

INTRODUCTION

Lorsqu'Adam et Ève goûtèrent au fruit défendu de l'arbre de la connaissance, IAVHE ne les punit pas instantanément.

Il les appela, les chercha, leur demanda ce qu'ils avaient fait, et pourquoi ils l'avaient fait.

L'homme et la femme essayèrent de se cacher, puis ne firent que rejeter la faute sur un autre, et ils furent chassés du paradis terrestre, dont les chérubins gardent depuis la porte.

Ainsi IAVHE, omniscient et parfaitement juste, n'a sanctionné l'homme qu'après l'avoir appelé et entendu¹.

Comment douter alors de la puissance de cette règle de raison ?

Et pourquoi entreprendre une recherche sur ce qui est connu d'évidence² ?

1. Connaissance intuitive du contradictoire. En effet, le contradictoire fait partie de ces règles dont on ne remet pas en doute l'existence. On sait intuitivement qu'une procédure doit permettre à l'individu, dont les intérêts sont menacés par le jugement qui va en résulter, de présenter ses observations en défense.

Et guère n'est besoin de démonstration pour savoir que le contradictoire est un principe fondamental du procès³.

2. Connaissance pratique du contradictoire. En revanche, ce qui paraît objet naturel d'études sont les multiples manifestations du contradictoire dans les textes⁴ et les décisions des juridictions⁵.

1. « LA BIBLE » : « GENÈSE », chapitre III. Voir parallèlement l'article 14 du Nouveau Code de procédure civile qui décrit ainsi la règle : « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ».

2. Francis JACQUES, en exergue à son ouvrage « L'ESPACE LOGIQUE DE L'INTERLOCUTION, DIALOGIQUES II » (1985, PARIS, éd. PUF, coll. « Philosophie d'aujourd'hui », 588 pages) cite C.S. PEIRCE : « Ne prétendons pas douter en philosophie de ce dont nous ne doutons pas dans notre cœur ».

3. Voir par exemple Bernard PACTEAU « CONTENTIEUX ADMINISTRATIF » (1985, PARIS, éd. PUF, coll. « Droit fondamental », 358 pages) : « c'est un principe évidemment primordial » (n° 210, p. 189-190).

4. A titre principal, l'article 6-3 de la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 14 à 16 du Nouveau Code de procédure civile et l'article 427§2 du Code de procédure pénale. Pour une comparaison entre eux, voir MERLE et VITU « TRAITÉ DE DROIT CRIMINEL », tome II « PROCÉDURE PÉNALE » (3^e éd., 1979, PARIS, Éd. CUJAS, 1002 pages), p. 698.

5. Voir par exemple la proportion élevée de cassations pour violation des droits de la défense ou du principe du contradictoire (39) sur les 250 arrêts de la chambre commerciale étudiés par André PERDRIAU « QUELQUES ASPECTS DU CONTRÔLE EXERCÉ PAR LA COUR DE CASSATION SUR LES DÉCISIONS DES JUGES DU FOND » (JCP 1985 I 3180).

Autre exemple, la banque de données LEXIS a emmagasiné 6.000 arrêts du Conseil d'État faisant appel à cette notion.

Cette connaissance pratique, par la systématisation qu'elle vise, est certes nécessaire⁶.

Dès lors, cette connaissance intuitive alliée à cette connaissance pratique semblent rendre inutile l'essai d'une construction théorique, générale et logique de la matière.

3. Insuffisance de ces modes d'approche. Elles sont, tout au contraire, insuffisantes, et cela pour trois raisons.

Tout d'abord, le « sens commun » ne peut fonder rationnellement une notion.

Le « sens commun » constitue même, par son imprécision⁷ et sa subjectivité⁸, un obstacle à la connaissance de la règle⁹. Cette croyance dans un principe intouchable, naturel et sacré n'est jamais qu'un « pré-jugé » de la part de celui qui l'affirme ainsi.

Alors même que le contradictoire est un mécanisme qui vise à contrarier les préjugés du juge !

Ensuite, faute d'une règle dont l'existence soit rationnellement fondée, la connaissance du droit positif ne peut aboutir qu'à une définition descriptive¹⁰.

Cette connaissance ne peut être que neutre ou son appréhension critique manquer de corps.

Il faut donc établir l'étalon à partir duquel une connaissance critique¹¹ du droit positif est possible.

6. Voir le travail exhaustif et précieux d'Olivier GOHIN « LA CONTRADICTION DANS LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE » (Préface d'Yves GAUDEMET, 1988, PARIS, Éd. LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 407 pages).

7. Ainsi Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE « LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN MATIÈRE PÉNALE » (Rapport au XIII^e colloque des Instituts d'études judiciaires portant sur « LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE », 20-22 novembre 1980, AIX-EN-PROVENCE) déplore le caractère « fuyant » de la notion (p. 1).

8. Sur le fossé qui sépare connaissance « commune » et connaissance « scientifiquement » acquise, voir par exemple Gaston BACHELARD « LE NOUVEL ESPRIT SCIENTIFIQUE » (1^{re} éd. 1934, 17^e éd. 1987, PARIS, Éd. PUF, coll. « Quadrige », 183 pages).

9. Cette même difficulté épistémologique se rencontre lorsqu'il faut penser la communication et la discussion, au-delà du droit positif qui alimente le « sens commun » des juristes. Voir Francis JACQUES « L'ESPACE LOGIQUE DE L'INTERLOCUTION, DIALOGIQUES II » (précité, p. 33) et *infra* p. 246 et s.

10. Voir à titre d'exemples, dans les différentes doctrines, les définitions, satisfaisantes en leur genre, données par : Georges WIEDERKHER « DROITS DE LA DÉFENSE ET PROCÉDURE CIVILE » (D. 1978, chron., p. 36) : « Il implique que tout élément de nature à exercer une influence sur l'issue du litige soit soumis à l'examen et à la discussion de toutes les parties » ; Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE « LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN MATIÈRE PÉNALE » (précité) : « S'agissant du procès pénal, il implique que tout élément susceptible de déterminer le résultat des poursuites soit porté à la connaissance du défendeur et que sa valeur puisse être efficacement discutée » (p. 1) ; Hervé LENOAN « LA PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT statuant au contentieux en première et dernière instance » (Préface de Marcel WALINE, 1954, PARIS, éd. DALLOZ, 308 pages) : « Le caractère contradictoire de l'instruction en vertu duquel tout plaideur doit pouvoir faire valoir ses arguments et répondre à ceux de l'adversaire est, sans doute, la règle de procédure la plus importante » (p. 28).

11. En discernant, par exemple, ce qui n'est que respect formel de la règle de ce qu'est véritablement son application, au regard de l'essence. Voir par exemple Marc ANCEL « LES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT PÉNAL » (in « MÉLANGES RENÉ CASSIN », tome IV, 1972, PARIS, Éd. PEDONE, p. 219 à 230) qui rappelle qu'« il faut retrouver l'exigence humaine derrière la règle juridique... » (p. 229).

Enfin, et surtout, une règle vague et flottante, étudiée dans sa seule existence, devient l'affaire de ceux qui ont un pouvoir reconnu de faire le droit.

Ceux qui établissent les règles techniques qui assurent la contradiction, apparaissent comme les créateurs de la règle elle-même. Ils peuvent donc en disposer, en maintenant les dispositions, en les renforçant, ou en les supprimant¹², comme semble l'autoriser leur place dans la hiérarchie des normes.

Il est donc urgent d'établir le fondement rationnel du contradictoire, qui contraint par sa seule force¹³ au respect de la règle¹⁴.

4. Méthode d'une connaissance rationnelle. L'essai est donc d'établir les règles logiques et essentielles du jeu¹⁵ de la contradiction¹⁶.

La méthode employée, chemin vers la définition¹⁷, tient toute dans le terme figurant dans l'intitulé : « GÉNÉRALITÉS ».

La première manifestation en est la place accordée au droit positif.

Elle est importante car il ne s'agit pas de construire une notion arbitraire¹⁸.

Mais il ne s'agit pas d'une étude des textes et décisions pour eux-mêmes. Ils sont replacés dans la perspective de l'établissement du principe.

La place accordée à telle ou telle concrétisation de la règle tient, non à son importance quantitative, mais à son rôle plus ou moins grand de révélateur, en positif ou en négatif¹⁹, d'une composante essentielle du contradictoire.

12. Comme le montrent les « vicissitudes » de l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile (Pierre RAYNAUD « L'OBLIGATION POUR LE JUGE DE RESPECTER LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION. LES VICISSITUDES DE L'ARTICLE 16 » in « MÉLANGES OFFERTS À PIERRE HÉBRAUD », 1981, TOULOUSE, Éd. de l'Université des sciences sociales de TOULOUSE, p. 715 à 734). Voir *infra*, p. 277 et s.

13. D'une façon générale, Jean-Marc TRIGEAUD expose tout l'intérêt d'une recherche fondamentale, au-delà d'une description positive, dans son étude sur « LE DROIT DANS LA PERSPECTIVE D'UNE CONNAISSANCE MÉTAPHYSIQUE » (Revue « DROITS » n° 6, 1987, « LA REPRÉSENTATION », p. 117 à 129).

14. Marc ANCEL « LES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT PÉNAL » (précité).

15. Sur la procédure, « jeu collectif » de formation du droit, voir Michel VILLEY dans sa préface à « DIALOGUE, DIALECTIQUE EN PHILOSOPHIE ET EN DROIT » (Archives de philosophie du droit, tome 29, 1984, PARIS, Éd. SIREY) et *infra*, p. 251 et s.

16. Ce but assigné excuse l'absence d'études historiques et comparées. G.W.F. HEGEL affirme que, lorsqu'il s'agit de rechercher « le caractère rationnel des institutions, leur nécessité la forme sous laquelle elles sont apparues et ont été créées, n'a pas à être envisagée ». (« PRINCIPES DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT ou DROIT NATUREL ET SCIENCE DE L'ÉTAT EN ABRÉGÉ », texte présenté, traduit et annoté par Robert DERATHÉ, avec la collaboration de Jean-Paul FRICK, 2^e éd. revue et augmentée, 1982, PARIS, Éd. VRIN, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 350 pages, \$219). Non qu'il faille, comme le fait la pensée excessive de HEGEL, négliger le droit positif, mais la confrontation avec la théorie est postérieure à l'établissement de cette dernière.

17. Voir Gérard CORNU « LES DÉFINITIONS DANS LA LOI » (in « MÉLANGES DÉDIÉS À JEAN VINCENT », 1981, PARIS, Éd. DALLOZ, p. 77 à 92) p. 79.

18. Il faut essayer de se garder de « s'enfermer dans un théorie qui... met à l'abri du droit positif en même temps que du doute » (Georges WIEDERKHER « LA NOTION DE GRIEF ET LES NULLITÉS DE FORME DANS LA PROCÉDURE CIVILE », D. 1984, chron., p. 165).

19. Les divergences de solutions permettent ainsi de « découvrir le rationnel de certaines solutions ou de dénoncer au besoin celles que rien ne justifie » (Roger PERROT, préface à l'ouvrage de Raymond MARTIN « THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS (Droit processuel) », Éd. juridiques et techniques, 1984, 200 pages).

Mais les propos sont aussi généraux, en ce qu'ils portent sur l'ensemble des branches du droit, dans un droit processuel²⁰ qui les réunit²¹ et les dépasse²², « droit commun » des procédures²³. En effet, n'étudier qu'un seul type de procédure ne permet pas de discriminer ce qui est épiphénomène, propre au droit substantiel qui est ainsi réalisé²⁴, ou résultante de « fatalités historiques »²⁵, de ce qui est l'apanage de la procédure, comme structure autonome et commune²⁶.

Et le contradictoire est certainement l'élément le plus commun à toutes sortes de procédures²⁷ et le moins influencé par le droit substantiel.

20. Cette « nouvelle science du droit » (titre d'un chapitre de la thèse de Carlos CERDA « LA NATURE DU PROCÈS », thèse PARIS II, 1979, dactylographiée, 234 pages) dont Henri MOTULSKY a établi les bases (« DROIT PROCESSUEL », 1973, PARIS, Éd. « Les Cours du droit », 283 pages) et qui a été utilisée dans des recherches sur l'action en justice (Adrien FOURNEAU « À LA RECHERCHE D'UNE NOTION CENTRALE EN DROIT JUDICIAIRE, POUR UNE CONCEPTION OBJECTIVE DE L'ACTION EN JUSTICE, thèse AIX EN PROVENCE, 1951, dactylographiée, 304 pages) et sur la qualification (HERVÉ CROZE « RECHERCHE SUR LA QUALIFICATION EN DROIT PROCESSUEL », Lyon, 1981, Agel).

Mais elle n'est guère encore exploitée, alors qu'il y a là une occasion unique d'adopter en droit interne une optique comparatiste, méthode qui permet un approfondissement de l'étude (Henri MOTULSKY « DROIT PROCESSUEL » précité, p. 3) et assure à la recherche des principes ce que Gabriel MARTY désignait d'une façon générale comme « une véritable issue normative » (« DROITS DE L'HOMME ET DROIT COMPARÉ » in « MÉLANGES RENÉ CASSIN », tome IV précité, p. 259 à 270, p. 263).

21. Car on ne peut plus affirmer la supériorité de la procédure civile qui jouerait le rôle de droit commun (voir par exemple Hervé CROZE et Christian MOREL « PROCÉDURE CIVILE », 1988, PARIS, Éd. PUF, coll. « Droit fondamental », n° 7, p. 18). L'évolution a donné l'autonomie technique aux différentes procédures, notamment en contentieux administratif (voir par exemple AUBY et DRAGO « TRAITÉ DE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF » en 2 tomes, 3^e éd., 1984, PARIS, éd. LGDJ, tome I, n° 700 et s., p. 859 et s., mais aussi l'affirmation d'Henri MOTULSKY, civiliste, qui débute ainsi son étude des caractères du contentieux administratif : « L'originalité du contentieux administratif est très marquée » (souligné par l'auteur ; « DROIT PROCESSUEL », précité, p. 48). Il est temps, dans un mouvement dialectique, de construire un nouveau droit essentiel et commun.

22. Comme il doit dépasser le droit substantiel. Nicolas VALTICOS (« L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU CRIMINEL SUR LE CIVIL », préface de Léon MAZEAUD, 1953, PARIS, Éd. SIREY, 436 pages) évoque « l'émancipation progressive de la science de la procédure » (n° 37, p. 34). Voir cependant la note n° 24.

23. Sur le rôle unificateur que joue en la matière la jurisprudence du Conseil constitutionnel, voir Louis FAVOREU « LE DROIT CONSTITUTIONNEL JURISPRUDENTIEL » (R.D.P. 1983, p. 363).

24. Voir d'une façon générale Henri MOTULSKY « PRINCIPES D'UNE RÉALISATION MÉTHODIQUE DU DROIT PRIVÉ (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs) » (Préface de Paul ROUBIER, 1948, PARIS, Éd. SIREY, 174 pages). Sur la relativité des règles de procédure, due à la fréquente imbrication du fond et de la forme, voir Jean FOYER (« DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE EN MATIÈRE CIVILE, Essai d'une définition », thèse PARIS, 1954, 341 pages, p. 198).

25. Expression de Roger PERROT, dans sa préface à l'ouvrage de Raymond MARTIN « THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS » (précité).

26. Il y a ainsi unicité des principes, même s'il y a diversité contingente de leur mise en oeuvre, comme le relève Pierre LEMERCIER « OBSERVATIONS SUR LA MISE EN ŒUVRE DE DEUX INSTITUTIONS COMMUNES À LA PROCÉDURE CIVILE ET À LA PROCÉDURE PÉNALE (Le défaut et l'appel) » (JCP 1965 I 1909, n° 2).

Et pourtant Charles DEBBASCH, lorsqu'il étudie la « PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE ET PROCÉDURE CIVILE, contribution à l'étude de l'instance » (Thèse PARIS, 1961, Éd. LGDJ, 455 pages) ne peut que constater que les auteurs, selon qu'ils sont publicistes ou privatistes, restreignent leur étude à l'une ou l'autre procédure et « ceci n'a fait qu'accroître la division des deux disciplines » si bien que « l'on se trouve dans deux mondes différents » (n° 7, p. 7) alors qu'« il faut plutôt s'efforcer de repenser les deux disciplines dans le même esprit » (n° 8).

27. Du fait de sa dimension logique. Voir *infra*, p. 246 et s.

Généralités encore en ce que, si le droit positif n'est qu'un appui de recherche, on ne peut éviter de chercher hors de la procédure²⁸ et hors du droit²⁹, les éléments susceptibles de rendre transparent le mécanisme enfoui sous ses propres manifestations³⁰.

Cela seul permet de démontrer le jeu du contradictoire pour montrer sa puissance de « principe »³¹.

Car cette force n'est nullement donnée, et son affirmation par les sources positives du droit n'est pas suffisante, en ce qu'elles sont relatives.

5. Relativité de la dénomination. La même relativité affecte la façon de nommer la règle.

Ainsi appeler le mécanisme « principe de contradiction »³², plutôt que « principe du contradictoire » ne renforce pas sa nature.

Cette terminologie nouvelle peut même amoindrir la perception de la règle, et elle est moins adéquate que l'ancienne.

En effet, la règle qu'elle désigne ne porte pas tant sur la contradiction acquise³³ que sur la possibilité même de contredire³⁴.

28. Même si la procédure, loin d'être annexe, recèle en elle-même des règles profondes qui gouvernent le droit substantiel. Les travaux de Michel VILLEY tendent à le démontrer (voir, par exemple, « LE DROIT ET LES DROITS DE L'HOMME », 1983, PARIS, Éd. PUF, coll. « Questions », 169 pages, ou « L'ART DU DIALOGUE DANS LA SOMME THÉOLOGIQUE », Archives de philosophie du droit « DIALOGUE, DIALECTIQUE EN PHILOSOPHIE ET EN DROIT » précité, p. 55 à 71).

29. En recherchant par exemple la fonction sociale du procès. Voir *infra*, p. 182 et s.

30. Pour l'affirmation selon laquelle les textes ne sont que « l'application » d'un principe qui les transcende, voir par exemple Henri VIZIOZ « ÉTUDES DE PROCÉDURE », 1956, BORDEAUX, Éd. BIERE, 667 pages, p. 447) et *infra*, p. 260.

Ainsi une simple méthode exégétique ne permet pas l'étude du principe à part entière, comme le montrent les anciens travaux de procédure civile comme ceux de G.L.J. CARRE et Adolphe CHAUVEAU « LOIS DE LA PROCÉDURE CIVILE ET ADMINISTRATIVE » (1862-1863, 8 volumes, PARIS, Éd. Librairie générale de jurisprudence), de BOITARD, COLMET-DAAGE et GLASSON « LEÇONS DE PROCÉDURE CIVILE » (1890, 2 tomes, PARIS, Éd. PICHON) ou de CE. CAMUZET « MANUEL DE PROCÉDURE CIVILE » (24^e éd., 1910, PARIS, Éd. MARESCQ JEUNE). De même le « DICTIONNAIRE GÉNÉRAL ET COMPLET DE PROCÉDURE » d'Adolphe CHAUVEAU (1837, PARIS, 636 pages) n'y consacre aucune rubrique. L'évolution transparaît à l'occasion d'ouvrages transmis d'auteur en auteur : ainsi Paul CUCHE, dans son « MANUEL DE PROCÉDURE CIVILE ET COMMERCIALE » (PARIS, Éd. FONTEMOING, 1909, 837 pages) passe sous silence le principe, affirmant par exemple que le fait de communiquer à l'autre partie les notes en délibéré relève de « l'usage professionnel » (n° 236, p. 393). Dans l'édition du Précis DALLOZ qu'il fait avec Jean VINCENT (« PROCÉDURE CIVILE ET COMMERCIALE », par exemple la 11^e éd., 1958, PARIS, 592 pages), il commence à invoquer « le grand principe du contradictoire » (n° 290, p. 255) et l'édition actuelle réalisée par Jean VINCENT et Serge GUINCHARD (20^e éd., 1981, 1 269 pages) y consacre un substantiel développement (n° 393 à 405, p. 420 à 435).

31. Au sens aristotélien du terme, comme ce qui meut un être ou une chose. En l'occurrence, le procès. Voir *infra*, page 340 et s.

32. Voir par exemple la thèse d'Olivier GOHIN « LA CONTRADICTION DANS LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE » (précité) ou l'article de Pierre RAYNAUD « L'OBLIGATION POUR LE JUGE DE RESPECTER LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION... » (précité). C'est d'ailleurs la terminologie du Nouveau Code de procédure civile. Elle est aussi fréquemment employée dans le référencement des décisions par les revues (comme la « Revue de l'arbitrage ») ou par les banques de données.

33. Car la contradiction est proprement « l'action de contredire » (Dictionnaire ROBERT, p. 929).

C'est ainsi que, d'une façon caractéristique, lorsque MERLE et VITU « LA PROCÉDURE PÉNALE » (précité) traitent de la « Contradiction dans la procédure » telle que mentionnée aux tables, ils n'y attachent que les deux éléments effectifs de la présence et de la libre défense (n° 1405, p. 696).

34. Voir par exemple Jacques NORMAND « LE JUGE ET LE LITIGE » (Préface de Roger PERROT, 1965, PARIS, Éd. LGDJ, 526 pages) n° 183, p. 174 et n° 198, p. 87.

En la matière, ce n'est pas le langage qui fait la règle³⁵.

6. Plan. Pour tenter de mener à bien la démonstration, il est besoin, de façon préalable, de distinguer le contradictoire d'autres notions processuelles, proches ou concourantes, telles que les droits de la défense, les droits de l'homme et l'action en justice (Titre préliminaire).

Ainsi délimité, le contradictoire apparaît comme un mécanisme protecteur de l'individu, lorsque ses intérêts sont mis en péril par le procès. Est ainsi protégée la personne qui acquiert le statut de partie. Mais le contradictoire ménage aussi le tiers, par la relativité de la chose jugée (Titre I).

C'est avec plus de poids encore que la contradiction joue un rôle premier dans le procès, comme mécanisme heuristique. S'il est démontré que le procès ne peut se désintéresser de la vérité, alors la méthode pour la découvrir réside dans la confrontation des thèses (Titre II).

Le droit positif doit alors assurer à la règle sa pleine efficacité, en insérant dans le débat les éléments pertinents et en assurant leur contestabilité (Titre III).

Est alors établie rationnellement la consubstantialité du contradictoire et du procès (Conclusion).

35. Voir d'une façon générale Jean CARBONNIER « SOCIOLOGIE DU DROIT » (1978, PARIS, PUF, p. 37).