

## CONSIDÉRATIONS SUR LA THÉORIE DE LA PROCÉDURE CIVILE

Georges G. MITSOPOULOS\*

1. Le but de toute science est la connaissance de l'objet considéré. Cette connaissance s'acquiert par l'étude de l'objet selon une méthode déterminée. Le classement des connaissances ainsi acquises en un ensemble logiquement coordonné s'appelle un système. Et on appelle science l'ensemble des connaissances de même espèce coordonnées en système.

L'étude du droit devint une science du moment où elle fut entreprise selon une méthode déterminée. Soit depuis que l'on commença à procéder à l'analyse et à la synthèse des concepts juridiques, de telle sorte que du mouvement inhérent à la nature de l'intellect, avançant vers l'abstraction intellectuelle et rétrogradant vers l'individuel et le particulier, ressortissent les concepts premiers et fondamentaux du droit, ainsi que la possibilité du retour à l'étude de l'individualité de l'acte en tant que synthèse de sensible et d'intelligible et en tant que porteur d'un noème déontologique déterminé, positif ou négatif.

À l'histoire de la science juridique, en tant que partie de l'histoire de l'esprit, appartient l'exposé de la marche de la pensée juridique dans la voie précitée. Le dix-neuvième siècle constitue une étape, de même que le vingtième.

Le dix-neuvième siècle se distingue par la synthèse de l'élément historique avec l'élément systématique dans la méthodologie du droit. Savigny relève que l'élément historique et l'élément systématique sont également nécessaires dans l'étude du droit. Les éléments, chers à Savigny, de l'institution juridique et de la nature évolutive du droit perdent leur éclat dans la doctrine de son disciple Puchta, qui considère le droit comme un système de concepts interdépendants se ramenant à des concepts et des principes juridiques généraux, de telle sorte que les solutions partielles découlent, par la méthode déductive, de la force même du concept. Cette méthode appelée "conceptualiste", a contribué en ceci dans la théorie du droit: elle a permis de relever l'importance de la coordination logique des règles de droit en un système logiquement solide. Le positivisme rationaliste de Windscheid constitue la manifestation la plus complète: de l'analyse conceptuelle, de la construction juridique, de l'application de l'échelle logique en vue de la création de concepts plus

\* Professeur à l'Université d'Athènes.

généraux ainsi que de principes généraux du droit, et enfin de la structure systématique des règles dans une conception logique de l'ordre juridique. Cette méthode a cependant conduit la pensée juridique à la rigidité et à l'immobilité, et partant l'a tenue à l'écart de l'évolution de la vie sociale. C'est à cela qu'est due la réaction qui se manifesta contre une telle méthode pendant la dernière phase du dix-neuvième siècle, à l'époque où la force du positivisme absolu commença à s'ébranler. Le problème fondamental de l'interprétation du droit constitue le souci principal de la nouvelle tendance; et les points de vue sur ce problème dévoilent par leur diversité même, soit volontairement, soit même involontairement, la seule méthode appropriée à l'étude du droit, à savoir la méthode téléologique. Les opinions formulées quant au but dans le droit et à l'esprit objectif de la loi, détachent la pensée juridique de l'élément volitif du législateur et de la structure formelle des règles et rapprochent l'investigateur de la vraie base à partir de laquelle il faut interpréter le droit; et la floraison ultérieure de la philosophie du droit contribue au dévoilement du lien unissant l'idée et l'acte par le moyen du système axiologique consacré par le droit positif. Quelles furent les fluctuations de cette marche de la pensée juridique et quelles furent les exagérations sont des questions qui ne peuvent être exposées ici.<sup>1</sup> Mais cette marche n'est autre chose qu'une manifestation de la tendance continue de l'esprit dans son effort de découvrir le lien entre l'idée et la réalité, entre l'explication "causale" et la compréhension "téléologique" des phénomènes historiques.

2. C'est dans ce cadre que se meut aussi la théorie de la procédure, qui constitue une manifestation plus particulière de la théorie générale du droit et, en dernière analyse, de la philosophie du droit.

Théorie de la procédure civile veut dire connaissance de l'objet de cette théorie, savoir du phénomène qu'on appelle procès. Mais la connaissance de l'objet n'est possible que quand elle procède selon une méthode déterminée. Et la méthode que suit également la théorie de la procédure civile, est la méthode téléologique; car elle s'efforce de classer les règles de la procédure en un système tel que de son unité et du but qu'il sert à poursuivre, découle le sens véritable des règles en question. Mais une théorie sans pratique est vide, et une pratique sans théorie est aveugle. La théorie est donc indissolublement liée à la pratique de l'application du droit; car elle doit guider la pratique aussi bien qu'elle doit être guidée par cette dernière, de telle sorte qu'elle soit complétée ou réformée, lorsque ceci est téléologiquement induqué.

Nombreuses sont les questions sur lesquelles la théorie de la procédure civile prend position. Parmi ces questions, les suivantes sont aussi caractéristiques que substantielles:

a) Le droit d'intenter une action est-il concret ou abstrait? Autrement

<sup>1</sup> Sur le mouvement de la doctrine au dix-neuvième siècle v. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2e. ed. (1969), pp. 9 et s.

dit, est-il lié à un fait extra-procédural de sorte que l'existence d'un tel fait fasse naître le droit d'exiger de l'état qu'il rende un jugement favorable sur le fond, ou au contraire est-il abstrait, en ce sens que l'on reconnaît en faveur de la personne —comme constituant un droit public— le pouvoir de demander la réalisation du droit objectif quant au contenu de la prétention soutenue en justice?

b) Le procès doit-il être considéré comme un rapport juridique procédural ou au contraire comme une situation juridique, et quelle est la portée de la réponse donnée à cette question?

c) Quel est l'objet du procès, et quelle valeur faut-il reconnaître à la vive discussion théorique sur ce sujet?

d) Quelle est l'importance de l'élément formel et de l'élément élastique dans le procès?

e) Quelle est la gradation des actes de procédure, et quelle est la nature juridique de ce que l'on appelle contrats judiciaires dans un système procédural?

f) Quelle est la nature juridique de la chose jugée? Peut-on parler de nature créatrice ou déclarative de la chose jugée, ou la discussion sur ce sujet ne concerne-t-elle pas la chose jugée mais la nature du jugement en tant qu'acte juridictionnel de l'état?

g) Pouvons-nous parler de jugement injuste créant une situation juridique juste? Et

h) Quel est le but du pourvoi en cassation et quelles sont les limites du contrôle de la Cour de Cassation surtout en ce qui concerne les concepts dits indéfinis?

L'examen de ces questions<sup>2</sup> suffit pour montrer quelle est la valeur de la théorie générale de la procédure civile.

3. Au siècle passé l'ensemble du mouvement de la méthodologie du droit se limitait au cadre du droit civil.

La discussion menée au sujet du concept de l'action et les claires allusions de Savigny relatives à la création d'un nouveau rapport juridique par l'exercice de l'action eurent le résultat théorique suivant: la distinction conceptuelle entre le droit du fond et la prétention (*Anspruch*) entendue comme ayant trait au fond, et entre cette dernière et l'action en justice, créèrent les conditions théoriques indispensables pour que la procédure civile pût revendiquer sa propre indépendance et cessât de vivre —selon une expression heureuse— sur le crédit du droit civil. De plus, la doctrine relative à la nature des droits publics, par laquelle la méthode conceptualiste du droit privé avait été transportée dans le domaine du droit

<sup>2</sup> Un aspect général du mouvement de la doctrine contemporaine se trouve dans les études du Professeur honoré Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: a) *La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal* (1968); b) *Veinticinco años de evolución del derecho procesal 1940-1965* (1968); c) *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2e. ed. (1970).

public, avait créé le climat théorique permettant de considérer la procédure civile comme appartenant de nature au droit public.<sup>3</sup>

4. Par les travaux de Bülow et de Wach nous entrons dans la nouvelle époque.

L'opinion de Bülow selon laquelle le procès est un rapport juridique était fondamentalement juste. Mais son autre opinion, selon laquelle les présuppositions du procès (*Prozessvoraussetzungen*) doivent être conçues comme étant les conditions nécessaires à la validité de la genèse et de la conduite du procès, constituait un cercle vicieux. Car les présuppositions procédurales ne peuvent logiquement faire l'objet d'un examen dans un procès dont l'existence dépend de la constatation de l'existence de ces présuppositions.

D'autre part la doctrine de Wach, pour qui le droit à l'action en justice est une prétention du plaideur contre l'état et une obligation correspondante de celui-ci d'émettre un jugement favorable sur le fond (*Rechtsschutzanspruch*), malgré sa contribution à l'indépendance de la procédure civile par rapport au droit du fond et à l'éclaircissement de la nature de l'action déclaratoire, n'était pas convaincante. En effet, l'obligation de l'état n'a pas pour contenu l'émission d'un jugement favorable sur le fond, mais l'examen de la teneur de la "prétention procédurale" par ses organes juridictionnels selon un ordre préétabli, le tribunal se prononçant en tout premier lieu sur la recevabilité de la prétention, ensuite sur sa légalité et, si les conditions sont réunies, sur son bien fondé. Ces arguments fondamentaux, et plusieurs autres, n'ont pu être ébranlés par l'effort manifesté au cours de la dernière décennie, de faire revivre la théorie de Wach, étayée sur de vieux arguments suffisamment réfutés, que l'on cherche vainement à mettre de nouveau à profit.<sup>4</sup> Donc, il faut considérer comme plus juste la théorie contemporaine, qui soutient que le droit d'agir en justice n'est pas concret mais abstrait; c'est-à-dire que l'on accorde à la personne le pouvoir, de nature de droit public, de demander à l'état l'application du droit objectif quant à la "prétention procédurale" (*Prozessualanspruch*) contenant une assertion de droit fondée sur les faits allégués et étayant la demande.

5. Les procès est un rapport juridique. A cette juste opinion Goldschmidt a opposé sa théorie selon laquelle le procès serait une "situation juridique". Selon lui les relations qui naissent dans le procès entre les parties ne sont pas des rapports juridiques, ni des droits ou des obligations, mais des situations juridiques; autrement dit des rapports entre tendances opposées quant au comportement attendu du tribunal et, en fin de compte,

<sup>3</sup> Cf., W. Simshäuser, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny* (1965), pp. 46 et s.

<sup>4</sup> Cf., K. Schwab, *Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs, Zeit für Zivilprozess*, 81, pp. 412 et s. G. Mitsopoulos, \**L'action déclaratoire* (1947), pp. 17 et s.

quant au jugement attendu: soit des espérances, des possibilités et des charges.<sup>5</sup>

Goldschmidt s'est trompé.<sup>6</sup> Sur l'aspect sociologique du procès il a érigé l'étude juridique de celui-ci, s'étant parallèlement étayé sur le concept de la "situation juridique", sans avoir pu préalablement démontrer que le concept du rapport juridique ne peut constituer une notion fondamentale de la théorie de la procédure civile.

Le concept de procès ne peut être déterminé par les formes empiriques sous lesquelles les divers procès se manifestent. D'ailleurs le concept, indépendamment du degré auquel les sens concourent à le former, est une création de l'intellect, en tant que renfermant les caractéristiques principales d'un ou de plusieurs objets. Du fait que dans chaque procès il y a des espérances, des possibilités et des expectatives, il ne s'ensuit pas que ces éléments empiriques puissent déterminer le contenu conceptuel du procès. Ces éléments sont précisément ceux qui ont influé sur la création de la vieille maxime: *habent sua sidera lites*. Mais si dans la réalité empirique les procès ont leurs propres étoiles, il ne s'ensuit pas que la constatation découlant d'un tel aspect sociologique des procès puisse constituer un critérium essentiel pour caractériser le procès comme une situation juridique.

A la vérité, si l'on considère comme un rapport la raison exacte de la coexistence des objets conçus dans leurs relations mutuelles, le concept de rapport juridique, en tant que concept fondamental de la pensée juridique dans son ensemble, repose lui aussi sur une base solide. Car c'est un rapport de concepts juridiques en relation mutuelle. En conséquence le procès aussi, en tant qu'ensemble d'actes de procédure considérés comme formant une unité, est un rapport juridique: car la raison exacte de la coexistence des actes de procédure, est leur relation téléologique avec le but poursuivi au moyen du procès, à savoir la réalisation du droit.

6. Par l'exercice du droit d'agir en justice la "prétention procédurale" est soumise au tribunal comme la manifestation d'une demande de protection légale d'une forme déterminée, et en même temps comme un chaînon de liaison entre droit judiciaire et droit du fond. Celui qui recourt à la justice soutient que la réalité empirique était confirmée dans l'espace et dans le temps de façon telle qu'elle fonde en droit la protection légale demandée. En considération de cette forme, sous laquelle se présente l'acte du recours à la justice, la question s'est posée de savoir sur la base de quels éléments sera déterminé l'objet du procès. Entre le fait historique et la demande se place la subsomption de laquelle dépendra le ju-

<sup>5</sup> J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage* (1925) pp. 253 et s., *Zivilprozessrecht*, 2e. ed. (1932), p. 5.

<sup>6</sup> Contre la théorie de Goldschmidt v. les pénétrantes considérations de P. Callamandrei, *Riv. di diritto proc. civile*, 1927(1) pp. 219 et s., E. Michelakis, \**L'acte illicite procédural* (1944), pp. 30 et s.

gement sur le bien fondé de la demande en droit. Quant il s'agit de juger si le fait se subsume ou non sous une règle de droit unique, la question ne présente pas de difficultés sérieuses. Mais quand le même fait donne naissance à plusieurs prétentions concurrentes et poursuivant le même but, la question surgit de savoir si par l'exercice de l'action en justice, autrement dit par la soumission de la prétention procédurale au tribunal, les prétentions concurrentes ne perdent pas leur indépendance du fait de l'unité de la demande. En d'autres termes, l'objet de l'action est-ce une prétention procédurale unique ou plusieurs prétentions de fond? Le cas de l'action en indemnisation d'un dommage causé par un acte émanant d'une responsabilité simultanément contractuelle et extracontractuelle, constitue un exemple caractéristique, que l'on invoque habituellement pour présenter la question de manière représentative.

Le mouvement de la théorie sur le problème découle de la pensée d'éviter la multiplication des procès, quand ils s'étaient sur les mêmes circonstances de fait et sur la même demande. Selon l'opinion ancienne mais bien fondée, il s'agit d'une demande unique qui s'éteint cependant sur un concours de prétentions de fond, de sorte que seulement quand l'une de celles-ci est satisfaite les autres s'éteignent, à moins que ces dernières ne comportent quelque chose de plus, auquel cas elles subsistent quant à ce surplus. A l'encontre de cette doctrine la théorie s'est principalement engagée dans deux directions lesquelles, malgré leurs nuances variées et souvent imprécises, tentent d'envisager la question l'une du point de vue de la procédure, et l'autre du point de vue du fond. Selon l'une de ces théories, il s'agit d'une prétention procédurale qui s'épuise par le jugement en dernier ressort.<sup>7</sup> Selon l'autre, il s'agit d'une prétention de fond s'identifiant, quant à son but, à la demande de l'action en justice.<sup>8</sup>

L'étendue du mouvement théorique, quoique étant en rapport immédiat avec les dispositions de chaque droit positif, a cependant dépassé de telles limites. A notre avis on ne peut juger comme heureuses les orientations théoriques contemporaines sur le concept de l'objet du procès, peu importe que celles-ci se présentent sous la nuance de théories judiciaires ou de droit du fond. Car elles perdent de vue la structure logique de l'acte d'application du droit, qui est indissolublement liée tant à la structure logique de la règle de droit comportant deux parties, savoir l'antécédent et le conséquent, qu'au fonctionnement logique de la subsumption.

<sup>7</sup> Un exposé sur le problème *v.* pour le droit allemand, K. Schwab, "La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca", *Studi in onore di A. Segni*, iv, pp. 313 et s.; G. Baumgärtel, "Zur Lehre vom Streitgegenstand", *Jus* (1974), pp. 69 et s.; pour le droit italien, De Stefano, "Per una teoria dell'oggetto del processo", *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, iii, pp. 227 et s.; pour le droit français, L. Normand, *Le juge et le litige* (1965), pp. 75 et s., 99 et s., 134 et s.; Jean-Paul Gilli, *La cause juridique de la demande en justice* (1962), pp. 101 et s.; pour le droit grecque, A. Georgiadis, *Die Anspruchs konkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht* (1967), pp. 55 et s.

<sup>8</sup> Cf., A. Georgiadis, *op. cit.*, *supra*, nota 7, pp. 112 et s.

En fait, le conséquent juridique est examiné par rapport à l'antécédent qui l'étaie, de sorte qu'en excluant l'antécédent on exclut également le conséquent en tant que conséquent de cet antécédent. Mais quant l'antécédent n'est pas unique, soit quand le conséquent peut être étayé sur plusieurs antécédents, alors vu le caractère limité des antécédents qui dans le droit comportent les mêmes conséquents juridiques, il faut, pour exclure le conséquent d'une façon générale, donner au syllogisme juridique la forme d'un dilemme, d'un trilemme ou d'un polylemme, de sorte que, selon le nombre des antécédents, en posant l'un de ceux-ci on en pose également le conséquent et en l'excluant on exclut aussi le conséquent en tant que conséquent dudit antécédent, mais qu'en excluant tous les antécédents on exclut aussi le conséquent de façon générale.<sup>9</sup>

Quand il n'existe pas de rapport hiérarchique entre plusieurs règles, soit quand l'une n'exclut pas l'autre, elles l'appliquent en commun. Mais en cas de prétentions concurrentes, la structure du syllogisme juridique est telle que certains des éléments constituant la présupposition de chacune des règles de droit alternativement posées dans la majeure sont communs et d'autres sont différents. Dans un cas pareil —comme p. ex. en cas d'action en indemnisation fondée sur une responsabilité tant contractuelle qu'extracontractuelle— la constatation de l'absence, dans le cas connu, d'élément commun aux règles alternativement posées dans la majeure, p. ex. l'absence de négligence ou de lien de cause à effet, entraîne l'exclusion des antécédents posés, et de ce fait l'exclusion du conséquent quant à tous ces antécédents; alors que l'absence d'un élément non commun, soit particulier à chaque antécédent —comme p. ex. quand la durée de la vie de chaque action est différente—, entraîne l'exclusion du conséquent comme conséquent de l'antécédent écarté et non l'exclusion du conséquent par rapport à tous les antécédents alternativement posés. Quand donc le jugement du tribunal n'a pas couvert tous les membres de ce syllogisme mixte, il n'est possible, ni par la construction conceptuelle de la prétention procédurale, ni par le remaniement du concept de la prétention de fond, de couvrir ce défaut syllogistique. Car puisque la chose n'a pas été jugée en totalité, la protection légale demandée n'a pas été complète, et de ce fait le but du procès n'a pas été réalisé.

7. Connaissance veut dire découverte de la vérité. La vérité, c'est l'accord de l'objet conçu avec les règles de l'intellect dans leur ensemble. D'ailleurs les phases du processus cognitif de la conscience par lesquelles l'hypothèse se transforme en preuve, le doute en certitude, le problème en solution, ne constituent rien d'autre, sinon des phases de la puissance du jugement dans la recherche de la vérité. Car c'est le jugement qui, après avoir brisé l'unité de l'objet en tant que synthèse de matière et de

<sup>9</sup> Cf., G. Mitsopoulos, "Considérations sur la distinction du fait et du droit", *Studi in memoria di A. Segni*, III, pp. 430 et s.

forme, s'efforce de le reconstituer sous une forme nouvelle et dans un système logiquement correct quant à la matière et quant à la forme.

Les conditions sous lesquelles procède la connaissance judiciaire ne s'identifient pas toujours aux conditions gnoséologiques, tant en ce qui concerne l'objet qu'en ce qui concerne le mode de connaissance de celui-ci; car le juge se meut dans les limites posées par les règles de procédure qui déterminent également la méthode conduisant à la connaissance de l'objet de la preuve. Une corrélation existe cependant entre le but poursuivi par la preuve et les règles relatives tant à la répartition de la charge de la preuve qu'à la façon de combler la lacune gnoséologique, quand le degré de conviction requis par la loi quant à la véracité de la chose à prouver n'est pas créé chez le juge.

Est bien fondée l'opinion qui admet que les règles relatives à la charge de la preuve appartiennent au droit judiciaire; car non seulement ces règles sont immédiatement liées au but poursuivi par la preuve, mais encore c'est seulement dans le droit judiciaire qu'il peut être question des conséquences juridiques au cas où l'assertion avancée n'est pas prouvée.<sup>10</sup> Est également fondée la doctrine qui considère la charge de la preuve comme un problème de fonctionnement et d'application des règles de droit. A la vérité, puisque la règle de droit est une proposition hypothétique qui se compose de deux parties, savoir de la présupposition et de l'effet juridique, il s'ensuit que la survenance ou la non-survenance de l'effet juridique prévu dépend de la subsumption ou de la non-subsumption du cas historique sous la présupposition de la règle de droit, soit sous l'antécédent de la majeure du syllogisme juridique. En d'autres termes, quand quelqu'un soutient en justice la survenance à son profit d'un effet juridique, il doit invoquer et prouver que le contenu empirique de la présupposition de la règle de droit a existé dans la réalité comme un fait historique. La charge de la preuve n'est donc régie ni par la position des parties dans le procès, ni par le libellé de leurs assertions; c'est là un problème de l'application du droit, à savoir de la subsumption ou de la non-subsumption préconstituée du fait invoqué sous la présupposition de la règle de droit sur laquelle s'étaye la protection légale sollicitée par le demandeur et par le défendeur.<sup>11</sup>

8. La méthode suivie par le juge dans la reconstitution du fait historique est la méthode historique; en ce sens, que ce qui intéresse le juge

<sup>10</sup> Sur la discussion théorique v. droit allemand, Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 11e. ed., 1974) § 118, III, 4; A. Blomeyer, dans, *Gutachten für den 46 Deutschen Juristentag* (1966), Band 1, Teil 2a, pp. 9 et s.; droit italien, Liebman, *Manuale di diritto proc. civile*, II, § § 170-171, pp. 70 et s.; du même, "Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prove". *Riv. di diritto processuale* (1969), pp. 353 et s.; droit français, Vincent, *Procédure civile*, 16e. ed. (1973), § 703 et s.; droit grecque, Rammos, \* *Procédure civile*, 5e. ed. (1961) § 172, p. 503.

<sup>11</sup> Cf., Rosenberg, *Die Beweislast*, 5e. ed. (1965), § 9. Michele *L'onere della prova* (1966 ristampa), pp. 313 et s.; Simantiras, \* *La charge de la preuve*, 2e. ed. (1931), pp. 21 et s.



ce n'est pas la connaissance du phénomène en tant que manifestation et constatation d'une loi naturelle, mais sa connaissance dans ses éléments individuels et particuliers afin de déterminer quel est le sens déontologique de l'acte qui se manifeste comme un fait.<sup>12</sup> Quelles sont les ressemblances et les différences entre le processus de l'historien et celui du juge en ce qui concerne tant le mode de connaissance que le mode d'appréciation du fait historique, c'est une question qui ne peut être analysée ici.<sup>13</sup> Mais la caractéristique particulière de la connaissance judiciaire, qui constitue la clef ouvrant la porte vers la découverte de la vérité, c'est la forme dialectique du procès.

Dans la théorie de la dialectique on fait ressortir la dualité des formes sous lesquelles elle se manifeste.<sup>14</sup> A savoir:

a) Que la dialectique constitue une manifestation non pas statique mais dynamique du processus de la connaissance, du fait de l'opposition des allégations se référant au même objet, de laquelle la solution surgit par la suppression du conflit sous la forme de l'unité du concret, et

b) que dans les phases dialectiques du processus de la connaissance, chacune des phases constitue un dépassement créateur de la précédente et une présupposition de la suivante, de telle sorte qu'elle est déterminée par la précédente et détermine la suivante dans leur interdépendance vers la forme finale que le conscient attribue à l'objet dont on acquiert connaissance.

C'est cette forme que présente le procès, du fait de la thèse et de la contre-thèse, de l'assertion et de la négation, dont naissent les phases dialectiques du processus judiciaire, par lesquelles on est conduit à la possibilité d'une vraie connaissance.<sup>15</sup>

9. Le procès est la forme judiciaire par laquelle nous sommes conduits de la validité "normative" du droit à sa validité "effective".<sup>16</sup>

Le procès, en tant que procédure, est indissolublement lié au formalisme.

La valeur de l'aphorisme selon lequel la forme est la soeur jumelle

<sup>12</sup> Cf., G. Tsatsos, \* *Le problème de l'interprétation du droit* (1932), pp. 31 et s.

<sup>13</sup> Cf., P. Calamandrei, "Il giudice e lo storico", *Div. di dir. Proc. Civile*, 1939, I, pp. 105 et s.; G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione* (1937), pp. 128 et s.

<sup>14</sup> Cf., B. Groce, *Logica come scienza del concetto puro* 4e. ed. (1947), pp. 46 et s. Sur les diverses notions de la dialectique v. *Dailektik, Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 2e. ed. pp. 164 et s.

<sup>15</sup> Pour l'élément dialectique dans le procès cf., P. Calamandrei, *Istituzioni di dir. proc. civile*, I, § 46, pp. 167 et s.; II, § 107, p. 186. E. Redenti, *Scritti e discorsi giuridici*, I, pp. 428 et s.

<sup>16</sup> Sur la distinction entre la force normative et effective du droit v. G. Maridakis, \* *L'exécution des jugements étrangers* 3e. ed. (1970), § 6, p. 88; H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (1944), § 7, II, p. 42, § 38, pp. 438 et s.; K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürg. Rechts* (1967), pp. 46 et s., 125 et s.

de la liberté ne s'est manifestée dans aucune branche du droit plus intensément qu'en procédure.

La nécessité de l'existence de formes est dictée non seulement par la position procédurale des parties l'une envers l'autre, mais aussi par celle des parties envers le tribunal. Les formes préviennent les surprises et les erreurs dans le procès, et de plus assurent la marche vers la connaissance et le jugement selon un ordre et une méthode déterminés. Alors, l'ordre juridique contribue à rendre correctement la justice, quand l'application des règles du droit du fond sur un pied d'égalité est assurée par des règles de procédure préétablies appliquées elles aussi selon le principe d'égalité.<sup>17</sup>

Un formalisme extrême conduit cependant à des exagérations et crée le danger de ne pas atteindre le but du procès. De là la nécessité, relevée depuis longtemps, de la combinaison de l'élément formel et de l'élément élastique dans le procès. Cependant dans le droit judiciaire il n'était pas possible d'obtenir l'élasticité par l'interprétation, comme on l'a obtenue en droit civil. Car en droit civil, le formalisme était conceptualiste et partant il était possible que par l'interprétation téléologique le concept acquit cette plasticité qui en eût permis l'adaptation aux nouvelles formes de la vie sociale. Alors que dans le droit judiciaire le formalisme excluait la possibilité d'une interprétation téléologique, en raison des nullités encourues en cas de violations de forme. Le nouveau Code de Procédure Civile Hellénique a non seulement élargi la règle, admise aussi par l'ancien code, selon laquelle la nullité est déclarée en principe seulement en cas de préjudice ne pouvant être réparé autrement, mais encore introduit plus généralement dans le procès tant l'élément élastique que l'élément important de l'humanité, notamment par la consécration du devoir de vérité et de l'observation des règles des bonnes moeurs et de la bonne foi. (CPC. 117.) Le respect du principe de la bonne foi, en combinaison avec la confiance créée par la conduite de chaque partie envers l'autre, signifie l'interdiction d'un comportement en procédure se manifestant: soit par l'exercice d'un droit procédural acquis par dol, soit par une conduite procédurale contraire à une conduite extrajudiciaire antérieure, soit par l'exercice abusif d'un droit procédural légalement existant.<sup>18</sup>

10. Le but du procès place dans une union téléologique l'ensemble des actes de procédure.

On discute en théorie sur la graduation des actes de procédure du fait de la forme particulière du procès. La notion d'invalidité, en tant que concept supérieur couvrant tout cas de fonctionnement irrégulier de

<sup>17</sup> Cf., F. Baur, *Richtermacht und Formalismus im verfahrenrecht*, dans, *Summum ius summa injuria* (1963), pp. 97 et s.

<sup>18</sup> Cf., G. Baumgärtel, "Treu und Glauben im Zivilprozess", *Zeitschr für Zivilprozess*, 1973, pp. 353 et s. Rammos, \* *Institutions de la procédure civile* (1969), t. 2, pp. 576 et s.

l'acte juridique dans un sens large, a également sa place dans la graduation des actes de procédure; et suivent les sous-distinctions de ces derniers: en actes existants et inexistant; recevables et irrecevables; valables ou nuls; fondés et infondés. Est inexistant l'acte auquel le droit refuse d'accorder une forme juridique et que de ce fait il considère comme juridiquement non avenu. Est irrecevable l'acte qui ne remplit pas les conditions que la loi a prévues pour permettre d'en contrôler le contenu. Est nul l'acte entaché d'un défaut qui l'empêche de produire l'effet procédural poursuivi par son accomplissement. Est infondé l'acte dont le contenu exclut l'admission de la demande y formulée, vu qu'il n'est pas en harmonie avec les règles du droit du fond ou de la procédure.<sup>19</sup>

11. On discute aussi de l'autonomie de la volonté privée dans le procès civil. Les limites dans lesquelles les contrats procéduraux sont permis, leur nature juridique et les règles qui y doivent être appliquées, constituent les points principaux de la discussion. On peut dire qu'est bien fondée l'opinion qui tend à inclure les contrats procéduraux dans les actes de procédure au sens le plus large.<sup>20</sup> Car, à la vérité, il s'agit d'un acte juridique déterminant un effet procédural; soit d'un comportement purement procédural se classant conceptuellement dans le système judiciaire tant par le but régissant l'ensemble du système que par la place téléologique occupée dans le système par l'institution procédurale particulière à laquelle ce comportement se réfère. C'est pourquoi les contrats relatifs à la preuve p. ex. devraient être considérés comme recevables seulement quand une telle réglementation conventionnelle permettrait d'arriver à une connaissance judiciaire plus sûre, mais non dans le cas inverse.

12. On discute enfin sur la question du signe caractéristique des mesures conservatoires. Le but intermédiaire poursuivi par ces mesures était non seulement leur indépendance procédurale, mais en même temps la raison de la force provisoire du jugement rendu, par suite du rapport téléologique de celui-ci avec le litige principal.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Cf., pour la théorie allemande, Rosenberg-Schwab *op. cit.*, *supra*, nota 10, § 63; pour la théorie italienne, Denti, "Note sui vici della volontà negli atti processuali", dans *Studi nelle scienze giuridici e sociali dell'Univ. di Pavia* (1959), pp. 3 et s.; pour la théorie française, Solus-Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, pp. 363 et s.; pour la théorie grecque, Michelakis, \**L'acte illicite procédural* (1944), pp. 44 et s. C. Beis, \**L'invalidité de l'acte procédural* (1968), pp. 38 et s. 70 et s.

<sup>20</sup> En ce sens S. Delicostopoulos, \**L'autonomie de la volonté privée dans la procédure civile* (1965), pp. 113 et s.; Cf., J. Hellwig, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages* (1968), pp. 31 et s.; G. Baumgärtel, "Neue Tendenzen der Prozesshandlungen", *Zeitschr für Zivilprozess*, t. 87 (1974), pp. 121 et s.

<sup>21</sup> Cf., Economides-Livadas, \**Procédure civile*, 7e. ed. (1925-1927), § 119, p. 110; G. Economopoulos, \*dans les Travaux de la Commission de rédaction d'un nouveau code de proc. civile, t. 5, pp. 174; K. Kerameus, "Der einstweilige Rechtsschutz vom standpunkt der neuen griechischen Zivilprozessordnung", dans *la Vol. en mémoire E. Michelakis* (1972), pp. 411 et s.; Cf., pour la théorie italienne, Calamandrei, *Introduzione a lo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*

13. Le caractère oral et immédiat de la procédure en combinaison avec le maintien de la même composition du tribunal depuis le commencement jusqu'à la fin du procès, forment le mode le plus propice à une juste composition du litige. Mais cette question se trouve en relation directe avec le nombre d'affaires auprès de chaque tribunal, ainsi qu'avec une parfaite organisation de l'administration de la justice. Sans ces conditions, l'institution du juge rapporteur sera nécessaire indépendamment des nuances que celle-ci présente dans les droits positifs où on la rencontre.

14. Le conflit doctrinal sur la question de la nature de la chose jugée a déjà commencé à fléchir. Car on s'est aperçu que son importance, du point de vue des manifestations pratiques, dépend principalement de l'interprétation de dispositions positives, et non des orientations théoriques. On pourrait même dire que la même solution peut être étayée tant sur la théorie substantielle que sur la théorie procédurale. Néanmoins l'importance théorique du problème demeure entière.<sup>22</sup>

La contribution de la théorie procédurale réside en ceci: qu'elle a réussi à détacher le concept de chose jugée de la qualification du jugement de juste ou d'injuste, et à déterminer ce concept sur la base des règles du droit judiciaire. Toutefois, dans la poursuite de cet effet elle a outrepassé les limites procédurales par la liaison du concept de chose jugée avec la nature déclaratoire du jugement. La contribution de la théorie substantielle réside en ceci: que par la liaison du concept de chose jugée avec le contenu du jugement, elle a repéré la fonction du jugement injuste comme constitutif de droit. Mais dans la poursuite de cet effet et dans le but de sauvegarder l'union du droit du fond et du droit procédural, elle a outrepassé les limites de la chose jugée par l'attribution au jugement d'une force de pénétration dans la sphère du droit du fond.

C'est à tort que le concept de chose jugée a été lié tant à la qualification du jugement de juste ou d'injuste, qu'à la nature constitutive ou déclarative de celui-ci. Car la chose jugée, en tant que conséquence du jugement, lie le juge à venir indépendamment du caractère constitutif ou déclaratif du jugement, et indépendamment de la qualification de celui-ci de juste ou d'injuste. A la vérité, la nature constitutive ou déclarative du jugement est liée non pas au concept de chose jugée, mais à

(1937): pp. 9 et s.: pour la théorie allemande, O. Jauernig, "Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen". *Zeitschr für Zivilprozess*, t. 79 (1966), pp. 321 et s.; F. Baur, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz* (1967). D. Leipold, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes* (1971).

<sup>22</sup> Pour un aspect d'ensemble sur le problème Cf., pour le droit allemand, Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 11e. ed., § 152, II; Stein-Jonas-Schönke-Pohle/Leipold, *Kommentar* 19e. ed., § 322, III, 5; pour le droit autrichien, Fasching, *Kommentar*, III, pp. 690 et s.; pour le droit italien, G. Pugliese, "Cosa giudicata", *Enciclopedia del diritto*, XVIII, pp. 785 et s.; pour le droit français, Vincint, *Procédure Civile* 16e. ed.: § § 75-84; droit grecque, Rammos, dans, Glasson-Tissier-Morel, *Traité de procédure civile* (traduction grecque), t. 4, § 768, a; Fragistas,\* "chose jugée acquise par dol", *Themis*, 54, p. 143; Sinaniotis,\* *Interprétation du Code de procédure civile*, t. 3, pp. 96 et s.

la structure logique du jugement en tant qu'acte juridictionnel de l'état; alors que la qualification du jugement de juste ou d'injuste se relie au contrôle du jugement exercé après coup dans les limites reconnues par le droit positif. En conséquence, la force du jugement constituera toujours un accord de celui-ci avec une catégorie de règles de droit et non avec le droit dans son ensemble, de sorte que nous ne pouvons parler de jugement injuste à effets justes, et de jugement juste à effets injustes.

Ce qui toutefois a été jugé et statué vaut entre parties comme droit. Donc, l'autorité de la chose jugée matérielle (*materielle Rechtskraft*) consiste dans la force obligatoire pour le juge de ce que le jugement a retenu; étant indifférent de ce point de vue si dans le jugement comme acte juridictionnel se cache une erreur ontologique ou juridique. La chose jugée comme conséquence juridique du jugement ne peut se confondre avec l'influence que peut avoir la sentence dans le domaine du droit du fond. C'est alors une affaire propre du droit du fond que de savoir si la chose jugée constituera en outre un élément de la présupposition d'une autre règle du droit du fond en vue de la survenance d'un autre effet juridique, comme p. ex. si une vie plus longue sera attribuée au droit reconnu, ou si le droit non reconnu subsistera comme une obligation naturelle, ou si en matière d'obligation solidaire la chose jugée, comme événement survenu, opérera subjectivement ou objectivement envers les autres codébiteurs.

15. Question de fait et question de droit constituent des concepts fondamentaux de la théorie générale du droit. Dans la distinction du fait et du droit rentre, comme élément dominant, le concept du fait. Fait positif et fait négatif constituent des distinctions du fait. L'opinion qui relie le concept du fait négatif à la négation d'un jugement affirmatif donné ou supposé, convient mieux au droit judiciaire que l'opinion qui admet que le fait négatif doit être conçu de façon indépendante, soit comme un "non-être". Car pour étayer un jugement sur l'inexistence du fait, il faut prouver que la réalité était conformée d'une manière excluant l'existence du fait. Nous pouvons dire que le fait est: tout ce qui dans la vie historique se manifeste comme contenu empirique d'une présupposition positive ou négative d'une règle de droit, et est ontologiquement connu moyennant des jugements en concernant l'existence et la substance.

La façon dont le droit étranger est traité en procédure ne constitue pas une négation de sa nature comme droit. Cette juste opinion a été admise par le nouveau Code de Procédure Civile Hellénique qui ne l'a pas considéré comme un fait, mais a consacré en faveur du tribunal le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la preuve, s'il en ignore l'existence en tant que règle de droit (article 337).

16. Le but de la cassation, auquel se relie la distinction délicate du fait et du droit, préoccupe vivement la doctrine. Ce n'est pas l'unité de la jurisprudence, mais l'application correcte du droit qui constitue le but principal de la cassation. A ce but se relie la tendance des Cours de Cassation à étendre les limites du contrôle même en cas de violation des

règles de la logique ou des maximes d'expérience dans l'appréciation des preuves. La question se relie à l'existence d'une disposition de procédure fournissant un fondement interprétatif sérieux à la création d'un tel motif de cassation. La disposition de l'art. 286 de la Procédure Civile Allemande, selon laquelle: "le jugement doit mentionner les motifs qui ont été décisifs dans la création de la conviction judiciaire", a constitué le fondement interprétatif de la jurisprudence constante de la Cour de Cassation Allemande dans ce sens. Une disposition semblable se trouve dans l'article 340 al. 2 du nouveau Code de Procédure Civile Hellénique, selon laquelle: "le jugement doit mentionner les motifs qui ont conduit le juge à la formation de sa conviction". Cette disposition, en combinaison avec celle qui consacre le défaut de base légale comme motif de cassation, fondent l'élargissement des limites du contrôle de la Cour de Cassation.

Donc nous pouvons dire qu'il y a aussi manque de base légale quand dans l'appréciation des preuves les règles de la logique et les maximes d'expérience ont été violées, même si, grâce à un saut syllogistique, la description du fait tirée de l'appréciation des preuves se présente comme étant claire et précise.

Puisque la violation de la règle de droit constitue le fondement de l'institution de la cassation, par nécessité logique le contrôle en cassation s'étend sur toute interprétation et application d'un concept juridique. Entre les genres suprêmes et les espèces infirmes dans lesquels se meut le raisonnement juridique, il ne peut exister de limite discriminative stable entre censurable et incensurable dans le processus syllogistique de concrétisation et d'application des concepts dits indéfinis.<sup>23</sup>

17. La discussion théorique sur le signe distinctif entre juridiction contentieuse et juridiction gracieuse est encore vive. A notre avis la juridiction gracieuse n'a pas pour objet un droit par rapport auquel on requiert un jugement déclaratif, constitutif ou condamnatif. En effet, en ce qui concerne la juridiction gracieuse, de deux choses l'une: ou bien il n'existe pas de droit mais seulement les présuppositions consacrées par la loi qui imposent un acte de constatation ou un acte constitutif du tribunal créant tantôt un rapport juridique, et tantôt le fondement pour la création d'un tel rapport; ou bien il existe un droit, mais pour des raisons de fait ou de droit, la volonté de l'exercer fait défaut. Donc, par la juridiction gracieuse l'acte du tribunal supplée à l'élément de la présupposition de la règle de droit qui fait défaut au cas concret, de manière de rendre possible la survenance de l'effet juridique, dans le sens toutefois non pas de la fonction restitutive du droit tendant à rétablir l'ordre juridique qui a été troublé, mais de sa fonction déterminative.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Cf., mon rapport général présenté au 4ème Congrès International de la Procédure civile tenu à Athènes, *Rapports et procès verbaux* (Athènes 1972), pp. 59-60.

<sup>24</sup> Cf., G. Mitsopoulos, "Considérations sur la notion de juridiction gracieuse", *Festschrift für P. Zepos* (1973), 1, pp. 311 et s. Pour les nouvelles tendances

théoriques sur le problème *cf.*, pour le droit français, Solus-Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1 § § 482-502; pour le droit italien, E. Fazzalari, "Giurisdizione volontaria", *Enciclopedia del diritto*, xix, pp. 330 et s.; pour le droit allemand, F. Baur, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (1955), pp. 7 et s. *Grundbegriffe der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (1973), pp. 13 et s.; W. Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 5e. ed. (1971), pp. 16 et s.; *cf.*, aussi Niceto Alcalá-Zamora, "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria", *Studi in onore di E. Redenti* (1951), 1 pp. 3 et s., "Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria", *Atti del 3o. Congresso internazionale di diritto proc. civile* (1969), pp. 533 et s.

N. B. Les études marquées d'un astérisque sont écrites en langue grecque. C. Pr. Viv. = *Nouveau Code de Procédure Civ. Grecque*, qui a été mis en vigueur à dater du 15/9/1968. Il a été traduit en allemand par G. Baumgärtel, G. Ramos: *Das griechische Zivilprozess-Gesetzbuch mit Einführungsgesetz* (Heymanns Verlag). Il faut cependant noter que par le D. L. 958/1971 ce Code a été modifié, entre autres quant à l'institution du juge rapporteur et par l'abrogation d'autres articles. Par suite de ces modifications, des numéros nouveaux ont été donnés aux articles, et c'est sous ces nouveaux numéros que certains articles ont été cités dans le texte.