



Bibliographie

V. Bolard et M. Pierrat, « Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky », Journées multilatérales de l'Association Henri Capitant. — Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2019, 377 pages.

Cet imposant ouvrage de droit procédural comparé publie les contributions des récentes Journées luxembourgeoises de l'Association Henri Capitant. Il offre — c'est un véritable cadeau — une analyse exhaustive, théorique et concrète, de l'office du juge et du rôle des parties dans le procès civils en droits allemand, belge, français et luxembourgeois. Dès l'entame de ce livre Myriam Pierrat et Vincent Bolard rappellent que Henri Motulsky (1905-1971)¹, qui avait une culture juridique franco-allemande et excellait à la fois comme professeur et comme praticien, a inspiré « le célèbre texte » des articles 1^{er} et suivants du Code de procédure civile français regroupés sous le titre « Les principes directeurs du procès » (dont notamment les règles synthétisées par l'adage *Damihifactum, dabitibiis*), repris en 1996 aux articles 50 et suivants du NCPC luxembourgeois. Ce très éminent processua-

liste a aussi exercé et ne cesse d'exercer — notamment en Belgique — une influence considérable sur la jurisprudence et la doctrine². De façon récurrente, son immense apport à la procédure civile donne lieu à des manifestations scientifiques³ dont celle de Luxembourg, en octobre 2018, est la dernière en date.

Dans une pénétrante contribution liminaire sur la « Philosophie des principes directeurs » (pp. 9 à 45), Vincent Bolard, grand artisan de ce colloque, explique que ces principes (principe d'initiative, principe dispositif, principe de juridiction et principe de contradiction) trouvent, suivant la terminologie aristotélicienne, leur fondement, dans la cause efficiente soit l'impartialité, et leur aboutissement dans la cause finale soit l'effectivité ou l'application concrète et effective des règles de droit. Ensuite une place particulière est réservée aux principes directeurs du procès en droit européen; Georges Ravarani examine successivement l'équité du procès devant les juridictions nationales et l'équité du procès devant la C.E.D.H. et la C.J.U.E. (pp. 47 à 78).

Suivant le mode opératoire éprouvé des Journées multilaté-

rales de l'Association Henri Capitant, un questionnaire détaillé (pp. 81 à 93) a été soumis aux rapporteurs nationaux (Thomas Riehm et Thomas A. Heiss pour l'Allemagne, Jean-François van Drooghenbroeck pour la Belgique, Lucie Mayer pour la France et Thierry Hoscheit pour le Luxembourg) qui, en suivant ainsi le même plan, ont établi leur contribution, ce qui favorise la stimulante lecture transversale de celles-ci. Ces textes (pp. 95 à 298) ont ensuite été synthétisés, par principe directeur, dans quatre rapports généraux (Hakim Boularbah pour le principe d'initiative, Beate Gsell et Sebastian Henke pour le principe dispositif, Séverine Menétrey pour le principe de juridiction et Serge Guinchard pour le principe de contradiction, pp. 301 à 372). Les observations finales d'André Prüm (pp. 375 à 377) clôturent l'ouvrage.

Cette simple présentation générale du contenu, parfaitement articulé, de ce livre est révélatrice de sa richesse. Il est assurément impossible d'en rendre compte en quelques paragraphes tant il fourmille, de bout en bout, de développements et d'enseignements importants pour le juriste soucieux de mieux maîtriser, en théorie et en pratique, le procès civil. On se limitera, dès lors, à étoffer brièvement chacun des quatre principes directeurs en mettant parfois l'un ou l'autre thème en exergue.

Le principe d'initiative signifie que, sauf exceptions, seules les parties peuvent déclencher et arrêter l'instance. Ce principe, qui puise sa source dans la conception libérale du procès fondée sur

le respect de la liberté individuelle des plaideurs dans la mise en œuvre des droits dont ils ont la libre disposition (p. 98), est à distinguer du principe dispositif qui ne concerne que l'étendue du litige (p. 302).

Le principe dispositif (*Damihifactum*), dont le corollaire est le principe de la neutralité du juge, implique que les parties déterminent la matière litigieuse, c'est-à-dire l'objet factuel du litige, la cause factuelle du litige et l'objet de la preuve à mettre en relation avec la théorie du fait constant : le juge peut-il ou doit-il tenir pour constants les faits allégués et non contestés ? La réponse à cette question révèle « les plus grandes divergences entre les quatre systèmes juridiques analysés. Tandis que la question de savoir si les parties peuvent obliger le juge français à tenir pour vrai un certain fait sans que ce dernier ait été actuellement établi n'est actuellement pas nettement clarifiée (pp. 114-120), la théorie du fait constant ne s'applique que dans un sens limité en droit belge (pp. 168-183)⁴ et luxembourgeois (pp. 234-235). En revanche la théorie du fait constant est codifiée en Allemagne au § 138, alinéa 3, ZPO⁵ (pp. 282-283) de telle sorte que le juge allemand est, en règle générale, lié par un fait même s'il est faux » (Rapport général, p. 327).

Le principe de juridiction (*Dabitibiis*) signifie que le juge doit dire le droit. Toutefois « si le principe dispositif implique une indisponibilité du fait pour le juge, le principe de juridiction n'emporte aucune indisponibilité du droit pour les parties »⁶ (p. 27)

(1) Sa vie fut « extraordinaire et longtemps tragique » (G. BOLARD et F. MOTULSKY, *Témoignages, Procédures*, mars 2012, p. 6 ; voy. ci-dessous la note 3). « En 1933, il fuit la menace nazie et s'installe en France (il sera le seul survivant de sa famille). ... La déclaration de guerre en 1939 ne le laisse pas passif. Il s'engage dans la Légion étrangère qui l'envoie dans le Sud algérien. ... Dès 1941, il intègre le maquis (en Haute-Provence) où il rédige une première version de sa thèse de doctorat. » (G. BOLARD, « Motulsky Henri », in L. CADDIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Presses universitaires de France, 2004, p. 915) les très célèbres « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé » (Paris, Sirey 1948, rééd. en 1991).

(2) Albert Fettweis, mon maître, écrivait dans son *Manuel de procédure civile* (Faculté de droit de Liège, 2^e éd., Liège, 1987) que « l'essentiel de l'œuvre de Motulsky sur les principes directeurs du procès civil diffusée entre 1954 et 1964, dans le temps

même où le Code judiciaire est élaboré, a influencé la réforme judiciaire belge » (p. 60, n^o 55); ainsi, l'article 807 du Code judiciaire « est incompréhensible si on refuse de le lire à la lumière des travaux cités de Motulsky » (p. 74, n^o 61D et la note 4 ; p. 88, n^o 71, note 5). En un mot, ses analyses sont à la base de notre droit positif, ce qu'il développait en examinant longuement la cause de la demande (pp. 60-83) mais, souligne Jean-François van Drooghenbroeck dans le *Rapport belge de ces journées*, ce n'est que par un arrêt « historique » du 14 avril 2005 que la Cour de cassation de Belgique adoptera la conception factuelle de la cause (pp. 199-205, n^{os} 45-52).

(3) Ainsi, le 20 décembre 1991, vingt ans après sa disparition, une journée à la mémoire de Henri Motulsky a été organisée en la Grand' Chambre de la Cour de cassation de France ; les contributions présentant, outre un très vibrant hommage biographique de Jean Foyer, ancien garde des sceaux, une synthèse de son œuvre

ont été publiées par la Cour de cassation de France dans une plaquette intitulée « Journée Henri Motulsky - 20 décembre 1991 ». Vingt plus tard, le 20 janvier 2012, le Centre de recherche en droit privé de l'Université de Caen Basse-Normandie a organisé un « Colloque organisé à l'occasion du quarantième anniversaire de la disparition de Henri Motulsky » sur le thème « Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? ». Les travaux de cette manifestation scientifique, précédés des émouvants témoignages de son fils François Motulsky et de son disciple Georges Bolard, ont été publiés dans la revue *Procédures* du mois de mars 2012, pp. 5-61.

(4) Il sera intéressant de vérifier si cette approche du droit belge sera maintenue lorsque sera entré en vigueur (le 1^{er} novembre 2020) l'article 8.3, alinéa 1^{er}, du nouveau droit de la preuve : « Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les faits ou actes juridiques doivent être prouvés lorsqu'ils sont allégués et contestés ».

(5) « Ce texte impose d'abord aux parties de formuler leurs déclarations quant aux circonstances de fait de façon exhaustive et conforme à la vérité (§ 138, alinéa 1^{er}). En outre chaque partie est tenue de s'exprimer sur les faits allégués par l'adversaire (§ 138, alinéa 2), si bien que les faits non expressément contestés sont considérés comme admis sauf circonstance exceptionnelle (§ 138, alinéa 3). Une partie ne peut prétendre ignorer que les faits qui ni ne constituent un agissement de sa part, ni n'ont été l'objet de sa perception » (F. FERRAND, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Motulsky », *Procédures*, mars 2012, n^o 11, p. 39, note 35 ; *adde.* H. MOTULSKY, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », Sirey, 1948, pp. 118-121, n^o 110).

(6) Voy. au demeurant l'article 744, alinéa 1^{er}, 3^o, du Code judiciaire.

sous peine de méconnaître le droit de la contradiction ou le droit de conclure un accord explicite sur des droits disponibles. Ce principe suscite d'importants développements sur le devoir du juge de statuer en droit⁷, de qualifier les faits qui ne l'ont pas été par les parties et de requalifier les faits mal qualifiés par celles-ci. Si en droit allemand « le juge doit relever d'office quasiment toute règle de droit » (p. 287), « les jurisprudences belge et luxembourgeoise consacrent une obligation de requalification et de relever les moyens de pur droit. Une telle obligation ne concerne pas les moyens mélangés de fait et de droit » (p. 342). Par contre la Cour de cassation de France retient une solution généralement tenue pour peu cohérente en ce sens qu'elle « retient une solution distincte selon qu'il s'agit de requalification (obligation) ou de changement de fondement juridique (faculté) » (p. 129). Sans qu'il ne soit possible d'en dire plus dans ce contexte, il est cependant essentiel de distinguer le relevé d'office selon qu'il s'agit des règles de droit substantiel (dont il est question ci-dessus) ou de droit procédural (pp. 212-213 et 345-347) en ne perdant pas de vue « le primat du fond sur la forme » (pp. 39 et 77-78).

Alors que les trois principes précédents « revêtent un caractère plus technique ou opérationnel » (p. 375), le principe de la contradiction s'enracine dans le droit naturel et est aussi issu des don-

nées modernes du droit fondamental (pp. 45 et 355); il donne aux parties l'occasion de faire douter le juge⁸ et a « pour vocation première d'assurer l'égalité des armes en vue de permettre à la vérité⁹ d'éclorre » (p. 369). Ce principe donne lieu à deux séries de développements: d'une part, le devoir du juge de faire respecter et de respecter la contradiction et d'autre part l'obligation de loyauté procédurale évoquée non pas en tant que principe directeur en tant que tel mais au titre des modalités du principe de la contradiction (pp. 84 et 85). Ce second point présente un aperçu souvent détaillé et structuré d'une notion de plus en plus présente et, probablement évolutive, dans les quatre droits analysés (pp. 144-153; pp. 218-222; pp. 246-249 et pp. 245-298) et remarquablement synthétisés dans le rapport général de Serge Guinchard qui relève « qu'un point commun fait consensus, celui de la loyauté dans l'administration de la preuve » (pp. 363-368).

Ce livre, une fois lu, ne doit pas être définitivement refermé. Il faut le conserver à portée de main et s'y reporter souvent tant il offre un regard à la fois profond et concret sur ce qui fait le cœur du procès civil, sans jamais oublier, suivant la sublime expression de Motulsky, que le droit n'atteint sa plénitude qu'en se réalisant.

Georges de LEVAL



Coups de règle

Retoquer.

Un quotidien nous apprend qu'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *retoque* une disposition d'une loi belge. Autrement dit, la Cour condamne ce texte parce qu'il contrevient à une norme européenne.

(7) À l'exclusion, en principe, de l'équité. Sur cette question, voy. les précieuses précisions apportées par le rapport introductif (p. 28), les rap-

Retoquer est formé sur *toquer*, qui est dérivé du latin populaire *toccare*, frapper, heurter. Notre verbe n'est pas très vieux: Robert et le *Trésor de la langue française informatisé* le datent de 1861. Dans ces deux dictionnaires, la signification initiale, à la fois familière et vieillie, est de refuser quelqu'un à un examen. Le *Tré-*

ports nationaux (pp. 120-121, 189-190, 237, 285-286) et le rapport général (pp. 333-335).

(8) V. Bolard souligne que l'impartia-

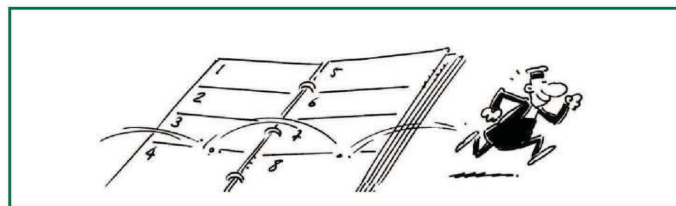
tor donne en outre l'acception, elle aussi familière, de « frapper à nouveau à la porte », tandis que Robert indique celle — dont la parenté avec le sens originaire est évidente — de rejeter, refuser une proposition, un projet. Il cite comme exemple: « Les députés ont retoqué l'amendement ».

Cela dit, si l'on veut être rigoureux, il faut relever que la Cour n'a pas refusé ou repoussé un projet qui lui était soumis pour avis, ni davantage annulé une loi. Elle n'a pas ce pouvoir: elle s'est bornée (etc'est déjà beaucoup!) à juger qu'une disposition n'était pas conforme aux normes européennes. Elle a donc *condamné* ou *critiqué* voire *blâmé* (si l'on veut ajouter une connotation morale) ce texte, elle ne l'a point *retoqué*. De même, chez nous, si

le Conseil d'État peut critiquer un projet ou une proposition de loi, il ne va pas le ou la *retoquer*, ce pouvoir n'appartenant qu'au pouvoir législatif. Et si un projet d'arrêt royal lui est soumis et qu'il le considère comme entaché de graves illégalités, il se borne à émettre un avis, il ne peut pas l'empêcher de suivre son cours, la décision de prendre ou non cet arrêt relevant de la compétence du pouvoir exécutif.

Risquons-nous sur le terrain du *Journal*: le rédacteur en chef peut retoquer un projet de coup de règle, lecteurs et lectrices ne peuvent que vouer aux gémonies l'auteur d'un coup de règle publié!

RHADAMANTHE



Dates retenues

L'Association des juristes namurois organise, le *mardi 17 mars*, une après-midi d'études sur « Le régime des incapables majeurs après plus de 5 années de mise en œuvre ou... la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité: l'âge de raison? ». — Programme :

13 h 30 : accueil des participants.

14 h : « Le mandat extra-judiciaire sous un angle pratique (modèles d'actes, expérience du notaire...) », par M. Hugard.

14 h 30 : « Le point de vue médical : la frontière entre la capacité et l'incapacité », par S. Nita.

15 h : « Le point de vue du juge », par E. Destrée.

16 h : « La mesure de protection en ses aspects juridiques, plus particulièrement sous l'angle des autorisations spéciales », par F. Deguel.

16 h 45 : « Le contrôle de la mesure par le Juge de Paix », par M. Clavie.

17 h 30 : questions, réponses et débat.

Lieu : Faculté de droit, Université de Namur, Rempart de la Vierge 5 à 5000 Namur.

Renseignements et inscriptions : www.ajn.be.

Pour connaître nos dernières parutions et nos actualités, rendez-vous sur : www.larcier.com

lité se caractérise par la pratique du doute (p. 30).

(9) Sur la vérité dans la pensée de Motulsky, voy. « Principes d'une réa-

lisation méthodique du droit privé », n° 116 et V. BOLARD, pp. 24 et 25.