

Régine Genin-Meric

LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE
À LA LUMIÈRE DU NOUVEAU CODE
DE PROCÉDURE CIVILE FRANÇAIS

Si l'esprit de contradiction, volontiers présenté comme un apanage féminin, entrave toute démarche intellectuelle, il ne peut en revanche être de saine décision judiciaire sans discussion préalable. La justice est oeuvre de confrontation¹. Dans le prétoire, la contradiction doit toujours pouvoir se développer: elle doit en tout cas, être recherchée.

Le législateur français fixant pour la première fois dans l'histoire du droit processuel, les règles fondamentales de la procédure civile², a exprimé cet impératif dans l'art. 14 du nouveau Code de procédure civile: „Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée”.

Seule la formule, concise et riche, est nouvelle. Le principe qu'elle contient a été très tôt dégagé par une jurisprudence³ qui a su l'imposer dans tout procès, quelle que soit la juridiction devant laquelle il se déroule — civile, répressive, administrative, nationale ou étrangère⁴.

¹ R. Perrot, *Le principe du contradictoire*, [en:] XIII Colloque de Droit judiciaire, Aix-en-Provence, novembre 1980.

² Décret n° 71—740 du 9 septembre 1971 contentant les premiers articles du nouveau Code de procédure civile; H. Motulsky, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, D.S. 1972, chronique, p. 91 ss.

³ G. Couchez, *Principes directeurs du procès. Principe de la contradiction*, „Jurisclasseur Procédure civile”, fasc. 156, n° 1 ss. Cass. civ. 7 mai 1828, S.P. 1828, 1. 329: „La défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre”.

⁴ L'exequatur n'est accordé à une décision étrangère que vérification faite notamment du caractère contradictoire de la procédure suivie devant le juge étranger, le respect du principe pouvant être assuré par d'autres techniques que celles retenues par le droit français. Cass. civ. I, 20 mars 1979, J.C.P. 1980 II, 19179.

Il a pour le Conseil d'État, valeur constitutionnelle⁵. Il ne saurait, aux yeux des théoriciens unanimes, et de praticiens convaincus, être entamé.

Sa consécration dans les textes contemporains apparaît donc naturelle, si ce n'est conforme au droit naturel⁶. Elle n'en suscite pas moins la réflexion à plusieurs égards, tout d'abord, d'un point de vue purement théorique, elle offre un élément de réponse à la question du lien existant entre la règle de la contradiction et la notion traditionnelle du respect des droits de la défense. Les auteurs les distinguent plus nettement que la pratique, mais, si ils établissent entre elles une relation de principe à conséquence nécessaire, ils ont pu hésiter sur celle qui devrait recevoir la prééminence⁷. Les termes de l'art. 14 du nouveau Code de procédure civile et les dispositions qui le complètent dans la section VI des dispositions liminaires consacrées à la contradiction permettent de l'analyser comme l'une des expressions techniques du respect des droits de la défense. Encore faut-il lever l'ambiguïté qui s'attache à ces termes: les droits de la défense s'entendent des prérogatives reconnues à tout plaideur — demandeur, défendeur, intervenant dans le procès — afin d'assurer une bonne justice. L'accès de chacun aux débats contradictoires constitue l'une de ces garanties comme le droit à des débats publics, le droit de critiquer les décisions du juge, le droit à la preuve... dont le nouveau Code aménage, par ailleurs l'exercice.

Sous un angle plus pratique, ensuite, l'affirmation du principe du contradictoire prend toute sa valeur en ce qu'elle instaure un nouvel équilibre dans les rapports entre le juge et les plaideurs alors que le procès civil n'est plus dominé par le principe dispositif⁸. Elle réalise, en quelque sorte, le contrepoids nécessaire à un accroissement notable des pouvoirs des magistrats. Certes les parties conservent un rôle déterminant: seules elles introduisent l'instance; elles ont la liberté d'y mettre fin (art. 1 n.c.p.c.); elles conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent (art. 2 n.c.p.c.); elles déterminent, par leurs

⁵ Conseil d'État 21 février 1968, D. 1968, 222; Conseil d'État, Assemblée, 13 décembre 1968, J.C.P. 1969, II, 15793; note J. P. Seignolle-Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Paris 1967.

⁶ H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, Mélanges Roubier, p. 175.

⁷ H. Vizios, *Études de procédure*, 1956, p. 447, n° 237; H. Motulsky, *Droit processuel (cours polycopie)*, Paris 1973, p. 147; G. Wiederkehr, *Droits de la défense et procédure civile*, D.S. 1978, chronique, p. 36.

⁸ J. Normand, *L'office du juge et la contestation*, Paris 1965, p. 470 ss. et 464 ss.; P. Hebraud, *La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge*, „Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse" 19, p. 392, 398 ss.

prétentions respectives, l'objet du litige (art. 4 n.c.p.c.). Mais le juge dispose de pouvoirs d'investigation très large. Or ceux-ci ne peuvent s'exercer sans risque d'arbitraire qu'à la condition que les plaideurs aient la faculté de s'exprimer à tout moment, sur tous les points du litige ou qu'à défaut ils disposent de moyens efficaces pour faire sanctionner tout manquement à la règle de la contradiction. L'alourdissement de l'intervention du juge sans un respect minutieux du principe conduirait à une procédure de type inquisitorial que le Conseil d'État a manifestement condamnée dans son arrêt du 12 octobre 1979⁹.

Enfin, d'une manière concrète, la consécration légale du principe du contradictoire implique la mise en place d'une réglementation telle que les différentes prérogatives qui en découlent pour le justiciable puissent s'exercer effectivement.

Ainsi, chacun a le droit d'être prévenu de l'ouverture d'une instance qui le concerne. Mais il faut bien admettre que si cette information est nécessaire, elle doit pouvoir être considérée comme suffisante pour que le débat soit réputé contradictoire en cas de négligence de l'intéressé. L'intérêt général commande, en effet, de ne pas laisser à chaque individu le choix du moment où il exprimera sa défense.

Chaque plaideur a ensuite le droit d'être informé de tous les actes du procès qui concernent le litige: conclusions, décisions du juge relatives à la marche et la régularité de la procédure, actes d'instruction... Toute partie à un procès détient, en outre, le droit de se faire entendre par le juge; c-à-d. qu'elle doit disposer non seulement de la possibilité de préparer convenablement sa défense et de la présenter au juge, mais encore de pouvoir l'obtenir de ce dernier une réponse sur tous les éléments de celle-ci. Enfin, dans l'hypothèse où toutes les garanties immédiates d'une loyale contradiction se seraient révélées inopérantes, celui qui a été jugé „par surprise”, doit pouvoir remettre en cause une décision a priori contestable.

Ces diverses prérogatives entraînent corrélativement différentes obligations à la charge de chaque plaideur: obligation pour le demandeur de prévenir l'adversaire de l'instance qu'il engage, obligation pour chacune des parties de communiquer aux autres les pièces de son dossier, obligation d'y procéder en temps utile... Elles emportent également différents devoirs à la charge du juge saisi: obligation de

⁹ D. 1979, note Benabent; J.C.P. 1980, II, 19288; note J. Bore; R.T.D.C. 1980, pp. 145, 598, 802; obs. J. Normand-Devolve, *Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'État*, D. 1979, chronique, p. 281; J. Viatte, *Les moyens relevés d'office et le principe de la contradiction*, Gaz. Pal. 1980, n° I, Doct. 21. Sur les différentes rédactions de l'art. 16, al. 2 du Code civil, cf. J. Vincent, S. Guinchard, *Précis Dalloz, Procédure civile*, 20 éd., 1980, p. 426 ss.

n'examiner dans sa décision que les faits contradictoirement débattus, de ne retenir que les preuves qui ont été soumises à une libre discussion, obligation de veiller au bon déroulement de la mise en état, obligation de convoquer les parties aux mesures d'instruction qu'il diligente et, aussi, devoir d'interpeler préalablement les plaideurs lorsqu'il soulève d'office un moyen nouveau¹⁰.

Le nouveau Code de procédure civile consacre de nombreuses dispositions aux modalités d'exercice de ces diverses prérogatives, afin que se réalise effectivement la contradiction (section I), diverses garanties étant, par ailleurs, aménagées à cette fin (section II).

SECTION I. LA REALISATION DE LA CONTRADICTION

S'agissant d'organiser la contradiction devant le juge, une question préalable se pose, à laquelle il est beaucoup plus délicat de répondre qu'il n'y paraît au premier abord, celle de désigner les participants au débat judiciaire. En effet, il s'agit non seulement de désigner les contradicteurs légitimes, ceux qui ont droit à la parole dans ce débat et qui doivent être invités à y prendre part mais encore ceux sur qui pèse l'obligation d'y participer (§ 1).

Il est nécessaire ensuite de rappeler ce sur quoi doit porter la contradiction, après les éléments subjectifs, les éléments objectifs de celle-ci. Il faut encore décrire quelles techniques assurent efficacement la discussion. Il faut enfin préciser à quel moment intervient la contradiction. Les diverses données qui constituent le régime de la contradiction (§ 2) ne relèvent pas toutes de l'évidence comme on pourrait, là encore, le croire a priori.

§ 1. LES PARTENAIRES A LA CONTRADICTION

On distinguera les partenaires naturels, les tiers aux litiges, partenaires éventuels, et le juge.

A. Les partenaires naturels

Il saute aux yeux que doit être appelée devant le juge toute personne visée par la citation en justice (critère formel), tout individu qui risque d'être condamné sur la demande d'un autre (critère de fond), tout destinataire d'une prétention.

¹⁰ Sous réserve de l'hypothèse particulière de la procédure sur requête: art. 493 du nouveau Code de procédure civile — cf. *infra*, p. 60.

Ainsi, le défendeur à la demande initiale ou à une demande additionnelle¹¹, le défendeur à une intervention forcée¹², où éventuellement le demandeur lui-même devenu défendeur à la demande reconventionnelle¹³ doivent être officiellement avertis des prétentions les concernant. Ce sont là pour ainsi dire les partenaires naturels au débat judiciaire: ils doivent être appelés.

La pratique révèle deux sortes de difficultés à cet égard. L'une d'ordre essentiellement technique, est d'éviter que le demandeur, escomptant qu'une décision prise à l'insu de son adversaire lui sera plus favorable ne mette pas tout en oeuvre pour le prévenir, l'autre, non résolue par les textes actuellement, mais soumise à la cour de cassation¹⁴, est d'assurer l'exercice du droit d'agir en justice de celui qui n'est pas en mesure d'identifier tous ses adversaires: c'est le cas en pratique du dirigeant d'une entreprise qui veut obtenir l'expulsion de grévistes occupant les locaux mais qui ne connaît pas le nombre exact ni les noms de ceux-ci.

B. Les partenaires éventuels

Il est certainement beaucoup délicat d'élargir le cercle de ces contradicteurs nécessaires aux tiers qui seront éventuellement intéressés pour la décision à venir.

On sait que la règle de l'autorité relative de la chose jugée — qui comporte d'ailleurs des exceptions¹⁵ — a simplement, pour effet de limiter aux parties en présence la seule force de vérité légale attachée

¹¹ Lorsque le défendeur n'a pas comparu, la demande additionnelle doit faire l'objet d'une autre assignation — cf. J. Miguet, *La demande additionnelle dans la procédure par défaut*, „Jurisclasseur Procédure civile”, fasc. 127, n° 32; R.T.D.C. 1951, p. 425, obs. P. Raynaud.

¹² La demande en intervention doit être faite dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance: art. 68, al. 2 n.c.p.c.

¹³ Sur la recevabilité de la demande reconventionnelle dans le cadre de la procédure d'injonction de payer, à laquelle le demandeur n'est pas tenu de comparaître, cf. R. Perrot, R.T.D.C. 1979, p. 841; R. Genin-Meric, *Demandes reconventionnelles*, „Jurisclasseur Procédure civile”, fasc. 132, n° 30 bis.

¹⁴ La solution élaborée par la Cour de cassation consiste à dire que l'expulsion des grévistes nommément assignés sera ordonnée en référé et celle des grévistes non identifiés sur requête: cf. notamment cass. soc. 17 mai 1977, J.C.P. 1978, II, 18992, appréciation critique de Y. Desdèvises (et les références); J. Normand, R.T.D.C. 1979, p. 178.

¹⁵ Sont dotés d'une autorité absolue de chose jugée, par exemple, les jugements annulant une situation objective (mariage, société), ceux rendus en matière de nationalité (art. 136 Code de la nationalité), de filiation (art. 311—9 Code civil).

à l'acte juridictionnel¹⁶. Le jugement en tant qu'acte juridique est opposable à tous. Les tiers, s'ils ne peuvent être condamnés... par une décision à l'élaboration de laquelle ils n'ont pas été appelés, peuvent en revanche être lésés ou simplement menacés dans leurs intérêts par celle-ci. Leur protection peut être assurée de différentes manières. La technique traditionnelle consiste dans l'aménagement d'une voie de recours extraordinaire: la tierce opposition¹⁷. Solution adéquate, en théorie, elle se révèle en pratique d'un maniement complexe. Des méthodes préventives apparaissent dès lors préférables, telles que la possibilité offerte aux tiers d'intervenir spontanément dans le litige qui les intéresse, même si celui-ci a un caractère personnel particulièrement marqué¹⁸ — mais encore faut-il qu'ils en aient connaissance! — ou mieux, l'obligation mise à la charge des parties d'appeler en cause les tiers nécessairement intéressés par le procès¹⁹. Néanmoins il reste incontestable qu'une telle technique — qui risque de multiplier inutilement les intervenants — ne peut trouver qu'un domaine d'application limité car les tiers intéressés ne peuvent pas toujours être, *a priori*, déterminés.

C. Le juge

Enfin, se pose, en des termes particulièrement complexes depuis l'élaboration du nouveau code de procédure civile, la question de savoir dans quelle mesure le juge lui-même est tenu de respecter le principe de la contradiction dans l'exercice des différentes prérogatives attachées à sa fonction.

Certes, il ne fait pas de doute qu'il est le garant du respect de ce principe par les parties²⁰. Il ne peut donc, statuer que sur des prétentions que celles-ci ont débattu régulièrement devant lui²¹. Il ne peut, non

¹⁶ Vincent, Guinchard, *op. cit.*, p. 884 ss.; R. Perrot, *Les aspects nouveaux de la tierce opposition en droit judiciaire français*, [en:] *Studi in onore di Antonio Segni*, Milan 1967, t. III, p. 675.

¹⁷ Art. 582 à 592 n.c.p.c.

¹⁸ Les grands-parents peuvent intervenir dans une procédure de divorce pour le règlement de la garde des enfants (art. 44 — Décret 4 décembre 1975).

¹⁹ Cf., par exemple, art. 311-10 al. 2 du Code civil. Le juge peut d'office ordonner que soient mis en cause dans le procès relatif à la filiation tous les intéressés auxquels ils estiment que le jugement doit être rendu commun. De même la victime d'un accident du travail doit mettre en cause la caisse de Sécurité Sociale dans un procès en responsabilité.

²⁰ Art. 16, al. 1 n.c.p.c.: le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction.

²¹ Art. 16, al. 2 (dans toutes ces rédactions).

plus, pour les mêmes raisons asseoir sa décision sur des pièces non communiquées, expertise non contradictoire²². Il est d'ailleurs tout aussi incontestable que le juge doit organiser de manière contradictoire les mesures d'instruction auxquelles il procède personnellement²³.

En revanche, lorsqu'il prend l'initiative de soulever des moyens de droit que les parties ne lui avaient pas présentés, modifiant par la-même les termes du débat judiciaire, il n'est pas paru évident, à la lecture de l'art. 16, al. 2 du nouveau Code de procédure civile dont diverses versions se sont d'ailleurs succédées²⁴, qu'il lui était interdit de prendre une telle initiative dans le secret de son délibéré, sans la soumettre préalablement aux parties.

En doctrine, la majorité des auteurs²⁵ a affirmé que le juge a le devoir d'ouvrir le débat sur tous les moyens de droit qu'il dégage spontanément, certains appuyant leur opinion sur une lecture optimiste de l'art. 16, d'autre rappelant simplement que le principe du contradictoire est un principe général du droit qui doit s'appliquer sans texte. Toutefois un juriste²⁶ a pu soutenir que „le travail du juge, ses recherches, ses réflexions et la solution qu'il se propose d'apporter au litige n'ont pas à être soumis à la discussion des parties [...]”. Et certains praticiens de montrer que toute réouverture des débats est source de lenteur — vice suprême! — de la justice.

La Cour de cassation s'est également divisée sur le problème, élaborant une jurisprudence qui, au total, limite le domaine d'application de l'art. 16 du nouveau Code. Les commentateurs en ont recherché le critère; ils en ont proposé plusieurs, tirés de la nature particulière du moyen. Pour ne retenir que les plus marquants²⁷, on peut rappeler

²² Cf. J. Debaurin, *Les caractères de l'expertise civile*, D.S. 1979, chronique, p. 143 ss.; R. Genin-Meric, *Les mesures d'instructions confiées à un technicien*, „Jurisclasseur Procédure civile”, fasc. 682; R.T.D.C. 1978, p. 730, obs. R. Perrot.

²³ Art. 179 n.c.p.c. (vérifications personnelles du juge); art. 189 n.c.p.c. (comparution personnelle des parties); art. 200, al. 2 n.c.p.c. (attestations écrites); art. 208 n.c.p.c. (enquête).

²⁴ Cf. rapport de Messieurs R. Perrot, Draï et Ph. Latil au Colloque d'Aix-en-Provence 1980; supra références, note 9.

²⁵ Wiederkehr, *op. cit.*, p. 38; A. Benabent, *Les moyens relevés en secret par le juge*, J.C.P. 1977 I, 1849.

²⁶ Cl. Parodi, *L'esprit général et les innovations du Nouveau code de procédure civile*, „Répertoire Defrenois” 1976, n° 46, p. 777.

²⁷ Selon la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation, le juge ne serait pas tenu de soumettre à l'examen contradictoire les „moyens dans la cause” (notion délicate à définir) ou encore les simples moyens de procédure (par exemple une fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai d'appel). Cf. rapport précité de Messrs Perrot, Draï, Latil au Colloque d'Aix-en-Provence.

tout d'abord l'analyse de Monsieur J. Normand²⁸ selon laquelle les décisions de la Cour suprême rentreraient dans une distinction approximativement calquée sur celles des moyens de pur droit qui ne supposent aucune discussion de fait et des moyens mélangés de fait et de droit qui laissent place, au contraire, à une telle discussion. Appliquant spontanément une règle de droit non visée par les parties (moyen de pur droit), le juge du fond ne serait pas tenu d'en avertir préalablement les parties. Au contraire, il devrait soumettre à un examen contradictoire des parties le moyen mélangé de droit et de fait qu'il relèverait d'office. Tout le problème restant alors de savoir si le juge dispose ou non du pouvoir de soulever un tel moyen!

Le Conseil d'État, dans son arrêt du 12 octobre 1979²⁹ a semblé mettre en oeuvre une autre distinction entre les moyens que le juge doit relever d'office et ceux qu'ils peut relever d'office, seuls les seconds devraient être présentés à la discussion préalable des plaideurs, le juge étant au contraire dispensé de réouvrir les débats sur les moyens qu'il est tenu de soulever d'office³⁰. Une telle proposition a été critiquée³¹ et elle paraît écartée par la chambre sociale de la Cour de cassation qui a estimé que les juges du fond ne peuvent retenir d'office une fin de non recevoir, serait-elle d'ordre public³², sans avoir invité les parties à présenter leurs observations sur ce point. En revanche, elle pourrait expliquer la jurisprudence la plus récente de la deuxième chambre civile³³.

Un argument de texte nous semble pouvoir être invoqué en faveur d'une obligation générale faite au juge de respecter lui-même le principe du contradictoire lorsqu'il prend l'initiative de modifier les termes du débat judiciaire: il est tiré des termes de l'art. 1015 du nouveau Code de procédure³⁴ qui impose aux magistrats de la Cour suprême d'avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et de les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'ils fixent. On ne saurait, sans incohérence, en dispenser les autres

²⁸ R.T.D.C. 1980, p. 145 ss.

²⁹ Cf. supra, note 9.

³⁰ J. Normand, R.T.D.C. 1980, p. 802.

³¹ *Ibidem*, p. 594.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Décret n° 79-941 du 7 novembre 1979 reprenant l'art. 16-1 du Décret du 22 novembre 1967: „Le président doit avertir les parties des moyens qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il leur fixe”.

magistrats³⁵ dont les pouvoirs de soulever d'office certains moyens doivent par ailleurs être strictement délimités³⁶.

Ainsi, les partenaires dans le débat judiciaire doivent compter parmi eux le juge lorsque celui-ci se départit d'une attitude d'arbitre pour remodeler la matière litigieuse, c-à-d. l'élément objectif, par excellence, de la contradiction.

§ 2. LE RÉGIME DE LA CONTRADICTION

Une contradiction parfaite suppose que la discussion porte non seulement sur tous les éléments de la matière litigieuse mais encore sur tous les facteurs de la conviction du juge (A), qu'elle se réalise selon des modalités concrètes souples, mais „fiabiles" (B) et enfin qu'elle intervienne avant la décision du juge (C).

A. L'objet de la contradiction

Pour être loyal, le débat judiciaire doit, tout d'abord, mettre à jour tous les éléments du litige, de fait et de droit, toute la matière litigieuse qui va être soumise au juge. Celui-ci doit en effet être éclairé sur tous les chefs de demandes qui lui sont présentés puisqu'il doit statuer sur chacun d'eux après avoir examiné chaque moyen³⁷.

Les plaideurs doivent donc se faire connaître mutuellement leurs prétentions ainsi que les modifications qu'ils sont en droit d'y apporter au cours de l'instance notamment par le mécanisme des demandes incidentes. Ainsi une demande reconventionnelle serait irrecevable s'il apparaissait qu'elle n'a pas été connue de l'adversaire³⁸. Ils doivent, de plus, ne pas différer leur argumentation et exposer dès le début

³⁵ Cf. cependant la discussion relative à la possibilité pour le juge de prononcer une astreinte sans susciter sur ce point une discussion des parties. Cass. civ. II, 21 mars 1979, D.S. 1979, p. 449, note M. Santa-Croce.

³⁶ Le problème de l'étendue des pouvoirs du juge (de soulever d'office tel ou tel moyen) et celui du respect par celui-ci du principe du contradictoire lorsqu'il exerce ces pouvoirs ne sont pas toujours nettement distingués — cf. par exemple Cass. civ. II, 8 décembre 1976, D.S. 1977, p. 54, note A. Benabent; obs. J. Normand, R.T.D.C. 1979, p. 417.

³⁷ Sur la notion de moyen, R. Martin, *Sur la notion de moyen*, J.C.P. 1976, I, 2768. Le moyen ne doit pas être confondu avec l'argument: H. Motulsky, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, D. 1964, chronique, p. 235; *Écrits*, 1973, p. 101 et 275.

³⁸ Cass. civ. I, 22 avril 1980, J.C.P. 1980, IV, p. 249; R.T.D.C. 1979, p. 841, obs. R. Perrot; comparer infra, note 86.

du procès, de la manière la plus nette possible les motifs de leurs prétentions (art. 56, 67 n.c.p.c.)³⁹.

Dans la même perspective, d'une franche discussion, les parties doivent se faire connaître réciproquement les documents, les pièces sur lesquelles elles appuient leurs demandes ou leurs défenses. La contradiction suppose donc un préalable nécessaire: la communication des pièces qui, dans le procès civil, à la différence de ce qui est prévu devant le juge administratif, doit se faire de manière spontanée (art. 132, al. 2 n.c.p.c.).

On remarquera à cet égard que le droit à la communication se réalise d'autant plus efficacement que la procédure comporte plus d'éléments écrits, ce qui permet un examen „à tête reposée" avant la confrontation des points de vues. On peut également penser que cet échange de documents est plus aisé lorsque les parties sont représentées par un homme de loi, le simple particulier n'admettant pas toujours d'emblée qu'il ne doit conserver aucune arme secrète...

Ce droit à la communication se transforme en un droit à être convoqué et à participer à toute mesure d'instruction rendue nécessaire par l'insuffisance des preuves dont disposent celui ou ceux qui ont la charge de prouver. Toute partie au procès doit être informée de la date à laquelle le juge procédera à des vérifications personnelles (art. 179 du n.c.p.c.), le technicien effectuera les opérations d'expertise. Et lorsque pour des raisons d'espèces, le juge ne peut, par exemple, organiser une comparution personnelle de manière contradictoire, les déclarations du plaideur doivent être consignées et transmises aussitôt à l'absent (art. 189, al. 2, n.c.p.c.). En sorte que, dans cette hypothèse, on en revient au droit à la communication.

Il va sans dire que les parties devront être informées des décisions prises par le juge au cours de l'instance: celles fixant le calendrier de l'instance, les décisions avant dire droit, décisions provisoires, décisions relatives aux mesures d'instruction. Toutefois, ces différentes décisions sont soumises à un formalisme réduit, s'expliquant par le fait qu'elles ne sont pas, en principe, susceptibles d'un appel ou d'un pourvoi immédiat (artt. 150 et 151 n.c.p.c.) en sorte que l'intéressé n'aura pas toujours parfaitement conscience de ce qu'il en est réellement⁴⁰. Nous abordons là le problème voisin des moyens techniques garantissant une information complète des plaideurs.

³⁹ Sur les aspects pratiqués de l'obligation de motiver complètement et en temps utile ses prétentions, cf. B. Boccara, *La procédure dans le désordre. Le désert du contradictoire*, J.C.P. 1981, I, 3004, n° 49 ss.

⁴⁰ R. Perrot, *Comparution personnelle et „audition sauvage"*, R.T.D.C. 1976, p. 828.

B. Les moyens de la contradiction

Le législateur moderne a voulu, en effet, éviter un formalisme trop étroit qui pourrait devenir source de chicane. Aussi a-t-il retenu un grand éventail de modalités, tant pour l'information des plaideurs que pour l'expression de leur défense. Toutefois, d'une manière générale, force est bien de constater que l'écrit apparaît comme le mode le plus sûr non seulement de transmission des idées mais encore des documents au cours du procès⁴¹.

a) Les modalités de l'information des plaideurs

La diversité des modalités de l'information en justice tient d'une part aux personnes à qui incombe l'accomplissement de la formalité, d'autre part, au caractère plus ou moins solennel de celle-ci. Le mode retenu est généralement fonction de la matière de l'information à transmettre et aussi de la juridiction saisie.

En ce qui concerne tout d'abord l'information relative à l'introduction de l'instance, elle se réalise devant certaines juridictions par un acte de partie à partie: le demandeur fait assigner le défendeur par l'intermédiaire d'un huissier puis l'un ou l'autre saisit le tribunal⁴². Mais elle peut également être effectuée selon un schéma différent, le demandeur saisit directement la juridiction qu'il estime compétente par une déclaration ou par une lettre recommandée adressée au secrétariat-greffe de cette juridiction⁴³. Il est averti de la date à laquelle il devra comparaître devant le juge. Le défendeur est convoqué par le secrétaire greffier au moyen d'une lettre recommandée⁴⁴. Quelle que soit la modalité retenue elle fait courir un délai de comparution, délai d'attente pour l'agresseur, qui est fixé par le législateur et qui est indispensable au défendeur pour qu'il prépare sa riposte ou qu'il soit simplement présent devant le juge⁴⁵.

⁴¹ Le législateur moderne a retenu d'autres procédés techniques que l'écrit pour conserver la trace des mesures d'instruction: l'enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel (art. 174 n.c.p.c.).

⁴² C'est le cas par exemple devant le Tribunal de grande instance (art. 750 et 757 n.c.p.c.) devant le tribunal d'instance (procédure sur assignation à toutes fins, art. 836 ss. n.c.p.c.), devant le tribunal de commerce (art. 854 n.c.p.c.).

⁴³ C'est la solution retenue par exemple pour les procédures devant le Conseil de prud'hommes (art. 879 n.c.p.c.), devant la Cour d'appel (art. 901 ss. n.c.p.c.).

⁴⁴ Sur les inconvénients de la voie postale: R. Perrot, *Droit judiciaire privé, les Cours de Droit*, Paris 1976-1977, p. 117; R.T.D.C. 1980, p. 806.

⁴⁵ Cf. par exemple, Nancy, 29 mars 1979, Gaz. Pal. 1979, n° 2, p. 612.

En ce qui concerne l'information dans l'instance, il faut distinguer les actes des parties, les actes du juge et les actes du technicien chargé d'une expertise, d'une constatation ou d'une consultation⁴⁶.

Si on s'attache plus particulièrement aux actes des parties, on sait que dans le cadre d'une procédure écrite avec représentation obligatoire⁴⁷ l'échange des conclusions se fera par acte d'avocat à avocat. Lorsqu'à l'inverse la procédure est sans représentation obligatoire, les prétentions des parties, leurs arguments, sont présentés oralement, encore que la rédaction de conclusions écrites ne soit jamais interdite. Ces explications verbales sont notées au dossier ou consignées dans un procès verbal⁴⁸. Le droit à un débat contradictoire se ramène alors au droit d'être convoqué à l'audience.

Quant à la communication des pièces elle donne lieu, dans les procédures écrites surtout à l'établissement d'un bordereau qui présente l'avantage de conserver la trace de documents réellement produits et échangés. Il s'agit là d'une technique imaginée en France par la pratique mais connue de droits étrangers. Il serait certainement souhaitable de l'institutionnaliser puisqu'elle élimine les problèmes que nous envisagerons ultérieurement de la preuve de la transmission à l'adversaire de telle ou telle pièce⁴⁹.

Il faut souligner ici que la finalité même du droit à la communication, tant des conclusions que des documents, implique que la remise à l'adversaire en soit effectuée en temps utile (art. 135 n.c.p.c.): l'information doit permettre, en effet, l'organisation effective de la défense (art. 15 n.c.p.c.).

Cette exigence se révèle en pratique difficile à mettre en oeuvre. Certes la tardivité est fonction de la complexité de chaque affaire. Elle ne peut donc être „chronométrée" une fois pour toutes. Mais même lorsqu'il existe une barrière temporelle dans l'instance comme l'ordonnance de clôture à partir de laquelle les conclusions ne peuvent plus être déposées (art. 783 n.c.p.c. pour le Tribunal de grande instance) les pièces ne peuvent plus être communiquées⁵⁰, le juge peut-il admettre

⁴⁶ Les convocations des parties aux opérations d'expertise pourront être faites par lettre recommandée mais aussi verbalement au cours d'une première réunion. Il n'y a pas de formalisme rigoureux en la matière.

⁴⁷ Devant le Tribunal de grande instance notamment, la cour d'appel et la cour de cassation pour certains litiges seulement.

⁴⁸ Cf. par exemple, art. 843, al. 2 n.c.p.c.

⁴⁹ Cf. infra, p. 64.

⁵⁰ Sur le caractère de la règle contenue dans l'art. 183 n.c.p.c., cf. infra, note 52. A noter toutefois que la procédure ne sera pas nécessairement figée jusqu'au jugement puisque la Cour de cassation a admis que le Président d'une juridiction peut

les productions de la „dernière heure”? N'y-a-t-il pas une période suspecte précédant l'ordonnance de clôture, lorsque le délai est devenu trop court pour que l'adversaire puisse réfléchir avant de donner une réponse, ce qui sera notamment le cas lorsque des conclusions auront été déposées la veille ou mieux le jour de l'ordonnance de clôture ou des pièces communiquées „en catastrophe”? La jurisprudence sur ce point „tourbillonne” et paraît plus sévère à l'égard de la production tardive que dans l'hypothèse de dépôt de conclusions „in extrémis”⁵¹; le juge pouvant écarter les unes et non les autres. Mais tout ne dépendra-t-il pas en fait du caractère de nouveauté plus ou moins grand des pièces, conclusions et aussi de l'attitude du plaideur qui devrait retrouver un certain dynamisme personnel⁵².

En revanche, il semble que la Cour de cassation soit revenue sur une jurisprudence ancienne, mais qu'elle avait maintenu postérieurement au nouveau Code de procédure civile selon laquelle les règles concernant le dépôt des conclusions sont des règles d'intérêt privé auxquelles les parties peuvent librement renoncer. Certains praticiens estiment cette analyse justifiée même si elle n'est pas parfaitement conforme aux textes⁵³. La doctrine l'avait déplorée et elle paraît avoir été entendue⁵⁴. L'irrecevabilité d'une communication de documents ou de dépôt de conclusions postérieurs à l'ordonnance de clôture doit être prononcée

b) L'expression de la défense

Le choix des modalités possibles se réduit ici entre l'écrit et l'oral dont les mérites respectifs sont parfaitement connus des processualités.

demander après la clôture des débats que lui soit remise une pièce à condition qu'elle soit simultanément communiquée à l'adversaire: cass. civ. III, 20 novembre 1979, J.C.P. 1980 IV, p. 48 — sans doute n'appelait-elle aucune observation.

⁵¹ R. Perrot, R.T.D.C. 1980, p. 808.

⁵² Comparer cass. civ. III, 5 avril 1978, D.S. 1978, IR, p. 412, obs. Julien: Une partie n'est pas recevable à reprocher à une Cour d'appel d'avoir tenu compte de conclusions déposées la veille de l'ordonnance de clôture dès lors qu'elle ne justifie pas avoir usé de la faculté qui lui était donnée par l'art. 784 n.c.p.c. de demander la révocation de ladite ordonnance afin d'organiser sa défense — sur le pouvoir d'appréciation du juge en la matière, cf, par exemple, cass. com. 12 mai 1980, J.C.P. 1980, IV, p. 280.

⁵³ Boccara, *op. cit.*, n° 121 ss. et les références.

⁵⁴ R. Perrot, R.T.D.C. 1979, p. 829. Irrecevabilité d'office: cass. civ. II, 13 mars 1980, J.C.P. 1980, IV, p. 206; cass. civ. II, 12 mai 1980, J.C.P. 1980, IV, p. 280. Irrecevabilité d'une production après l'ordonnance de clôture en cas d'absence de discussion contradictoire à l'audience: cass. com. 24 mars 1980, J.C.P. 1980, IV, p. 224; R.T.D.C. 1980, p. 614, obs. R. Perrot et cas où l'ordonnance de clôture avait fait l'objet de plusieurs remises: Paris, 2 mai 1979, J.C.P. 1980, IV, p. 391.

A cet égard, non plus, le droit positif français n'a pas prononcé d'exclusive. En effet, quelle que soit l'importance de la partie écrite d'une procédure, les parties peuvent toujours, en principe, exposer verbalement leurs moyens de défense soit personnellement (art. 441 n.c.p.c. devant le Tribunal de grande instance notamment alors que la représentation est obligatoire devant cette juridiction) soit par l'intermédiaire d'un avocat, devant toute juridiction, ou même d'autres représentants devant les juridictions d'exception.

Nous ne reviendrons pas sur l'expression de l'argumentation au cours de la mise en état de l'affaire. Nous avons déjà indiqué que dans une procédure écrite, elle se réalisera dans des conclusions rédigées par les avocats ou les avoués à la Cour... selon la juridiction et dans une procédure orale, elle se fera verbalement encore qu'il soit toujours possible de déposer des conclusions.

Il convient simplement d'aborder deux questions relatives à l'audience des plaidoiries c-à-d. à la partie orale du procès⁵⁵.

Tout d'abord, le principe du contradictoire implique que chaque plaideur puisse toujours répondre à son adversaire. Mais il est bien certain d'une part qu'il faut établir un ordre entre eux et il consistera tout naturellement à donner la parole au demandeur puis au défendeur (art. 440, al. 1 n.c.p.c.). D'autre part, il faut envisager un terme à l'échange des répliques. Le droit d'y mettre fin revient au juge qui dirige les débats: il doit veiller à l'ordre de l'audience et il peut y mettre fin lorsqu'il estime que les débats sont épuisés (art. 440, al. 2 n.c.p.c.).

Un autre problème est actuellement mis en évidence; au nom d'ailleurs du principe du contradictoire; celui posé par le dossier de plaidoiries. Il est en effet très fréquent lorsqu'un avocat représente ou assiste un client pour une affaire, qu'à l'issue des débats oraux, il dépose son "dossier" de plaidoirie. Ce dossier comporte des notes qui développent, réaménagent l'argumentation présentée dans les conclusions et à partir desquelles l'avocat plaide. Ces notes figurent le plus souvent sur des "cotes" à l'intérieur desquelles sont classés les documents relatifs au propos. Ces dossiers de plaidoiries sont très utiles, non seulement pour l'avocat, mais aussi pour le tribunal qui pourra les consulter pendant le délibéré. Ils posent toutefois problème puisqu'ils ne sont pas communiqués à l'adversaire: celui-ci n'en connaît le contenu que par la plaidoirie; alors qu'il pourrait avoir intérêt à le parcourir à l'avance notamment pour y découvrir la jurisprudence dont son confrère va faire état et qu'il n'a pas nécessairement commentée

⁵⁵ Lorsque le Ministère public est partie jointe, il prendra la parole après les avocats; R.T.D.C. 1977, p. 187.

ni même visée dans ses conclusions... Ces dossiers de plaidoiries réputés confidentiels, sur lesquels d'ailleurs l'avocat a un droit d'auteur, sont donc entachés du vice de clandestinité... et constituent une atteinte au principe du contradictoire. La doctrine ne paraît pas s'être encore saisie du problème⁵⁶. Tous les praticiens ne semblent pas prêts à confier leurs dossiers à leur adversaire; ne serait-ce qu'un court moment avant l'audience des plaidoiries.

Il ne fait pas de doute, pour nous, que la communication des dossiers de plaidoirie serait conforme au strict respect du principe de la contradiction. Elle assurerait certainement un approfondissement de l'aspect juridique de l'affaire dans la mesure où la jurisprudence invoquée de part et d'autre pourrait être réellement discutée. Encore faudrait-il résoudre les difficultés pratiques, qu'elle susciterait quant au moment auquel elle devrait avoir lieu, aux garanties de restitution...⁵⁷.

Après la clôture des débats, plus rien, en principe, ne peut être dit (art. 445 n.c.p.c.). Toutefois, il apparaît que la pratique des notes en délibéré a survécu au nouveau Code de procédure civile⁵⁸. Elle n'est d'ailleurs admise qu'autant qu'elle respecte ce principe du contradictoire. Elle permet au juge d'obtenir tel ou tel éclaircissement complémentaire avant de prendre sa décision.

c) Le moment de la contradiction

En principe, le juge prend sa décision une fois que l'affaire a été instruite et plaidée, ou à tout le moins, débattue devant lui par les parties. La contradiction est préalable à la décision.

Or il n'en va pas toujours ainsi, soit que la nécessité le commande soit que le législateur l'ait expressément voulu.

Dans certaines hypothèses, en effet, le caractère éventuel de la contestation (situation des tiers subissant une décision de justice) ou la nature même du procès (procédure sur requête), imposent une contradiction à posteriori qui sera assurée par l'exercice de voies de recours comme la tierce opposition ou le référé⁵⁹.

⁵⁶ Le problème traité par Maître B. Boccara (*op. cit.*, n° 102 ss.) a été évoqué au Colloque d'Aix-en-Provence.

⁵⁷ Celles-ci sont prévues pour les pièces communiquées par l'art. 136 n.c.p.c. En raison de sa portée générale il pourrait s'appliquer au dossier de plaidoirie considéré comme une „pièce“...

⁵⁸ Cass. com. 7 octobre 1980, J.C.P. 1980, IV, p. 414 (hypothèse où le juge lors de l'audience de plaidoirie a demandé des renseignements à une partie qui les a fournis par une note en délibéré communiquée à l'adversaire qui pouvait s'expliquer).

⁵⁹ *Infra*, p. 62.

Dans d'autres cas, le législateur a cherché à accélérer le cours de la justice en reportant expressément la discussion après une première décision du juge. Là encore, la contradiction est éventuelle en ce sens qu'il est peu probable que le défendeur tente de contester ce qui apparaît au seuil de l'instance comme certain: elle n'est cependant pas inconcevable de la part d'un contradicteur qui est parfaitement connu. C'est ce qui explique le schéma original de l'injonction de payer⁶⁰.

Créée à l'origine pour faciliter le recouvrement de créances civiles ou commerciales d'un faible montant, ce qui permettrait de justifier un allègement de la procédure, elle peut désormais être utilisée quel que soit le montant de la créance soit devant le tribunal d'instance, soit devant le tribunal de commerce. Dans un premier temps, elle permet au créancier d'obtenir du juge une ordonnance par laquelle il donne l'ordre au débiteur de payer⁶¹. Dans un second temps, elle organise les droits de la défense de ce débiteur qui, par, le contredit va ouvrir le débat contradictoire; la discussion pourra donc s'instaurer devant le juge, dans des conditions qui demeurent toutefois spécifiques, notamment en ce qui concerne la recevabilité des demandes incidentes, point débattu en doctrine⁶². Il n'en reste pas moins que le droit du défendeur à s'opposer à la demande est respectée. La contradiction est simplement différée; elle est assurée a posteriori. C'est d'ailleurs, là une des garanties possibles de la réalisation effective de la règle de contradiction.

SECTION II. LES GARANTIES DE LA CONTRADICTION

Le respect du principe du contradictoire est assuré dans le nouveau Code de procédure civile selon des modalités qui varient en fonction du moment du procès où le risque d'une contradiction imparfaite ou d'un mépris total des droits de la défense peut apparaître ou se réaliser.

Ainsi un premier procédé consiste à donner aux parties ou au juge les moyens d'imposer en cours d'instance une loyale discussion, ce dernier pouvant tirer, sur le champ, les conséquences du défaut de contradiction sur tel ou tel point du litige ou à propos de tel ou tel élément de preuve. Cette technique présente l'avantage des mesures préventives: elle assure une décision prise par un tribunal parfaitement informé. Elle suppose toutefois la présence à l'instance de tous les

⁶⁰ G. Durry, „Jurisclasseur Procédure civile”, fasc. 416; Vincent, Guinchard, *op. cit.*, n° 679 ss.

⁶¹ A noter que le débiteur est spécialement protégé lorsque la notification de l'ordonnance n'a pu lui être faite à personne. Il conserve le droit de former contredit dans le mois qui suit le premier acte d'exécution (art. 9 — Décret du 28 avril 1972).

⁶² Obs. R. Perrot, R.T.D.C. 1978, p. 198.

intéressés: ce qui n'est pas toujours le cas, soit que la contradiction ait été expressément différée par le législateur, soit que le contradicteur légitime n'ait pas été informé de l'instance ou encore qu'il n'ait pu y participer. Il apparaît alors nécessaire de recourir à d'autres modes de protection du plaideur qui n'a pas été entendu⁶³.

Selon une deuxième méthode, celui qui n'a pas été invité à s'exprimer avant que le jugement ne soit rendu est autorisé à venir devant le juge qui a statué en son absence pour lui soumettre ses moyens de défense. La garantie accordée au défaillant apparaît alors comme particulièrement adéquate. Elle comporte cependant un risque évident: un plaideur peu pressé d'entendre le tribunal prononcer une condamnation à son encontre pourra être tenté de fuir dans un premier temps le prétoire pour se ménager la possibilité d'y revenir ensuite afin de faire juger l'affaire sur les explications qu'il consentira alors à donner...

Un troisième mode enfin est sanctionnateur. Il consiste à donner à la victime de la violation du principe de la contradiction la possibilité de faire annuler l'acte du procès ou la décision élaborée sans discussion préalable. Ce recours en nullité est de la compétence du juge saisi de l'affaire, s'il concerne un acte isolé de l'instance en cours. Il sera soumis à une juridiction d'un degré supérieur s'il est exercé contre un jugement irrégulier.

Appréciables sous un angle purement technique, ces sûretés peu vent être classées en deux groupes: celui des garanties immédiates, jouant avant toute décision (A') définitive⁶⁴ et celui des garanties à posteriori, par l'exercice de voies de recours contre le jugement pris en l'absence de débat contradictoire (B').

§ 1. LES GARANTIES IMMÉDIATES

Les garanties immédiates du respect du principe dérivent essentiellement de l'office du juge. Dans la conception actuelle des rôles respectifs du juge et des plaideurs au cours de l'instance, il revient au premier de s'assurer à tout moment que la contradiction est effective. Les parties ne peuvent plus, comme le prévoyait l'ancien Code de procédure civile, paralyser le cours du procès par l'exception de

⁶³ Toutefois il ne faudrait pas penser que l'absent a automatiquement tort. Le défaut n'équivaut pas à un aveu et le juge doit examiner la demande même en l'absence de l'adversaire (art. 472 n.c.p.c.) — cf. par exemple, cass. Civ. II, 6 février 1980, J.C.P. 1980, IV, p. 156.

⁶⁴ Le jugement définitif est celui qui tranche le fonds du litige, un incident de procédure ou une fin de non-recevoir „de telle façon que l'examen du juge n'a plus à s'exercer sur ces questions”.

communication de pièces. Tout au plus peuvent-elles informer le juge des manquements de l'adversaire à son devoir de loyauté et lui demander d'exiger de ce dernier qu'il remplisse cette obligation, la question étant alors de savoir dans quelle mesure le juge est tenu d'y faire droit⁶⁵. Elles pourront, par ailleurs, demander sans tarder la nullité de l'acte, par exemple de l'acte d'instruction non contradictoire, au moyen d'une exception.

A. Le juge garant de la contradiction

L'alinéa 1 de l'art. 16 du nouveau Code de procédure civile, édicte: „Le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction.”

Ainsi, dès l'instant où il est saisi, le juge doit veiller à ce que les parties soient mises en situation d'exprimer leur défense. Il dispose, à cet effet, de nombreux pouvoirs; de devoirs pèsent également sur lui.

Il peut, tout d'abord, dans le procès contentieux, faire procéder à la réassignation de l'absent (art. 471, al. 1 n.c.p.c.). Cette réassignation pourra d'ailleurs être effectuée selon des modes plus formalistes que ceux prévus pour la première citation et certainement plus efficaces⁶⁶.

Il peut, de surcroît, inviter les plaideurs à citer à l'instance telle ou telle personne intéressée par la décision à venir.

Une fois les parties „en présence”, ou même après qu'il se soit assuré que les parties ont été régulièrement appliquées à l'instance, le juge doit procéder à l'instruction de l'affaire dans des conditions telles que chaque partie puisse critiquer les moyens de preuves fournis par l'adversaire, donc en assurant d'une part l'information et d'autre part

⁶⁵ Le juge peut considérer qu'il n'y a pas lieu à révocation de l'ordonnance de clôture et rejeter une demande en ce sens lorsqu'il constate „qu'une partie avait eu le temps nécessaire pour répondre aux conclusions de son adversaire signifiées avant l'ordonnance de clôture et que les conclusions complémentaires signifiées le jour même de cette ordonnance ne faisaient que reprendre des arguments déjà présentés et ne nécessitant pas de réponse” — cass. com. 12 mai 1980, J.C.P. 1980, IV, p. 280. Cpr. T.G.I. Marseille, 20 février 1974, Gaz. Pal. 1974, n° 2, p. 544. D'une manière générale le juge peut décider du moment à partir duquel il s'estime suffisamment informé et donc mettre fin à l'échange des points de vue. Mais „il doit ordonner la réouverture des débats chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement, sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avait été demandés” (art. 444 n.c.p.c.).

⁶⁶ Les actes des huissiers de justice sont minutieusement réglementés par les textes et offrent des garanties particulières: cf. Vincent, Guinchard, *op. cit.*, n° 423 s.

un temps de réflexion pour les plaideurs⁶⁷. Ainsi, dans une procédure écrite il veillera à ce que les conclusions soient échangées en temps utiles; dans une procédure orale, à ce que les parties puissent s'exprimer sur tous les points du litige, soit à une première audience, soit à une audience ultérieure.

Si un technicien a été désigné, un juge spécialement chargé du contrôle des opérations d'expertise, en assurera le caractère contradictoire (art. 155 n.c.p.c.). Si le juge de la mise en état procède lui-même à une enquête. Il doit alors convoquer les parties...⁶⁸.

Par ailleurs, quel que soit le caractère de la procédure, il peut, soit à la demande des parties, ou même d'office enjoindre un des plaideurs de communiquer les pièces dont il entend faire état⁶⁹, éventuellement sous astreinte. Il est d'ailleurs investi des mêmes pouvoirs pour obtenir d'un plaideur négligent ou de mauvaise foi qu'il restitue les pièces qu'il a reçues en communication.

Dans le même esprit, le juge à l'issue de la mise en état de l'affaire peut sanctionner le non respect de la règle de la contradiction des débats. Il ne doit en effet statuer qu'en fonction des documents puis les parties se sont régulièrement communiqués et il ne peut retenir dans sa décision que les moyens contradictoirement débattus (art. 16, al. 2). Mais tenu „d'entendre" les plaideurs, il aura à se prononcer sur tous les moyens⁷⁰ loyalement présentés devant lui.

L'étendue et la diversité de ces garanties en quelque sorte officielles d'une parfaite contradiction en justice ne doivent pas faire oublier que les plaideurs ont à leur disposition différents moyens d'imposer le respect du principe du contradictoire: outre la faculté qui leur est reconnue de mettre en marche les mécanismes procéduraux que nous venons de décrire — par exemple, en sollicitant du juge une injonction de communication des pièces — possibilité leur est donnée, mieux, invitation leur est faite de procéder à une vérification minutieuse de

⁶⁷ Une évaluation réaliste de ce temps de réflexion doit tenir compte non seulement de la durée du travail intellectuel mais aussi du temps nécessaire à l'avocat pour prendre contact avec son client qui lui-même devra peut-être rechercher des documents..., pour s'informer éventuellement auprès de techniciens... Sur tous les problèmes qui se posent dans la réalité quotidienne, cf. Boccara, *op. cit.*, n° 128 ss.; sur les transmissions de dernière minute, cf. *supra*, p. 50 ss.

⁶⁸ Cf. *supra*, note 23.

⁶⁹ Sur l'obligation pesant sur le juge d'ordonner la communication des pièces produites cf. par exemple, cass. soc. 18 avril 1980, J.C.P. 1980, p. 240. Il faut distinguer les deux notions de production et de communication des pièces — cf. J. Viatte, *Communication et production des pièces en justice*, Gaz. Pal. 1973, n° 1, doctrine, p. 406; J. J. Daigre, *La production forcée des pièces dans le procès civil*, Paris 1979,

⁷⁰ Et non sur tous les arguments — cf. *supra*, note 36.

la régularité de la procédure et de susciter immédiatement la sanction de tout vice l'entachant, en soulevant l'exception de nullité.

B. L'exception de nullité

Il peut arriver que, pendant l'instance un acte du procès, une mesure d'instruction... soient effectués à l'insu de l'un des plaideurs, de manière non contradictoire. Une bonne administration de la justice commande que cette irrégularité soit sanctionnée très vite, dès qu'elle est connue de celui qui peut s'en plaindre, le jugement à venir devant être à l'abri de toute critique quant au déroulement des débats qui l'ont préparé. Le mécanisme procédural qui permet pareille sanction est l'exception de nullité.

Ainsi, sans nul doute, l'atteinte au principe de la contradiction constitue une cause de nullité de l'acte ou de l'opération tenue secrète... En revanche, l'hésitation est permise sur la nature même de cette nullité. S'agit-il d'une nullité de fond ou d'une nullité de forme? La réponse à cette question est très importante au plan pratique en raison des différences qui existent entre les régimes processuels de chacune de ces nullités⁷¹. Elle est délicate dans la mesure où l'art. 117 du nouveau Code de procédure civile contient une énumération des nullités de fond dont le caractère limitatif est d'ailleurs actuellement discuté⁷².

Plusieurs auteurs n'en affirment pas moins que la violation du principe du contradictoire „règle de fond fondamentale” constitue une irrégularité de fond qui affecte non la rédaction de l'acte, ou l'exécution matérielle de la mesure d'instruction mais l'opération elle-même⁷³. Il est vrai que certaines dispositions de forme ne sont que le „véhicule” des règles de fond. Il n'en reste pas moins que techniquement le non respect de la contradiction se présente dans bien des cas comme la violation de telle ou telle disposition de forme précise. En sorte que les règles concernant les nullités de forme s'imposent et si elles ne

⁷¹ La nullité de forme doit être soulevée dès l'accomplissement de l'acte avant toute défense au fond (art. 112 n.c.p.c.) alors que la nullité de fond peut l'être en tout état de cause (art. 118 n.c.p.c.). Par ailleurs, la nullité pour vice de forme n'est prononcée qu'autant que l'irrégularité fait grief (art. 114 n.c.p.c.) alors que la démonstration d'un grief n'est pas exigée dans le cas d'une nullité de fond (art. 116 n.c.p.c.). La Cour de cassation sanctionne l'obligation faite aux juges de fond de vérifier l'existence d'un grief mais ceux-ci l'apprécient souverainement.

⁷² Cf. Vincent, Guinchard, *op. cit.*, n° 479.

⁷³ G. Cornu, note D.S. 1977, p. 126. En ce sens, Paris, 17 février 1976, J.C.P. 1976, IV, 337; Orléans, 10 janvier 1977, J.C.P. 1977, II, 18715.

suscitent pas, d'après la jurisprudence, de difficulté pratique quant au moment où l'exception de nullité doit être soulevée, en effet le vice paralysant par hypothèse la défense au fond l'exception de nullité lui sera nécessairement antérieure la recherche du grief subi par le plaideur se révèle au contraire plus malaisée. L'existence du grief ne saurait, en effet, être déduite automatiquement du vice entâchant l'acte⁷⁴. Elle doit être appréciée *in concreto* — mais il est bien certain que la nature même de l'irrégularité invoquée peut parfois dispenser de la preuve d'un grief. Comment, par exemple, être en mesure de répondre à une assignation non motivée en violation des dispositions de l'art. 56 du nouveau Code de procédure civile? En revanche, on conçoit que la nonconvocation d'un plaideur à une opération purement technique d'une expertise au cours de laquelle l'homme de l'art travaille seul, ne saurait entraver l'exercice de sa défense⁷⁵.

L'arme de la nullité est d'ailleurs donnée en cours d'instance à titre essentiellement comminatoire. Il s'agit d'obtenir les conditions optimales pour que se réalise pleinement la contradiction avant que le tribunal ne se retire pour délibérer. Ainsi, lorsqu'un plaideur soulève l'exception de nullité à l'encontre d'une assignation non motivée, l'adversaire précisera aussitôt dans des conclusions les motifs de l'acte introductif d'instance... Ou encore lorsqu'il a été procédé non contradictoirement à une mesure d'instruction, celle-ci pourra être refaite de manière parfaitement régulière.

§ 2. LES GARANTIES A POSTERIORI

Pour celui qui est concerné par une décision de justice prise en son absence, ou se fondant sur des documents inconnus de lui... l'ultime garantie de pouvoir exprimer sa défense consiste dans l'exercice d'une voie de recours lui permettant de remettre en cause cette décision, ou, s'il est un tiers au litige, d'obtenir qu'elle ne porte pas atteinte à ses intérêts.

Le recours ouvert à l'absent varie selon qu'il s'agit de faire naître une contradiction volontairement différée par le législateur (A), de rouvrir un débat qui n'a pas pu être contradictoire, dans un premier temps, en raison d'une impossibilité matérielle de réaliser la contradiction (B), ou encore de sanctionner une violation patente du principe (C).

⁷⁴ R. Perrot, R.T.D.C. 1974, p. 853.

⁷⁵ Genin-Meric, *Les mesures...*, n° 64.

A. Recours dans l'hypothèse d'une contradiction différée

Nous avons déjà envisagé le cas particulier de la procédure d'injonction de payer⁷⁶ dans laquelle le respect du principe du contradictoire est assuré par le jeu du contredit, voie de recours spécifique.

La situation n'est pas fondamentalement différente dans la procédure sur requête unilatérale lorsqu'elle tend au prononcé d'une mesure qui n'est efficace que si elle est prise à l'insu de l'adversaire (art. 493 n.c.p.c.). Certes, il ne s'agit pas, en l'occurrence, de régler le fond du litige mais la mesure sollicitée par le requérant peut être lourde de conséquences pour celui qu'elle vise (saisie-arrêt sur ses salaires, apposition des scellés sur son coffre en banque...).

Or celui-ci, par hypothèse, n'a pas pu faire valoir son point de vue. C'est pourquoi l'art. 17 du nouveau Code de procédure civile prévoit: „lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief”.

Ainsi l'absence de contradiction n'est, là encore, que provisoire. Celui que l'ordonnance sur requête concerne directement peut en „référer” au juge qui l'a rendue afin d'en obtenir la rétractation⁷⁷. Quant au tiers auquel l'ordonnance ferait grief, il peut former contre celle-ci tierce opposition.

Il est à noter que le juge dispose, dans le cadre du procès gracieux du pouvoir „d'entendre sans formalité les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision” (art. 27, al. 2 n.c.p.c.). Il peut donc susciter la contestation avant de rendre son ordonnance. Il s'ensuit selon un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 novembre 1979⁷⁸ que l'ordonnance rendue, après audition par le juge de l'intéressé par la décision à intervenir, a un caractère contentieux: seul l'appel devant la cour d'appel est dès lors ouvert à celui-ci. Mais, bien entendu, certaines mesures n'ayant d'effet que prises à l'insu de celui qu'elles concernent, le juge ne pourra alors que s'instaurer en „contradictoire légitime” du requérant avant de rendre son ordonnance. Après, il pourra être à nouveau saisi de l'affaire par voie de référé.

⁷⁶ Cf. supra, p. 54.

⁷⁷ Art. 496, al. 2 n.c.p.c.; R.T.D.C. 1977, p. 828, obs. R. Perrot; R.T.D.C. 1980, p. 816, obs. R. Perrot.

⁷⁸ R.T.D.C. 1980, p. 164, obs. R. Perrot.

B. Recours dans l'hypothèse d'une contradiction matériellement impossible

L'impossibilité matérielle de faire naître la discussion peut tenir soit à des raisons contingentes — le destinataire de la prétention n'a pu être informé de l'ouverture de l'instance, soit à la nature même des choses — le jugement affecte les intérêts de tiers dont l'identification au seuil du procès n'est pas nécessairement évidente⁷⁹. Dans le premier cas, celui auquel son absence ne peut être reprochée, disposera de l'opposition. Dans le second cas, la voie de recours offerte aux tiers intéressés pour se faire entendre sera la tierce opposition.

a) L'opposition

L'opposition, voie de recours de droit commun, tend à faire rétracter le jugement pris par défaut (art. 572 n.c.p.c.). Le juge qui a statué en l'absence d'un des plaideurs — dans les textes actuels, en l'absence du défendeur — le défaut du demandeur n'étant pas de nature à lui ouvrir l'opposition — est saisi à nouveau. Après avoir vérifié la recevabilité de l'opposition, il procède à un examen contradictoire des prétentions des parties qui conservent leurs qualités processuelles initiales (art. 577 n.c.p.c.) et qui sont appelées, le demandeur comme le défendeur, à développer leur argumentation sur le fond⁸⁰. Si celle-ci convainc le juge, il statuera à nouveau anéantissant le jugement rendu par défaut. Sinon, il se bornera à rejeter l'opposition le premier jugement se trouvant en quelque sorte consolidé et retrouvant son efficacité provisoirement suspendue par l'opposition.

Cette voie de recours constitue donc un mode très efficace de protection du plaideur qui a été privé d'un débat contradictoire. Mais l'expérience a révélé qu'en pratique, elle a été détournée de cette fonction et a été utilisée à des fins dilatoires par des justiciables peu pressés d'être condamnés. Aussi afin d'éviter ce risque le législateur français a progressivement rétréci le domaine de l'opposition. Il a utilisé à cette fin deux procédés: l'un, direct, a consisté à supprimer

⁷⁹ La situation est différente de celle envisagée plus haut, p. 43. Les occupants d'une usine en grève sont identifiables. Les tiers intéressés par un jugement peuvent être inconnus des parties à l'instance.

⁸⁰ L'instance doit, en effet, se dérouler dans des conditions normales (échange de conclusions communication des pièces, mesures d'instruction). Toutefois le débat doit rester dans le cadre de la demande primitive (art. 577 n.c.p.c.). Certains auteurs ajoutent même que si le demandeur peut former des demandes nouvelles, il ne pourrait en revanche présenter à nouveau des demandes écartées par le premier jugement (Vincent, Guinchard, *op. cit.*, n° 872).

l'opposition dans un certain nombre de cas, l'autre, indirect, a été de traiter comme des jugements contradictoires des décisions prises à la suite de débat qui se sont déroulés, en fait, en l'absence de l'une des parties.

Désormais, dans les textes actuels, la défaillance du défendeur n'est prise en considération pour justifier l'ouverture de l'opposition que s'il ne peut être soupçonné de mauvaise foi ou de négligence. De plus, si l'appel est ouvert, la voie de l'opposition est fermée, le défaillant perdant le bénéfice d'un degré de juridiction et n'ayant que la possibilité de se défendre devant la Cour d'appel (art. 473 du nouveau Code de procédure civile).

En revanche, le défaillant est protégé par des dispositions particulières relatives à la signification du jugement rendu par défaut (art. 478 n.c.p.c.) et à la possibilité d'un relevé de forclusion (art. 540 n.c.p.c.).

Le législateur entend bien éviter ainsi qu'une personne qui n'a pu être avertie d'une instance ouverte contre elle ne soit privée de son droit à un débat contradictoire. Dans le même esprit, a été organisée la tierce opposition.

b) La tierce opposition

Cette voie de recours, définie dans l'art. 582 du nouveau Code de procédure civile, tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit⁸¹.

Ainsi le tiers à un procès, qui par hypothèse ne s'est pas défendu avant la décision préjudiciant à ses intérêts peut revenir devant le juge qui l'a rendue et en obtenir la rétractation ou la réformation à son profit — ce qui peut d'ailleurs susciter des difficultés⁸².

Il s'agit là d'une protection des tiers d'autant plus sérieuse qu'elle peut jouer, à titre principal pendant une période de trente ans, en principe. Un tel délai crée d'ailleurs un halo d'incertitude autour de certains jugements. C'est pourquoi le législateur moderne l'a écourté en ou telle matière. Par ailleurs, il a posé une règle de portée générale dans l'art. 586, al. 3 du nouveau Code de procédure civile qui permet de

⁸¹ Vincent, Guinchard, *op. cit.*, n° 1010 ss.

⁸² Art. 591, al. 2 n.c.p.c. renvoyant à l'art. 584 n.c.p.c.: en cas d'indivisibilité du jugement à l'égard de tous les intéressés.

clarifier plus rapidement une situation en obligeant les tiers à réagir dans un délai de deux mois.

Ce moyen de participer à *posteriori* au débat judiciaire ne peut être, en principe, mis en oeuvre que par les tiers au procès initial, les parties à l'instance disposant d'une autre arme pour combattre les atteintes au principe du contradictoire, la question restant dès lors de savoir qui est tiers et qui est partie...

C. Recours dans l'hypothèse d'un non-respect de la règle du contradictoire

Lorsqu'au cours d'une instance à laquelle sont présents tous les acteurs⁸³, la contradiction n'a pas été parfaite, la victime de cette irrégularité peut obtenir d'une juridiction supérieure, Cour d'appel ou Cour de cassation, que la décision rendue au mépris de ses droits à un débat loyal, soit mise à néant. Elle a, à la fois, intérêt et qualité pour exercer pareil recours (appel ou pourvoi en cassation) nulle difficulté ne semble a priori pouvoir surgir sur ce dernier point. On imagine mal, en effet, qu'un individu qui n'a pas été cité en justice, qui n'a donc pas figuré dans une procédure, qui n'y a pas non plus été représenté puisse être condamné par le jugement y mettant fin. La réalité dément cette analyse. La jurisprudence révèle qu'on peut être partie à un jugement sans avoir été, nécessairement, partie à l'instance. La Cour de cassation approuvée par la doctrine⁸⁴ reconnaît dans cette hypothèse à la „partie au jugement” qualité pour faire appel.

Les devoirs et les droits des partenaires au débat judiciaire étant fort nombreux, ainsi que nous l'avons souligné, les hypothèses de violation du principe du contradictoire motivant la réformation ou la cassation le sont également, même lorsqu'on s'efforce de les dégager de la catégorie plus large des atteintes aux droits de la défense⁸⁵.

Certains sont tout simplement des cas d'information tardive. Des conclusions nouvelles⁸⁶ ont été déposées, des documents produits et communiqués après ou trop près de l'ordonnance de clôture... interdisant l'expression de toute réplique... On rappellera simplement ici toutes les difficultés et les incertitudes qui règnent en pratique sur l'exigence du

⁸³ La présence peut être simplement „réputée” dans le cas de jugements réputés contradictoires (art. 473 et 474 n.c.p.c.).

⁸⁴ Cass. com. 17 juin 1975, D. 1976, p. 75, note Julien. R.T.D.C. 1976, p. 404, obs. R. Perrot; 2 mars 1976, D. 1976, p. 693; 2 mai 1977, D. 1978, I.R. 57, obs. Julien.

⁸⁵ Cf. par exemple, Y. Lobin, note D.S. 1980, p. 559.

⁸⁶ Et non simplement des conclusions complémentaires ne faisant que reprendre une argumentation développée précédemment.

temps „utile” d’une part, sur l’effet paralysant de l’ordonnance de clôture⁸⁷ d’autre part avec cette seule remarque que le bon sens voudrait que tant que la décision n’a pas été prise par le juge, tout peut être fait si le principe du contradictoire est respecté⁸⁸, le seul risque étant de retarder, par cette pratique devenue trop courante, le cours de la justice.

Dans d’autres hypothèses, l’information a fait complètement défaut. Par exemple, l’une des parties a ignoré la date à laquelle l’affaire a été renvoyée, en sorte qu’elle n’a pu comparaître ou déposer son dossier⁸⁹ ou n’a pas eu connaissance d’une demande nouvelle⁹⁰ ou encore un des plaideurs n’a pas été convoqué à une opération d’expertise⁹¹ la question ayant été à cette occasion posée de savoir s’il ne suffit pas que le rapport de l’expert puisse être discuté par les parties pour que l’expertise devienne contradictoire⁹². Il se peut encore que le juge ait statué sur des documents qui n’ont pas été, en réalité communiqués. Tout le problème sera alors de faire la preuve de cette noncommunication. Pour le résoudre, la Cour de cassation a créé une présomption de régularité de la communication qui devrait jouer toutes les fois qu’au cours des débats aucune contestation ne s’est élevée relativement à une pièce dont il ne fait pas de doute qu’elle a été régulièrement produite. Toutefois, dans un arrêt du 10 juin 1976, la troisième chambre de la Cour de cassation a cassé une décision au motif qu’il n’apparaissait „ni des mentions de l’arrêt attaqué, ni du dossier de la procédure qu’une lettre retenue pour fonder la décision ait été produite ou communiquée à la partie adverse”. Comme l’a souligné Monsieur J. Normand⁹³ en l’occurrence il y avait doute également sur la production, ce qui expliquerait que la présomption de régularité a pu être combattue. Mais en pratique n’en est-il pas le plus souvent ainsi?

⁸⁷ Sur le problème, cf. *supra*, p. 50.

⁸⁸ Cf. *supra*, note 48 — ou la pratique des notes en délibéré.

⁸⁹ Paris, 2 mai 1979, *Gaz. Pal.* n° 6, 8 avril 1980, p. 13; *cass. soc.* 6 décembre 1979, *J.C.P.* 1980, IV, p. 66.

⁹⁰ *Cass. civ. I*, 14 février 1979, *J.C.P.* 1979, IV, p. 136.

⁹¹ A moins qu’il ne s’agisse que d’une expertise complémentaire n’ayant pas donné lieu à des constatations nouvelles: *cass. civ. II*, 6 février 1980, *J.C.P.* 1980, IV, p. 150.

⁹² Une jurisprudence très réaliste estime que non: *cass. civ. I*, 12 mars 1980; *J.C.P.* 1980, IV, p. 205.

⁹³ *R.T.D.C.* 1977, p. 369; *R.T.D.C.* 1979, p. 430, obs. critiques R. Perrot: „En généralisant la présomption de régularité et en l’étendant au cas où c’est la production elle-même qui est contesté, la deuxième chambre civile risque d’encourager des pratiques que la loyauté réproouve”. Comparer la mise en oeuvre de la présomption dans une hypothèse de production forcée: *cass. civ. III*, 10 juin 1980; *J.C.P.* 1980, IV, p. 323. Cf. dans le sens de l’arrêt cité *texte cass. soc.* 3 octobre 1980, *J.C.P.* 1980, IV, p. 406.

Un problème de preuve se pose également lorsqu'il s'agit d'établir que le juge n'a pas répondu à tous les moyens alignés par les parties au cours d'un débat oral. La jurisprudence de la Cour de cassation y a, de même répondu par une présomption: les débats oraux sont présumés contradictoires⁹⁴. D'où le mérite des conclusions écrites... avec cette réserve toutefois suscitée par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 11 octobre 1978 qui a décidé que „l'acceptation du dépôt par le secrétariat-greffe fait présumer que le dépôt desdites conclusions n'a pu être accepté par le secrétariat-greffe que sur justification de leur notification". Cette nouvelle présomption risque d'encourager, selon M. R. Perrot⁹⁵ certaines pratiques „qu'une bonne administration de la justice ne saurait tolérer", consistant à glisser subrepticement dans le dossier donné au juge des documents ignorés de l'adversaire...

En dépit des „tribulations" de l'art. 16, al. 2 du nouveau Code de procédure civile, dans lequel tous les juristes français, théoriciens ou praticiens veulent lire l'obligation faite au juge de soumettre à discussion préalable les modifications qu'il prend l'initiative d'apporter aux termes du débat judiciaire, le droit positif actuel offre une panoplie rassurante de mécanismes procéduraux tendant à instaurer une contradiction effective et loyale devant les magistrats. D'aucuns troubleront cette sérénité tirée de la contemplation des textes en rappelant, les uns, que telle ou telle tendance jurisprudentielle peut, nous l'avons constaté, susciter bien des craintes, les autres en dénonçant les atteintes que subit le principe du contradictoire dans les prétoires. Les premiers accorderont toutefois à la jurisprudence d'être perfectible. Les seconds reconnaîtront volontiers que la plupart des incidents qu'ils déplorent s'expliquent par l'éloge de l'habileté ou l'apologie de la tactique trop souvent faites au Barreau alors que l'idéal à atteindre est celui d'une totale loyauté dans la confrontation judiciaire⁹⁶. Seule une parfaite contradiction permet une justice éclairée et acceptée de tous, gagnants et perdants.

L'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, sans employer le terme de contradiction retient une conception identique du procès équitable. Ne lit-on pas, au § 3 que tout accusé — mais on peut entendre tout plaideur puisque les dispositions de ce texte visent également les procès réglant des contestations sur les droits et obliga-

⁹⁴ R.T.D.C. 1977, p. 825.

⁹⁵ R.T.D.C. 1979, p. 191.

⁹⁶ Sur l'exigence de loyauté comme principe directeur de l'instance, cf. J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris 1977, n° 539 ss., p. 414 ss.

tions de caractère civil — a droit à être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée des demandes dirigées contre lui, à disposer du temps et des facultés nécessaires à la préparation de sa défense⁹⁷, à se défendre...?

Université Jean Moulin — Lyon III

ABBREVIATIONS UTILISEES

D.S. — Dalloz-Sirey (I.R. = Informations rapides)
Gaz. Pal. — Gazette du Palais
J.C.P. — Jurisclasseur périodique — Semaine juridique
n.c.p.c. — nouveau Code de procédure civile
R.T.D.C. — Revue Trimestrielle de Droit civil

Régine Genin-Meric

ZASADA KONTRADYKTORYJNOŚCI W ŚWIETLE NOWEGO FRANCUSKIEGO KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

„Nie można rozstrzygnąć sprawy w stosunku do strony bez jej wysłuchania lub wezwania przed sąd”. W ten sposób została w nowym francuskim kodeksie postępowania cywilnego sformułowana zasada kontradyktoryjności, mająca dla tego postępowania znaczenie podstawowe. Takie prawne uświęcenie pewnego sformułowania dotyczącego wymiaru sprawiedliwości, dokonane przez ustawodawcę, który skądinąd wzmocnił oficjalną pozycję sądu, nie powinno mieć charakteru jedynie platonicznego. Dlatego należy ustalić, jakie wynikają zeń reguły techniczne zapewniające rzeczywiste przeprowadzenie dyskusji przed sądem (section I) oraz jakie są gwarancje przestrzegania zasady, o której mowa (section II).

Kontradyktoryjność postępowania sądowego musi się realizować między określonymi osobami (section I), które z jej punktu widzenia występują jako partnerzy (§ 1) — i w określony sposób (§ 2). Wyróżnia się partnerów naturalnych — powoda i pozwanego (A), partnerów ewentualnych — osoby trzecie zainteresowane w sporze (B) oraz sąd (C). Jeden z obowiązków tego ostatniego w omawianej dziedzinie polega na poddaniu pod dyskusję stron okoliczności mających znaczenie prawne, które zostały wzięte pod rozwagę z urzędu. Istnienie tego obowiązku pociąga za sobą pewne trudności, które zostały rozstrzygnięte w sposób, jak się wydaje, pożąda-

⁹⁷ En ce sens, la nouvelle rédaction de l'al. 3 de l'art. 16 n.c.p.c. par le décret n° 81, 500 du 12 mars 1981.

ny w tekście ustawy procesowej według brzmienia nadanego przez dekret z 17 maja 1981 r.

Unormowanie kontrydiktoryjności (§ 2) musi być określone, jeśli chodzi o jej przedmiot (A) — roszczenia stron, środki dowodowe, okoliczności mające znaczenie prawne, brane przez sąd pod rozwagę z urzędu, o jej zastosowanie praktyczne (B) — sposób przytaczania informacji przez strony, podjęcie obrony wobec stanowiska przeciwnika, jak i o czas, w którym powinna odbyć się rozprawa, a który przypadać musi w zasadzie przed wydaniem orzeczenia przez sąd.

Pojawia się tu problem gwarancji, które zapewniłyby skuteczną i lojalną realizację zasady kontrydiktoryjności (section II). Niektóre z tych gwarancji mają charakter bezpośredni (§ 1). Tak więc sąd jest gwarantem tego (A), że strony we właściwym czasie przytoczą informacje oraz skorzystają z przysługującej im możliwości odpowiedzi na oświadczenia przeciwnika; strony mogą podnieść zarzut, że czynność procesowa poprzedzająca wydanie wyroku dokonana została niezgodnie z zasadą kontrydiktoryjności (B), a w ostateczności mogą spowodować uchylenie orzeczenia wydanego z naruszeniem tej zasady (C).

Jeżeli nawet nowy francuski kodeks postępowania cywilnego nie daje odpowiedzi na wszystkie kwestie, jakie mogą nasunąć się w praktyce, to jednak zawiera liczne przepisy, których celem jest zapewnienie każdemu tak istotnego prawa, jakim jest prawo do wysłuchania przez sąd jego oświadczeń.