procès oral car il ne peut être pleinement et efficacement appliquer que dans le procès oral"¹⁹.

3. De deux principes précédents naît celui qui concerne l'immutabilité du juge, c-à-d. „l'identité des personnes physiques qui constituent le juge pendant le développement du procès [...]. Il est claire, en effet, que le procès oral comme le rapport immédiat ne sont pas possible si chaque acte du procès a lieu devant des personnes physiques qui varient de temps en temps"²⁰.

4. Pour l'application des principes susdits, à son tour, il est nécessaire la „concentration du développement du procès dans une période unique (débat) qui doit avoir lieu au cours d'une audience ou pendant quelques audiences rapprochées"²¹. Même „le principe de la concentration est la principale caractéristique du procès oral, et celui qui influe le plus sur l'usage d'abrégé les procès. Dire procès oral c'est autant que dire concentration"²².

¹⁵ Chiovenda, *Lo stato...*, p. 413.

¹⁶ *Ibidem*, p. 414.

¹⁷ Chiovenda, *Principi...*, p. 683.

¹⁸ G. Chiovenda, *Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (l'oralità e la prova)*, „Saggi di diritto processuale civile" 1930, p. 208.

¹⁹ Chiovenda, *Relazione...*, p. 30.

²⁰ *Ibidem*, p. 31.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*; Chiovenda, *Principi...*, p. 684.

5. Pour réaliser le procès oral et la concentration on exige encore que les jugements interlocutoires ne puissent être attaqués au moyen de l'appel, en ce sens que, sauf certaines exceptions, la décision de l'incident doit être attaquée avec celle du fond²³.

IV. LE PROCÈS ORAL PARTIEL ET FACULTATIF D'APRÈS MORTARA

Le „système“ complexe de Chiovenda, avec la distribution organique des différents aspects du „procès oral“, n'a exercé aucune séduction sur Mortara. Probablement sa propre vocation d'exécutif l'amena à négliger l'effort constructif de Chiovenda et à considérer le phénomène d'une façon pragmatique. C'est ainsi qu'il commença par mettre en garde contre les illusions faciles et le „bouleversement [...] extérieur“ de notre rite²⁴. Il mentionna, entre autres choses ce qui arrivait (et ce qui arrive actuellement) dans le jugement pénal par assignation directe qui reste le plus souvent oral. A ce propos, il écrivit: „Celui qui a de l'expérience à ce sujet, celui qui a l'occasion de lire les jugements rendus, consentira parfaitement à mon affirmation: ce sont des jugements auxquels il faut se fier, sans une base positive de contrôle [...]“²⁵. Il ajouta que le procès oral s'adapte mieux au procès qui a lieu devant le juge unique et qui suppose surtout „la possibilité de constituer le juge directeur du développement du procès, attribuer à un collègue une fonction pareille est presque absurde en Italie, si l'on n'imagine pas si entièrement changé et réformé l'usage du barreau jusqu'à ne plus reconnaître ni la coutume, ni les hommes qui le fréquentent“²⁶. Il s'aperçut que le développement du procédé contentieux en Italie ne permettait pas d'assurer l'identité du collègue pour chaque procès qui devait être traité oralement²⁷.

Par conséquent, Mortara était de l'avis qu'on devait garder „les structures fondamentales du procès civil, par des réformes précises et détaillées dans les règles de son fonctionnement“²⁸. Tout spécialement, il soutient la nécessité „d'augmenter“ l'oralité qui existait déjà dans le vieux procès²⁹ en donnant „une certaine mesure de procès oral“ à l'instruction³⁰. Pour limiter le phénomène de l'audition des témoins

²³ Chiovenda, *Relazione...*, p. 32.

²⁴ Mortara, *op. cit.*, p. 15.

²⁵ *Ibidem*, p. 18.

²⁶ *Ibidem*, p. 19.

²⁷ *Ibidem*, p. 21.

²⁸ *Ibidem*, p. 15.

²⁹ L. Mortara, *Discorso tenuto al Senato nella tornata del 24 novembre 1923*, „Atti parlamentari“ 1923, Senato del Regno, Discussioni, sessione, p. 5586.

³⁰ Mortara, *Per il nuovo codice...*, p. 21.

par l'entremise d'un juge délégué, il proposa donc que en audience du college on devait executer les actes d'instruction réservés à l'audience même d'après l'accord des parties ou par disposition de l'autorité judiciaire³¹. Afin de promouvoir la concentration du procès, il pensa qu'il était suffisant d'établir que le tribunal pouvait ordonner que la discussion dût avoir lieu immédiatement au moment même de l'instruction³². Pour éviter d'inutiles dispersion de temps³³ il proposa, enfin, que, vu l'exigence de chaque cas, le Tribunal pouvait consentir que les défenseurs renonçaient à la plaidoirie³⁴.

En d'autres termes, d'après Mortara, on n'aurait dû admettre, en général, la reconnaissance expresse du „principe regardant le procès oral". Certaines de ces règles que Chiovenda résumait dans la formule précitée (particulièrement le rapport immédiat et la concentration) méritaient, cependant, d'être accueillies, mais Mortara estima que leur application, dans le cas concret, devait être, de toute façon, soumise à l'opinion discrétionnaire du juge, si ce n'est, tout court, à l'accord des parties.

La discussion, selon l'usage de l'ancienne procédure, ne devait avoir, par principe, que la forme orale, mais, dans cette hypothèse, le juge avait le pouvoir d'en provoquer la non application sur la demande des parties.

La position de Mortara aboutit, en définitive, à la réception fragmentaire de quelques-unes des règles que Chiovenda réunissait dans son „système" relatif au procès oral. Cependant l'application de cette règle n'était point obligatoire, mais facultative, parce qu'elle était soumise à l'appréciation discrétionnaire du juge ou bien tout court, à l'accord des parties. Selon une formule synthétique, on pourrait parler de ce procès oral partiel et de toute façon „facultatif" contre lequel s'était déjà battu en Allemagne Wach³⁵.

V. PROCÈS ORAL ET PROCÈS ÉCRIT DANS LA PROCÉDURE EN VIGUER

Le problème concernant le „procès oral" constituera le *Leitmotiv* des successifs travaux de réforme dès qu'il s'est imposé à l'attention du

³¹ Art. 39, al. 1, project Mortara.

³² *Ibidem*, al. 2.

³³ L. Mortara, *Commento del codice e delle leggi di procedura civile*, t. III, Napoli, s. d., n. 362, pp. 414—415.

³⁴ Art. 38, al. 3, project Mortara.

³⁵ Wach, *Grundfragen und Reform des Civilprozesses*, Berlin 1914, p. 85 ss.

legislateur. Les projets qui se sont succédés³⁶ et le code de procédure civile du 1940 devront affronter, au préalable, ce sujet de rigueur et seront considérés, parfois sommairement, „oraux" ou „antioraux", sur la base de critères pas toujours identiques³⁷.

La vérité est que derrière les différentes positions transparaît une façon diverse de comprendre le „procès oral". Tous ceux qui sont d'accord sur l'idée de Chiovenda en le considérant un „système" fermé de *regulae iuris*, toute déviation constitua un greffage arbitraire d'éléments étrangers qui compromet le fonctionnement de la construction toute entière³⁸. Ceux qui, au contraire, considèrent la formule „procès oral" comme une ensamble de directives, qui auraient la tendance à être réalisées en un certain moment historique, ne peuvent nier qu'un certain nombre de ces aspirations ont été accueillies dans le nouveau code³⁹.

Mais le code n'est pas encore le nouveau procès civil. Les précaires conditions historiques pendant lesquelles la réforme fut lancée (le difficile retour à la normalité de la vie nationale après la guerre) et les habitudes du barreau enracinées, devaient sans doute réagir sur la première application du code. Il s'en est ensuivi toute une série d'adaptations pratiques. Par exemple, pendant l'instruction on continua l'usage de rédiger par écrit, surtout des raisons et des argumentation et de communiquer donc les pièces écrites. Devant le collège la discussion orale fini par se réduire à une pure formalité dépourvue de tout importance.

Aux adaptations des praticiens s'accompagna une vive réaction contre le même code⁴⁰. Il en est sorti la nouvelle de 1950⁴¹ qui

³⁶ Qui restent liés aux noms de F. Carnelutti (*Progetto del codice di procedura civile*, Padova 1926) de E. Redenti (Ministero di grazia e giustizia, *Lavori preparatori per la riforma del codice di procedura civile. Schema di progetto del libro primo*, Roma 1936) et, les deux derniers, au nom du garde de sceau A. Solmi (Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice di procedura civile, progetto per liminare e relazione*, Roma 1937 et 1939).

³⁷ Vis-à-vis de ceux qui parlaient de triomphe de l'apostolat de G. Chiovenda pour le „procès oral" (P. Calamandrei, *Giuseppe Chiovenda*, „Rivista diritto processuale civile" 1947, n° 1, p. 174), ne manquaient pas ceux qui étaient déçus, ceux qui étaient mécontents, ceux qui croyaient tout au plus à un procès oral „simulé", à un procès oral „par personne interposée" (A. Segni, *Intorno al nuovo procedimento civile*, „Jus" 1940, pp. 224—226).

³⁸ A. Segni, *Procedimento civile*, „Nuovo Digesto Italiano" 1939, p. 541.

³⁹ E. Allorio, *Verso il nuovo processo civile*, „Stato e diritto" 1940, maintenant: „Problemi di diritto" 1957, p. 403 s.

⁴⁰ Voir notamment Molinari, *Un'esperienza fallita (Il codice processuale civile 1942)*, „Rivista diritto processuale civile" 1946, n° 1, p. 165 s.

⁴¹ Loi 14 juillet 1950, n. 581 — cf. S. Satta, *Le nuove disposizioni sul processo*

a apporté de sensibles limitations au „procès oral”, ainsi que a été réalisé par le code. Il suffit rappeler qu'elle a legalisé souvent des usages du bareau, qui avaient été imposées toutefois par des exigences pratiques. Par exemple, d'après la loi de 1950 le juge peut autoriser des communications de pièces écrites en ajournant l'audience où aura lieu le développement⁴². Devant le juge d'instruction, le développement oral du procès c'est aujourd'hui encore la règle, tandis que le développement écrit est l'exception, parce qu'il exige une expresse autorisation du juge⁴³. Mais dans cette matière, le rapport réel entre la règle et l'exception n'est fixé par la loi, mais par l'usage du palais, qui a complété, en pratique, la dépréciation du développement oral de l'affaire.

Pendant les années cinquante, une fracture se produisit ainsi entre les praticiens et les théoriciens. Ces derniers — même si avec moins de force et conviction — se limitèrent le plus souvent à solliciter une „restauration” du code de 1942 et à répéter la vieille formule du principe de l'oralité comme la panacée de tous les maux de notre procès, en faisant endosser à la „myopie” de la classe du barreau toute responsabilité. Les praticiens qui avaient obtenu leur revanche avec la nouvelle de 1950 encore en vigueur, consolidèrent, par contre, leurs usages et complétèrent le processus de dévaluation des éléments d'oralité restant encore dans notre code⁴⁴.

Plus récemment, la polémique sur le procès oral a regagné, au contraire, d'actualité, surtout par connexité avec le nouveau procès du travail⁴⁵, lequel présente toute une série de caractères qui peuvent être ramenés à l'oralité. Mais, même ici il y a eu des adaptations pratiques; en outre les premiers résultats sur le caractère fonctionnel de ce procès ne semblent pas encourageants⁴⁶.

VI. CRITIQUE DU PROCÈS ORAL COMME PRINCIPE TECHNICO-JURIDIQUE

L'*excursus* que nous avons fait jusqu'ici, prouve que la polémique sur le procès oral ou écrit a accompagné l'histoire des réformes de notre procès civil; parfois elle l'a conditionné; en tout cas, elle a servi

civile, Padova 1951, p. 5 s.; V. Andrioli, *Le riforme del codice di procedura civile*, Napoli 1951.

⁴² Art. 480 nouveau texte.

⁴³ Art. 83 bis disp. act.

⁴⁴ N. Picardi, *Riflessioni critiche in tema di oralità e di scrittura*, „Rivista trimestrale diritto e procedura civile” 1973, p. 20 s.

⁴⁵ Loi 11 août 1973, n. 533.

⁴⁶ N. Piccardi, *Primi risultati di una ricerca sui tempi del processo del lavoro*, „Rivista trimestrale diritto e procedura civile” 1979, p. 279 et s.

de paramètre pour en mesurer les réalisations et les échecs. Nous avons appris à nous servir même de ces formules, à nous exprimer dans cette façon déterminée. Au moment où, même à cause du trouble accentué de la justice, on a repropoé le problème de la réforme du code de procédure civile, on a, dès lors, cru naturel de faire endosser à des courants traditionalistes la responsabilité de la non réalisation du „principe de l'oralité" et d'en proposer, donc, la „relance". D'ailleurs même hors de l'Italie, les législations les plus récentes continuent à se mouvoir, même aujourd'hui dans l'optique du procès oral⁴⁷, comme si ce n'était que là la seule „philosophie" possible d'une réforme du procès.

En repropoant à l'attention des hommes d'étude le sujet classique, on a récemment mis en évidence deux ames du principe de l'oralité.

Avant tout l'oralité mériterait d'être au centre des intérêts, de la critique et des projets de réforme dans ces pays, comme l'Italie, où „tout ce qui est à la base même de l'idée-symbole de l'oralité n'a pas encore été réalisé"⁴⁸.

Deuxièmement, on a mis en lumière une tendance évolutive du „principe de l'oralité" par rapport à la socialisation progressive du droit en général et du procès en particulier⁴⁹. Dans un tel tableau on a cru qu'oralité signifie dépassement d'une conception agnostique du procès. Oralité signifie que le juge ne se borne pas à une fonction de guide purement technique, mais qu'il doit assumer „un rôle actif et d'assistance vis-à-vis des parties, en discutant avec celles-ci la formulation la meilleure des demandes et des exceptions, en collaborant dans la recherche de la vérité, en coopérant en définitive afin que la partie qui a réellement raison gagne le procès"⁵⁰.

Mais les deux voies, à mon avis, ne paraissent pas destinées au succès.

Non certes celle du principe technico-juridique. En effet, on ne doit pas négliger que, du moins chez nous, nonobstant toutes les tentatives, il n'a pas été possible de réaliser un procès oral répondant à des exigences de justice et de bon fonctionnement.

Il serait simpliste d'imputer ces insuccès à la myopie de la classe du barreau. Probablement on s'est laissé transporter par des formules

⁴⁷ Voir notamment les rapports (P. Arens, N. Blok et W. L. Haardt, V. Denti, P. O. Ekelof, H. W. Fasching, T. Ionasco, Y. Lobin, L. Fernandez de Gamboa, L. Oppenheim, B. Poznic, J. Rodriguez, J. Stalev et E. Wengerek) au VIII Congrès International de droit comparé, Pescara 1970 — sur procédure écrit et procédure orale.

⁴⁸ M. Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano—New York 1971, p. 90.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 92 s., 97 s.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 93.

séduisantes, qui semblaient obéir à un idéal d'illuminisme et on a oublié l'expérience concrète de notre procès. (Au moins en Italie, les réformateurs ont en effet démontré une insuffisante sensibilité aux aspects sociologiques du phénomène judiciaire⁵¹ et seulement ces dernières années une telle orientation tende à se corriger⁵²).

En second lieu l'interdépendance et l'enchaînement des différentes règles qui sont comprises dans le soi-disant principe d'oralité ne paraissent pas toujours évidentes.

Songez, par exemple, aux rapports entre oralité et concentration. Chiovenda écrit: „le principe de la concentration est la caractéristique principale du procès oral et celle qui influe davantage sur l'abrègement des litiges. Dire oralité c'est dire concentration"⁵³. Mais il est singulier que ces mêmes exigences de rapidité et de concentration constituent justement les motifs inspirateurs des lois impériales de Ratisbonne (dans ce document, remontant à 1507, il est écrit qu'il faut clouer le bec aux avocats ennuyés et increvables, qui avec leurs discours „font perdre beaucoup de temps et traînent les choses en longueur" (II) et on ajoute que les avoués doivent présenter toutes leurs requêtes, mémoires et conclusions par écrit (V)⁵⁴ et de Spire („dans les discussion on relève des invectives reciproques inutiles, souvent interminables, qui font perdre du temps" il est dit dans la loi impériale de Spire qui remonte à 1600)⁵⁵, lesquels ont en son temps remplacé en Allemagne le procès oral par le procès écrit. Du reste, parmi les partisans les plus récents du procès oral, il y a eu ceux qui, dans des cas déterminés, ont reconnu que l'application du principe de l'oralité pourrait provoquer jusqu'à la décélération. L'introduction d'un système rigide de forclusions pour atteindre la concentration de la cause, déterminerait, en effet, les parties à proposer toutes les exceptions et déductions possibles même par mesure éventuelle et de précaution (*Eventualmaxime*) avec un prolongement des temps du procès. Certaines institutions typiques du procès écrit sont, par contre, susceptibles de favoriser l'accélération du procès⁵⁶. Présenter la con-

⁵¹ V. Denti, *L'oralità nelle riforme del processo civile*, „Rivista diritto processuale civile" 1970, p. 437.

⁵² Voir notamment R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari 1972.

⁵³ Chiovenda, *Principi...*, p. 681.

⁵⁴ *Kammergerichtsordnung im Regensburger Reichsabschied*, [en:] Kock, *Neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede*, t. I, Frankfurt am Main 1947, p. 119.

⁵⁵ *Speyer Reichsdeputationsabschied*, [en:] Kock, *op. cit.*, p. 471.

⁵⁶ P. Arens, *Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess*, Berlin 1971, p. 25.

centration et l'abrègement des litiges comme une variable de l'oralité sous-entend, probablement, des équivoques qui mériteraient d'être mis en évidence. En particulier, on ne peut dire que l'abrègement des litiges puisse être obtenu seulement à travers un procès oral. Prenez par exemple l'arbitrage. Le code et la pratique n'ont certainement pas donné à ce procès les caractères de l'oralité, cependant il est choisi justement parce qu'il est plus rapide. En outre, de graves perplexités naissent de l'opinion courante selon laquelle la concentration du développement de l'affaire dans une audience ou en peu d'audiences rapprochées puisse servir, effectivement et dans tous les cas, à accélérer le procès. Songez à la justice administrative. Devant ces juges, l'affaire est traitée, en principe, au cours d'une audience unique, mais les temps, au moins en Italie, ne sont certainement pas plus courts que ceux du procès civil. A la base de la conviction que le procès oral comporte sans autre la célébrité du procès se cache probablement l'équivoque de considérer seulement les débats oraux vrais et propres et non pas la phase préparatoire qui est souvent de longue durée. Feuerbach⁵⁷ dit d'avoir trouvé à Zweibrücken en 1821, un procès qui avait été commencé en 1817 relatif à la location d'un four et qui n'a été résolu jusqu'à ce qu'on n'arriva aux débats oraux. Mais, à quoi sert que dans ces cas les débats oraux se terminent dans une matinée si, pour les préparer on a mis quatre ans de temps.

En vérité, celui qui tente de procéder avec moins d'abstrait possible a l'impression que l'accélération du procès n'est pas liée indissolublement à la concentration et à l'oralité et qu'elle ne représente pas une valeur univoque. Il s'agit plutôt du reflet d'une dimension particulière du temps dans le procès et dans cette perspective, peut-être, on peut reconsidérer critiquement les récentes et intéressantes tentatives d'accélération du procès⁵⁸.

Mais, pas même les rapports entre oralité et rapport immédiat ne sont clairs. Chiovenda considérait nécessairement liées l'oralité, l'instantanéité et la libre conviction du juge. Par contre, on a relevé que les concepts d'oralité et rapport immédiat doivent être tenus distincts car on peut abstraitement se représenter tant un procès oral-médiat (*mündlich-mittelbare Verhandlung*) qu'un procès écrit-immédiat (*schriftlich-unmittelbar*)⁵⁹. Il s'agit de ce dernier chaque fois le procès se

⁵⁷ Feuerbach, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, t. II, Giessen 1821, p. 318.

⁵⁸ Voir notamment W. Grunsky, *L'acceleramento del processo civile tedesco (Studi ed esperienze pratiche)*, „Annali Fac. Giurisprudenza Università di Perugia” 1976, Nuova Serie, n° 5, p. 99 s.

⁵⁹ H. G. Kipp, *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip*, Köln—Berlin 1952, p. 65.

déroule directement et en entier (y compris l'administration des preuves) devant le juge qui rend le jugement (en ce sens on parle d'instantanéité, mais avec la limitation que seulement les déductions transcrites dans les procès-verbaux peuvent être prises comme base de la décision (en ce sens on parle d'écriture). On peut également se figurer un procès oral-médiat chaque fois que dans le cadre d'une procès oral, pour atteindre la concentration et éviter ainsi que le procès se dilue dans de temps trop longs, certaines preuves sont produites devant un juge intermédiaire (*Zwischenrichter*), c-à-d. un juge qui n'interviendra pas dans la décision du litige (dans ce sens on parle de procès médiat). D'autre part un type particulier de procès médiat est, assurément le jugement en deuxième instance, dans lequel le magistrat examine de nouveau la question et contrôle les actes accompli par le premier juge sur la base des procès-verbaux.

En substance, quatre combinaisons peuvent se présenter: procès oral-immédiat, procès oral-médiat, procès écrit-immédiat, procès écrit-médiat.

La vérité est qu'il ne paraît point suffisant d'affirmer que le fait ne doit passer „à travers la subjectivité d'un juge intermédiaire"⁶⁰. Le problème de fond n'est pas celui de construire un „système" cohérent et de faire entrer la libre conviction du juge. Il s'agit plutôt d'éclaircir qu'est-ce qu'on doit entendre par „libre" conviction du juge.

Si les observations que nous avons faites jusqu'ici sont à partager, il s'ensuit que la cohérence intérieure du „système" en examen est compromise et, par conséquent, il n'est pas possible de „relancer" l'oralité *sub specie* de principe technico-juridique.

VII. CRITIQUE DU PROCÈS ORAL COMME PRINCIPE POLITIQUE

Séduisante sans doute paraît la plus récente approche, qui a été théorisée en Italie par Cappelletti⁶¹, de proposer de nouveau le sujet de l'oralité, en le déplaçant du plan de la construction, ou mieux de la technique juridique, sur un terrain plus adhérent aux dimensions sociales et politiques du phénomène du procès. Mais à mon avis, pas même un tel déplacement ne suffit pour „vitaliser" la formule en examen.

⁶⁰ Pour cette expression voir Hegler, *Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in Prozess*, t. I, Tübingen 1913, p. 192.

⁶¹ Cappelletti, *loc. cit.*; idem, *L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà*, „Politica del diritto" 1972, p. 31 s. Voir aussi A. Proto Pisani, *Il processo civile di cognizione a trent'anni del codice (un bilancio e una proposta)*, „Rivista diritto processuale civile" 1972, p. 35 s.

Premièrement, il faut remarquer qu'il est au moins équivoque d'attribuer à un même formule des significations divergentes, ou même en contraste. Il suffit de rappeler que, sur le plan des choix politiques, le principe de l'oralité, historiquement lié, plus ou moins directement, avec l'idéologie de la révolution française, a été théorisé, d'abord, par le juriste et philosophe libéral Anselm Feuerbach qui l'a relié à l'exigence de rendre publiques les procédures judiciaires⁶². La publicité et par conséquent l'oralité des procès (pénaux et civils) devint ainsi un programme politique que l'Assemblée Nationale Allemande reçut dans l'art. 45 de la loi sur les droits fondamentaux du 28 décembre 1848 et qui successivement fut transfusé dans l'art. 178 de la Constitution impériale allemande de 1849⁶³. Mais encore plus significatif est le fait que le principe d'oralité représenta le fil conducteur des travaux pour la réforme du procès civil en Allemagne, de l'*Allgemeine bürgerliche Prozessordnung* pour le Royaume d'Hannover de 1850 au *Civilprozessordnung* pour l'Empire Germanique de 1871, travaux qui ont eu, comme chacun sait, pour leur grand inspirateur Otto Leonhardt⁶⁴ et ont amené à la formation d'un modèle classique de procès civil d'école libérale. On peut, donc, affirmer en toute tranquillité que l'oralité et la publicité, au point de vue historique, représentent les pivots de la conception libérale du procès.

Il est toutefois bien connu que le déplacement de perspective, le passage de la position libérale à celle sociale du procès a, par contre, ses origines dans l'oeuvre de Klein⁶⁵. Celui-ci d'une part tenait compte du modèle de la ZPO allemande et se borna à en corriger, du point de vue purement technique, les excès, et de l'autre part, commença à s'éloigner de la position libérale du procès en introduisant dans l'ordonnance procédurale autrichienne — bien que d'une manière encore embryonnaire — des idées sur le „soziale Bedeutung des Prozesses“; considéré comme „Massenerscheinung“ et comme „Wohlfahrts-einrichtung“, idées destinées à être développées dans les pays

⁶² Cf. Feuerbach, *op. cit.*, t. I, introduction; G. I. Mittermaier, *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozessgesetzgebung*, t. II, Bonn 1821, p. 103 ss. Aussi Leonhard assure: „Sie nahmen an, dass eine politische Notwendigkeit sei, den Grundsatz der Mündlichkeit der Civilprozessordnung zugrunde zu legen“ — en: Hann, *Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung*, Berlin 1880, p. 1292 (Leonhardt, *Zur Reform des Civilprozesses in Deutschland*, Hannover 1865).

⁶³ Arens, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁴ Voir supra, note 62.

⁶⁵ F. Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses*, Wien 1900, pp. 31 s., 123 s.

socialistes. Aujourd'hui on a coutume d'affirmer que l'oralité représente le principe fondamental ou du moins un des principes fondamentaux du procès civil des états socialistes⁶⁶, la preuve en est qu'il est inclus même parmi les principes constitutionnels de la République populaire de Tchécoslovaquie⁶⁷.

A mon avis, une même idée ne peut, toutefois, représenter le pivot de deux conceptions différentes du procès (celle libérale et celle socialiste) à moins que cette idée ne se résolve en un principe technique lequel, en tant que tel, puisse constituer un simple instrument pour atteindre des buts différents.

Des considérations faites jusqu'ici il découle, d'autre part, que, justement sur le plan technico-juridique, le soi-disant principe d'oralité se révèle dépassé et montre une étiquette approximative et point satisfaisante.

Cette objection à part, que je considère déjà absorbante, notre rencontre pourrait être utile pour confronter nos expériences respectives et pour établir ensemble si réellement l'oralité est inséparablement liée aux caractéristiques propres au procès socialiste. On sait que, dans les États socialistes, un des caractères saillant du procès est représenté sans doute par le „rôle actif et d'assistance du juge”⁶⁸ qui se réfléchi sur la „direction matérielle du procès” et qui a pour but de garantir l'égalité „substantielle” des parties. Selon les collègues experts de procédure des pays à l'est de l'Europe que j'ai pu consulter, un tel „rôle actif” du Tribunal serait garanti seulement dans le cadre d'un procès oral⁶⁹. Mais ce sont ces mêmes hommes d'étude qui nous suggèrent des idées qui, à mon avis, semblent décomposer la faible trame de la coordination proposée. En effet, on reconnaît que chez les barreaux se manifeste une tendance marquée à transformer la procédure

⁶⁶ M. A. Gurvic, *Profili generali del processo civile sovietico*, „Ricerche sul processo”, t. I, *Il processo civile sovietico a cura di N. Picardi e A. Giuliani*, Padova 1976, p. 13.

⁶⁷ Art. 103, al. 2 — Constitution du 11 juillet 1960.

⁶⁸ Art. 14 du code de procédure civile de la R.S.F.S.R. du 1 octobre 1964; art. 3, al. 2 et art. 5 du code polonais; art. 3, al. 1 et 2 du code hongrois; art. 129 et art. 130 du code roumain; art. 4 du code bulgare.

⁶⁹ B. Poznic, *Procédure écrite et procédure orale*, rapport yougoslave au VIII Congrès Internationale de droit comparé, Pescare 1970, p. 78; J. Stalev, *Written and Oral Procedure in the People's Republic of Bulgaria*, *ibidem*, en résumé, p. 7; T. Ionasco, *Procédurale orale et procédure écrite dans le procès civil en Roumanie*, *ibidem* (Institut de recherches juridiques de l'Académie des sciences sociales et politiques de la République socialiste de Roumanie, 1970, n. 109 s.). Voir aussi E. Wengerek, *Procédure écrite et procédure orale*, *ibidem* (Comité des sciences juridiques de l'Académie polonaise des sciences, Varsovie 1970, n. 270).

orale en procédure écrite⁷⁰. Si je ne me trompe d'une part, en Pologne et en Bulgarie, les parties, avec l'accord du Tribunal, se limitent à déposer des mémoires écrits et à se rapporter aux pièces écrites: „je conclus et j'allègue comme dans la pièce écrite déposée"⁷¹. D'autre part, en Yougoslavie, si l'affaire présente des aspects nouveaux ou problématiques, les cours ont recours même à leurs pouvoirs d'initiative pour suspendre l'audience et requérir une procédure écrite⁷².

La vérité est que le „rôle actif et d'assistance du juge" trouve dans l'audience orale les conditions idéales pour se déployer alors que l'affaire non seulement requiert une résolution au moyen de seuls éléments de fait, mais encore que cette solution est rapide et facile. Chaque fois que la décision du différend implique, au contraire, des aspects problématiques, la fonction même d'assistance du juge le pousse à requérir une procédure par écrit⁷³. Il s'ensuit que le support du „rôle actif" du juge ne serait pas l'oralité tout court, mais, au contraire, l'oralité facultative que nous avons décrite ci-dessus⁷⁴ c-à-d., une oralité ne différant beaucoup en définitive de l'oralité qui est appliquée en Italie.

Parmi les autres caractéristiques du procès civil des pays socialistes, on doit en outre prendre en considération la participation des assesseurs populaires aux collèges de juges⁷⁵, le caractère non obligatoire de l'assistance technique d'un avocat⁷⁶, le lecture du jugement, sauf les cas exceptionnels, en audience à l'issue des débats⁷⁷. Il s'agit évidemment de dispositions énoncées dans le but de réduire le technicité et le formalisme du procès. Toutes ces règles trouvent — d'après l'opinion courante⁷⁸ — leur fondement toujours sur le principe d'oralité. Mais cette position est probablement elle-aussi trop abstraite. Au point

⁷⁰ Poznic, *op. cit.*, p. 84 ss.; Wengerek, *op. cit.*, pp. 268—269 et 276; Stalev, *op. cit.*, p. 7, note 3.

⁷¹ Wengerek, *op. cit.*, p. 269; Stalev, *op. cit.*, p. 7, note 3.

⁷² Poznic, *op. cit.*, p. 85.

⁷³ Wengerek, *op. cit.*, p. 276. Aussi Poznic (*op. cit.*, p. 85) doit reconnaître que „cette direction de la procédure s'impose comme rationnelle, mais elle signifie qu'une bonne partie du matériel procédural est exposé par écrit, avec la simple déclaration de la partie qu'elle s'en tient aux affirmations contenues dans son acte écrit".

⁷⁴ Voir supra, § IV.

⁷⁵ Art. 8 des Principes fondamentaux de la procédure civile de l'U.R.S.S. et art. 47 du code de procédure civile polonais.

⁷⁶ Art. 16 du code de procédure civile de R.S.F.S.R. et art. 5 du code polonais.

⁷⁷ Voir art. 190 du code de la R.S.F.S.R.; art. 326 du code polonais; art. 232, 249, 300 et 324 du code de la Yougoslavie.

⁷⁸ Wengerek, *op. cit.*, pp. 266 et 268; Ionasco, *op. cit.*, pp. 114 et 121; Poznic, *op. cit.*, pp. 78, 80, 85.

de vue historique, l'expérience rhénaine me paraît significative. A la fin du XIX^{ème} siècle, l'introduction du procès oral, tel qu'il était prévu par la version originale de la ZPO allemande, a coïncidé en Rhénanie avec l'accroissement du nombre des procès à cause de l'industrialisation. Il en résulta, comme chacun sait, de graves inconvénients. En particulier, une très grande importance fut attribuée à l'audience et à la discussion orale. Certains avocats, doués d'habileté oratoire particulière, jouirent d'une grande popularité et, par conséquent, ils finirent par monopoliser de fait la plupart du travail judiciaire. Avec le résultat de prolonger considérablement les temps du procès⁷⁹. Par ailleurs, Wańkowski⁸⁰, un expert de procédure polonais de la génération précédente, faisait remarquer que la forme orale suppose souvent le don de la parole et les parties qui n'en sont pas douées sont obligées à avoir recours à l'assistance d'un avocat. En outre, par rapport à l'expérience yougoslave, on a précisé⁸¹ que, dans la pratique, les tribunaux, en appliquant une disposition prévue uniquement pour les procès complexes, dans la plupart des cas ont coutume d'ajourner la décision, abstraction faite de la difficulté de l'affaire. En définitive, à mon avis, les caractéristiques essentielles d'un procès civil socialiste ne semblent pas être forcément liées au vieux principe libéral du procès oral et public.

VIII. CONCLUSIONS PARTIELLES: LA DEVALUATION DU PRINCIPE D'ORALITE

En essayant finalement de conclure sur ce sujet, il sera peut-être utile de chercher à faire une comparaison entre le procès polonais et celui italien. Veuillez bien excuser d'avance pour les inexactitudes que certainement je commettrai et je vous prie de me corriger. A la lumière des lectures que j'ai faites je pense que nous pourrions, en tous cas, fixer les points suivants.

1. En Pologne, comme en Italie, le principe d'oralité a été le thème principal des travaux de réforme qui, dans la première moitié de notre siècle, ont précédé la promulgation du code polonais qui est entré en vigueur en 1933 et du code italien qui est entré en vigueur en 1942. Kipp⁸², connu comme critique de l'oralité, a estimé que le code polonais, bien qu'inspiré de l'ordonnance procédurale autrichienne, montre une

⁷⁹ H. Huffman, *Geschichte der rheinischen Rechtsanwaltschaft*, Köln—Wien 1969, p. 144 s.

⁸⁰ E. Wańkowski, *System procesu cywilnego. Wstęp teoretyczny*, Wilno 1932, p. 141 s.

⁸¹ Poznic, *op. cit.*, p. 85.

⁸² Kipp, *op. cit.*, p. 144.

tendance marquée vers l'abandon du principe de l'oralité par rapport au modèle autrichien. Un tel diagnostic a été jugé exact par le regretté Prof. Wengerek. En Italie, comme nous l'avons vu, la réalisation de l'oralité a été partielle et combattue.

2. Après la seconde guerre mondiale, dans les deux pays, le discours sur la réforme du procès a recommencé toujours au sujet de l'oralité et de l'écriture, mais avec moins de conviction („bien que les énonciations à ce sujet — écrit Wengerek⁸³ — fussent bien moins nombreuses que pendant les travaux préparatoires du code précédent"). Il en est suivi, en Pologne, la promulgation d'un nouveau code qui est entré en vigueur en 1965 (un des modèles plus détaillés et élaborés de législation socialiste du procès dont nous avons préparé, avec la collaboration de notre ami Prof. Broniewicz, l'édition italienne), en Italie, la promulgation de certaines lois partielles qui, comme nous l'avons vu, ne sont pas orientées dans le même sens.

3. Dans tous les deux pays, toutefois, des réactions remarquables se sont manifestées contre l'oralité. Wengerek (p. 276) écrit d'un style incisif: „l'application de ce principe rencontre de fortes résistances chez les praticiens qui abusent de la procédure écrite laquelle, selon les intentions du législateur et de la doctrine, doit avoir un rôle servant par rapport à l'oralité. Ces résistances ne découlent pas seulement de l'opportunisme des juges, mais aussi de la sous-estimation de la valeur et de l'opportunité du principe de l'oralité".

A mon avis, deux aspects importants émergent de cette comparaison: d'un côté, une certaine fatigue qui se manifeste dans la doctrine répétant la vieille formule du principe de l'oralité et, de l'autre, les résistances tenaces des opérateurs praticiens du procès contre cette idée. Probablement les juges — qu'ils appartiennent à un État socialiste ou bourgeois — éprouvent la crainte que leurs jugements puissent être le fruit d'une expression du sentiment plutôt que de la réflexion⁸⁵. On justifie, alors, la recherche épuisante de tempéraments et d'adaptations. Dans une matière délicate et complexe, telle que d'ordinaire l'affaire civile, ces „déviations" du procès oral finissent, souvent, par permettre au juge d'examiner paisiblement le différend, de pénétrer progressivement tous les aspects du litige et de rendre, enfin, une jugement après une réflexion suffisante.

Nous n'aurions donc pas à sous-estimer les résistances des opérateurs du procès. C'est plutôt la doctrine qui devrait s'assumer la responsabilité de n'avoir pas su indiquer de nouvelles perspectives et

⁸³ Wengerek, *op. cit.*, p. 260, 265.

⁸⁴ *Ricerche sul processo 3 — Il processo civile polacco*, Rimini 1981.

⁸⁵ Poznic, *op. cit.*, p. 79.

d'avoir tâché de décharger les échecs du procès oral sur une prétendue „myopie” et „viscosité” de la classe du barreau. La vérité est que nous nous sommes limités à travailler sur une vieille formule du XIX^{ème} siècle laquelle avait été utilisée en son temps pour esquisser un modèle idéal de procès, justement public et oral mais qui aujourd'hui — après une analyse un peu plus pénétrante apparaît comme une définition approximative, employée pour revêtir de sévérité des aspirations opposées et des idées discordantes. Oralité et écriture ne sauraient plus constituer les idées directrices en vue d'une réforme de la procédure civile: le vieux dilemme cache désormais une série d'équivoques tant au point de vue technique qu'à celui idéologique.

À LA RECHERCHE DU PROCÈS ÉQUITABLE

IX A LA RECHERCHE DU PROCES EQUITABLE

Critiquer est certainement plus facile que reconstruire, surtout en ce qui concerne notre sujet sur lequel il ne s'est pas encore formé, au moins en Italie, un système de connaissances nouveau et cohérent. D'ailleurs, cette tâche a été confiée principalement à mon ami le Prof. Tarzia (voir p. 99). De ma part, je me limiterai donc à esquisser quelques lignes qui, peut-être, pourraient porter à une position différente.

En d'autres termes, je chercherai à proposer seulement une hypothèse de travail: de remplacer le concept de procès oral par celui de procès équitable.

Après l'expérience traumatisante de la deuxième guerre mondiale, on a senti la nécessité, comme chacun sait, de consacrer une série de droits fondamentaux non seulement au niveau de loi ordinaire, mais aussi à travers son introduction dans la Constitution, ou bien dans les conventions internationales. Dans ce contexte, l'art. 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 décembre 1950⁸⁶ a énoncé

⁸⁶ „Toute personne — selon l'art. 6, al. 1 — a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bienfondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans le circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice”.

le principe du procès équitable, qui a été ensuite confirmé, même dans un domaine plus vaste que celui européen, par l'art. 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques approuvé par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 16 décembre 1966⁸⁷.

Ces dispositions ont ouvert une problématique nouvelle et fascinante en introduisant les principes du procès, tant civil que pénal, parmi les droits fondamentaux de la personne humaine. Il faut, toutefois, rendre concret le procès équitable pour éviter de remplacer le procès oral par une formule également imprécise et insignifiante.

Dans un tel cadre, les apports les plus importants ont été donnés jusqu'à présent par les praticiens. À la suite de sa ratification par un certain nombre d'États, la Convention européenne, comme chacun sait, est entrée en vigueur depuis longtemps et, depuis vingt ans environ, sont entrées en fonctions la Commission Européenne des droits de l'homme et la Cour Européenne des droits de l'homme qui sont des organismes ayant pour but d'établir les violations des „droits humains” à l'intérieur des États membres et à leur répression, même au moyen de l'attribution d'une „équitable satisfaction à la partie lésée”⁸⁸. C'est justement en examinant la jurisprudence européenne que l'on saisit l'efforce de dégager certains principes d'ordre général pour définir la notion de procès équitable que la Convention ne précise pas⁸⁹. On a ainsi défini la formule de procès équitable comme la résultante d'une série de garanties. Quelques unes sont expressément énoncées dans la lettre même de l'art. 6: songez aux concepts de publicité du procès, de durée raisonnable du procès, d'indépendance, d'impartialité et de constitution préalable du juge⁹⁰. D'autres garanties sont, par contre,

⁸⁷ „Tous sont égaux — dit l'art. 14 n. 1 — devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bienfondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes moeurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire, lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civil sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants”.

⁸⁸ Art. 50 de la Convention européenne.

⁸⁹ M. de Salvia, *Procès équitable et égalité des armes etc.*, [en:] *L'eguaglianza delle armi nel processo civile*, „Studi Parmensi” 1977, p. 36.

⁹⁰ M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Milano 1976.

tirées par déduction. Parmi ces dernières assume une importance particulière le principe de l'égalité des armes sur lequel insiste la jurisprudence de la Commission européenne⁹¹.

C'est-là, à mon avis, l'apport où aboutit de la jurisprudence théorique. Ce principe de l'égalité des armes ou, si vous le préférez, du principe du contradictoire, peut constituer le noyau central sur lequel on peut bâtir le nouveau concept de procès équitable. Il faudra toutefois éclaircir d'abord ce qu'on entend par principe du contradictoire et coordonner ensuite ce principe avec les autres caractéristiques concourant à former le procès équitable. Je limiterai mon exposé à une aperçu sur le premier.

X. LES DIFFÉRENTES SIGNIFICATIONS DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

Au cours d'un siècle, différentes sont les significations que le contradictoire a assumé et diverses sont ses répercussions sur la façon de reconstruire le procès. Il y a lieu de rappeler que nos juristes du XIX^{ème} siècle, aussi bien français⁹² qu'italiens⁹³, avaient coutume de répéter que la contradiction trouve son fondement dans un „principe de raison naturelle“, le rattachaient à la nature des choses et le considéraient, par conséquent, „immanent“ au procès même. Il suffit de mentionner, pour tous, le Rapport Pisanelli sur le projet du code de procédure civile de 1863⁹⁴. Il y a eu même qui⁹⁵ a cité Seneca qui avait écrit: „qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus fuerit“⁹⁶.

Ensuite, par rapport plus ou moins direct avec le développement de la conception positiviste du droit, on constatait par ailleurs l'épuisement de la fonction axiologique du principe du contradictoire. Mortara écrivait: „Je manquerais au sérieux d'un exposé de principes scientifiques si je me permettais de répéter les phrases habituelles [...] sur

⁹¹ *Ibidem*, p. 189. Voir aussi F. Pocar, *Uguaglianza delle armi nel processo equo*, [en:] *L'eguaglianza...*, p. 321 s.

⁹² R. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile*, Evreux 1857, p. 12 s.

⁹³ G. Pisanelli, *Relazione del Governo sul progetto del Codice di procedura civile al Senato del Regno del 26 novembre 1863*, [en:] Gianzana, *Codice di procedura civile proceduto dalle relazioni etc.*, t. IV, Torino 1889, n. 38, p. 21; M. Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale*, t. I, Torino 1864, p. 4.

⁹⁴ „Un principio di ordine naturale — il dit — insegna che i giudizi devono procedere in contraddittorio delle parti interessate“.

⁹⁵ Saredo, *Istituzioni di procedura civile*, t. I, Firenze 1873, p. 13 s.

⁹⁶ Seneca, *Medea*, II, 199—200.

le principe de raison naturelle indiquant la nécessité de la contradiction⁹⁷.

Puis, dans une seconde phase, se fit plus concrète une acception différente du concept en examen. On a continué, en vérité, à parler de „principe du contradictoire”, mais cette formule avait désormais perdu son rapport originaire avec les *natürliche Rechtsgrundsätze* et, par conséquent, sa portée éthico-idéologique.

Le mot „principe”, dans cette phrase ne sert plus à indiquer une entité préexistant aux règles de procédure de laquelle ces dernières devraient s'inspirer ou, si vous le préférez, une exigence „endo-procédurale”, mais bien le résultat d'un procédé d'abstraction, de différenciation et de généralisation par rapport aux différentes règles particulières et aux autres éléments compris dans le système. Dans ces conditions, il s'est rendu inévitable que la contradiction, peu à peu, fût déclassée au rang de catégorie secondaire jusqu'à perdre toute liaison avec l'essence du phénomène du procès. Mais, prise sous cette différente signification, la contradiction ne peut pas constituer le noyau du „procès équitable”.

XI. LA DÉVALUATION DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

Pour saisir pleinement un tel changement de perspective, il sera utile de rappeler que dans le premier après-guerre, sous l'influence de la théorie normative du droit, la reconstruction du procès (*Prozess*) finit par prévaloir *sub specie* d'un procédé (*Verfahren*). Chacun sait que l'application d'une telle notion a rendu possible une reconstruction plus rigoureuse de la réglementation du procès et, notamment, une étude plus attentive de l'acte de procédure. D'autre part, dans le cadre de cette conception, la contradiction est restée dans un certain sens en marge du phénomène du procès.

A ce sujet, la pensée de Merkl⁹⁸ paraît emblématique. La doctrine traditionnelle, à cette époque-là, identifiait le procès avec la procédure juridictionnelle. Le maître viennois observa qu'une telle assimilation a une justification historique. En effet, les racines du procès plongent dans le domaine juridictionnel et le procès a été élaboré techniquement par rapport à la juridiction. Au point de vue de la théorie générale, cette identification ne saurait, toutefois, être soutenue, car le procès, par nature, peut se trouver chez toutes les fonctions de l'état, et une telle possibilité devient de jour en jour plus actuelle⁹⁹.

⁹⁷ Mortara, *Commentario...*, t. III, n. 211, p. 234.

⁹⁸ Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien—Berlin 1927, p. 213 s.

⁹⁹ Merkl, *loc. cit.*

En définitive, on ne saurait méconnaître que, à côté de le procédé juridictionnel, il existe d'autres types de procès, tels que le procédé administratif et le procédé législatif.

Une fois déplacé sur le plan de la théorie générale¹⁰⁰ et à la lumière de la *Stufentheorie*, Merkl définit le procès comme „le chemin — juridiquement conditionné [...] à travers lequel une manifestation juridique de niveau supérieur (*Rechtsscheinung höherer Stufe*) produit une manifestation juridique de niveau inférieur (*Rechtsscheinung niedrigerer Stufe*)”¹⁰¹.

Par conséquent, le droit du procès serait constitué par „tous ces éléments du système juridique général réglant la voie de production d'actes juridiques”¹⁰².

En définitive, à travers cette construction on est arrivé à proposer une reconstruction du procès administratif à l'instar du procès juridictionnel. Le même Merkl a écrit que le motif politique-législatif qui le poussait était constitué par l'intention d'attribuer aux citoyens qui s'adressent à l'autorité administrative „les mêmes garanties de droit [...] offertes par le droit du procès juridictionnel”¹⁰³.

Les prémisses d'où partait Merkl et les définitions qui s'ensuivent se rattachent explicitement à la théorie hiérarchique du droit et trouvent, en elle-même ses limites. Toutefois, le fait d'identifier le procédé avec le procès et de faire entrer dans une catégorie unique, aussi bien le procédé juridictionnel que le procédé administratif représenta un résultat fondamental, même pour ceux qui n'ont pas adhéré à la *Stufentheorie*. Mais une telle disposition, si d'une part devait évidemment servir à greffer sur le procédé administratif les garanties propres à la procédure juridictionnelle, d'autre part elle finissait par dévaluer les caractères qui ne sont pas communes aux deux types de procédé. On faisait allusion à la contradiction qui, tandis qu'elle est présente dans le procédé juridictionnel, n'entre pas, en principe, dans le procédé administratif. En effet, ceux qui se placent du point de vue de le procédé finissent par saisir l'essence du phénomène du procès dans l'*iter* procédural, c-à-d. dans la série d'activités qui se suivent selon une succession régulière¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Voir aussi Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, p. 7; Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3 éd., Milano 1951, p. 357; Schima, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, „Rivista trimestrale diritto e procedura civile” 1953, pp. 762 s., 768 s.

¹⁰¹ Merkl, *op. cit.*, p. 214. Voir aussi Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1952, p. 201.

¹⁰² Merkl, *op. cit.*, p. 211.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 216.

¹⁰⁴ Sandulli, *op. cit.*, p. 5.

Dans cette optique, ce n'est qu'un „accident" le fait que l'*iter* susdit se déploie, dans certains cas, contradictoirement à l'égard des destinataires de la décision et qu'il prenne, dès lors, une structure plus complexe.

En effet, la différente position des thèmes du contradictoire contribue probablement à placer dans la perspective appropriée les positions plus influentes des années trente. On se réfère à l'affirmation d'après laquelle le principe du contradictoire est „un moyen du procès non pas une fin", c'est pourquoi „le défaut de contradiction peut compromettre, mais il ne compromet en tout cas le but du procès; la contradiction est un moyen utile du procès quand il y a des raisons pour contredire, s'il n'y en a pas, elle est une entrave"¹⁰⁵; ou bien on se réfère à l'affirmation d'après laquelle „l'absence effective de contradiction n'est point en contraste logique avec le but du procès, parce qu'on peut obtenir l'application de la loi, à travers une décision juste, même sans la coopération des parties"¹⁰⁶.

A ce point, on ne saurait nier qu'on a complètement renversé la position classique.

Mais le dernier acte de ce processus de dévaluation du principe du contradictoire est constitué par le projet qui a été élaboré en Allemagne vers la fin des années trente et qui visait jusqu'à abolir la contradiction dans le procès civil, en faisant absorber le „procès de parties" par le procédé de juridiction volontaire¹⁰⁷.

XII. LA RÉÉVALUATION DU CONTRADICTOIRE ET LE PROCÈS ÉQUITABLE

Dans la phase la plus récente de la science du procès on ressent, d'ailleurs, de clairs signes d'une position différente vis-à-vis du principe du contradictoire et du procès. Bien conscients des difficultés qu'on rencontre à fixer une pensée encore en élaboration, je me limiterai à donner un aperçu pour essayer d'éclaircir à moi même les lignes futures possibles d'évolution, à travers lesquelles il paraît possible de récupérer l'idée classique de la contradiction et, par conséquent, de l'utiliser comme noyau central du procès.

Premièrement, pendant le second après-guerre une sensibilité nouvelle s'est manifestée aux problèmes du jugement. Carnelutti

¹⁰⁵ Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, t. II, Padova 1933, n. 99, pp. 168—171.

¹⁰⁶ Betti, *Diritto processuale civile*, 2 éd., Roma 1936, p. 89. Voir aussi Carnelutti, *Lezioni...*, p. 169.

¹⁰⁷ Baumbach, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht" 1938, p. 583.

écrivait¹⁰⁸ „nous avons étudié, avec beaucoup de subtilité, les rapports juridiques qui s'entrelacent entre les différents sujets du procès [...] et puis les actes, qui dans le développement de ces rapports sont accomplis [...], mais nos idées sont beaucoup moins claires sur ce que c'est que le jugement". On a, donc, posé la question: *quid est iudicium?*¹⁰⁹ et on a fait remarquer que „le procès n'est que jugement et formation de jugement”¹¹⁰.

En perspective, l'exhortation évocatrice „revenons au jugement”¹¹¹ a représenté un signe clair du réveil de l'intérêt du juriste pour les mécanismes de formation du jugement et, notamment, pour la contradiction et la collaboration des parties dans le recherche de la vérité¹¹². Ou plutôt, compte tenu de la profonde connexion entre le procès et le jugement, on a ainsi ouvert la route en vue de récupérer jugement et contradiction et les rendre encore une fois les pivots de l'expérience du procès¹¹³.

Un autre pas décisif dans la nouvelle direction est constitué par les efforts accomplis par la jurisprudence pour élever le principe du contradictoire au rang d'une garantie constitutionnelle en vertu de la combinaison des articles 24 et 3 de la Constitution italienne¹¹⁴. La défense en justice est, surtout, une garantie de la contradiction et l'égalité des armes assume la valeur d'une condition de légitimité constitutionnelle de la règle de procédure. Par là, on ne postule pas l'identité absolue entre les pouvoirs des parties, mais on tend à éviter des différences de traitement rationnellement injustifiables¹¹⁵ qui, en tant que telles, se résoudraient en la négation du procès équitable.

Le passage d'une phase que nous pourrions dire encore intuitive à une phase rationnelle de la nouvelle orientation est, toutefois,

¹⁰⁸ Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, „Rivista diritto processuale civile” 1949, p. 168.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ S. Satta, *Il mistero del processo*, „Rivista diritto processuale civile” 1949, p. 281.

¹¹¹ Carnelutti, *Torniamo...*, p. 165.

¹¹² P. Calamandrei, *Processo e democrazia*, Padova 1954; *idem*, *Opere giuridiche*, t. I, Napoli 1965, p. 682.

¹¹³ Capograssi, *Giudizio, processo, scienza e verità*, [en:] *Opere*, t. V, Milano 1959, p. 71.

¹¹⁴ Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale: art. 24 Cost. e „due process of law clause”*, *Annuali Università Macerata, Facoltà Giurisprudenza* 1962, p. 80 ss.; *idem*, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, p. 449 ss.

¹¹⁵ G. Tarzia, *Partitò delle armi fra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, [en:] *L'eguaglianza...*, p. 353.

représentée probablement par la doctrine¹¹⁶ laquelle tout en confirmant l'appartenance de la procédure et du procès à un genre commun, a utilisé le principe du contradictoire redécouvert comme élément de discrimination entre les deux schémas. Il a été éclairci que, outre les caractéristiques propres à la procédure, on trouve dans le procès — même sous de formes chaque fois différentes, aussi bien au point de vue qualitatif que quantitatif — une correspondance et une équivalence effectives entre les différents participants, qui se réalisent à travers la distribution de positions symétriquement égales et réciproquement engagées entre elles. En d'autres termes, „il y a un procès, lorsque dans l'iter de formation d'un acte il y a une contradiction, c-à-d. qu'il est consenti à plusieurs intéressés de participer à la sphère de reconnaissance des conditions nécessaires sur un pied d'égalité réciproque et symétrique, de déployer une activité dont l'auteur de l'acte doit tenir compte, c-à-d. dont les résultats peuvent être par lui refusés, mais non effacés"¹¹⁷.

Mais aujourd'hui c'est possible, peut-être, accomplir de nouveaux progrès. L'orientation encore dominante tourne autour de la conviction selon laquelle procès et procédure appartiennent au même genre. Et cela non seulement sous le profil extérieur, car il s'agit de schémas qui aboutissent tous les deux à une succession ordonnée d'actes, mais aussi sous le profil intrinsèque, car ils obéiraient tous les deux à un seul type de rationalité. Dans ces conditions, on ne peut contester que la contradiction ne représente pas une nécessité „immanente"¹¹⁸ au procès, parce qu'elle ne concerne pas directement le moment fondamental du jugement. Sa fonction s'épuise à garantir aux parties „l'égalité des armes" à travers une opposition mécanique de thèses et donc, en définitive, sur un instrument de conflit. Je me souviens des analogies entre jeu et procès, impliquant la reconstruction du contradictoire comme principe logique et formel.

Mais à ce point, abstraction faite de toute autre objection — je me pose la question de savoir comment une telle construction puisse se tenir surtout sur le plan technique vis-à-vis des procès soi-disants unilatéraux; je pense, entre autres, au procès de la faillite à la requête du débiteur. Dans ces cas, la pluralité des parties fait défaut et il n'a pas de sens parler d'égalité des armes: on pose, plutôt, le rapport entre

¹¹⁶ E. Fazzalari, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, „Rivista trimestrale diritto e procedura civile" 1959, p. 861 ss.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ V. Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, Atti XI Convegno nazionale Sassari 1—2 giugno 1975, „Quaderni dell'Associazione studiosi processo civile" t. XXXIII, Milano 1977, p. 5 ss.

le requérant et le juge et la position dominante reste donc dénaturée. En essayant de généraliser, il me semble qu'on puisse dire que la contradiction n'est pas toujours un moyen de conflit entre les parties, mais plutôt un instrument efficace du juge et par conséquent un moment fondamental du jugement. Le problème se pose alors de savoir si la définition du procès comme procédé ayant une structure et un déroulement dialectique peut et doit avoir aujourd'hui une signification différente et plus vaste. Tandis que certaines procédures sont des expressions d'un instrument à calcul et, comme telles susceptibles de formalisation (songez à certaines techniques d'automatisation qui sont appliquées dans l'administration publique), le procès (tout au moins en son moment fondamental: le jugement) n'obéit-il à une logique différente, à des techniques d'argumentation et de justification? Une fois déplacé le point de vue sur le juge, la contradiction ne devient-elle le pivot de la recherche dialectique, l'*iter* du raisonnement du juge?

De cette façon la recherche sur les principes du procès rencontre des convergences significatives sur les récentes orientations de la spéculation philosophique et juridique. Je me réfère aux courants qui tendent à une réévaluation de la dialectique classique, considérée comme la logique, non du nécessaire et de l'inévitable, mais du probable et du raisonnable¹¹⁹. Je me rends compte, toutefois, que à ce point la recherche dépasse les limites de ma relation et touche aux grands thèmes de la logique du juge. Je me limite, dès lors, à souligner le problème et à préciser que, seulement en agissant dans cette direction, la contradiction se déplace du marge au centre du phénomène du procès; elle n'est plus une épreuve de force, mais devient un moyen de recherche de la vérité¹²⁰; elle représente le pivot du procès équitable.

II Università degli Studi di Roma

Nicola Picardi

OD PROCESU USTNEGO DO PROCESU SPRAWIEDLIWEGO

Punktem wyjścia rozważań autora jest stwierdzenie, że przy lekturze piśmiennictwa włoskiego, a jak się wydaje, także europejskiego z okresu po drugiej wojnie

¹¹⁹ Perelman, *Logique juridique — Nouvelle rhétorique*, Paris 1976; Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge 1958; Giuliani, *La controversia — Contributo alla logica giuridica*, Pavia 1966.

¹²⁰ Giuliani, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, „Atti X Convegno nazionale di filosofia giuridica e politica”, Milano 1975, p. 169.

światowej odnosi się wrażenie, iż główną tendencją tego piśmiennictwa jest dążność do ponownego przemyślenia i przewartościowania problematyki procesowej. Początkowo ograniczano się do wykazywania względności pewnych podstawowych pojęć, jak prawo do powództwa czy stosunek procesowy. W ostatnich latach rozpowszechniło się poczucie sceptycyzmu w odniesieniu do całokształtu zasad procesowych, które traktuje się jako wynik formalistycznego ujmowania nauki prawa. Z drugiej strony, trudno jeszcze ustalić, na jakich nowych założeniach należałoby oprzeć przebudowę naszej wiedzy o procesie.

Stąd też zamierzeniem autora jest przedstawienie tego stanu rzeczy poprzez powtórne przeprowadzenie historyczno-krytycznej analizy zasady ustności — problemu, który pojawia się przy każdej reformie procesu. Na podstawie doświadczeń włoskich i polskich autor dochodzi do wniosku, że ustność nie może stanowić zasady procesowej ani o charakterze technicznym, ani o charakterze politycznym i nie może leżeć u podstaw rozróżnienia dwóch odmiennych koncepcji procesu, a mianowicie koncepcji liberalnej i koncepcji socjalistycznej. Zasada ustności sprowadza się, zdaniem autora, do pewnej formuły, która jeżeli nawet służyła w XIX w. do nakreślenia idealnego modelu procesu, zarazem jawnego i ustnego, w czasach dzisiejszych wykorzystywana jest jedynie dla utrzymywania w pozornym rygorze dążeń skierowanych przeciwko idei kontrydiktoryjności.

W dążeniu do wykorzystywania tych kierunków badawczych, które mogłyby doprowadzić do stworzenia nowych ujęć w nauce procesu, autor dochodzi do zasadniczej tezy swojej pracy, która polega na zastąpieniu koncepcji procesu ustnego koncepcją procesu sprawiedliwego. Na podstawie art. 6 *Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* i art. 14 *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ* zostało zatem poddane analizie pojęcie „procesu sprawiedliwego” jako rezultatu całej serii gwarancji (jawność procesu, racjonalny czas trwania procesu, niezawisłość, bezstronność i uprzednie ustanowienie sądu), które w nowy sposób wiążą się z zasadą kontrydiktoryjności. Ewolucji tego pojęcia w ciągu ostatniego stulecia poświęcona jest ostatnia część artykułu.