

Les principes généraux de droit et la procédure civile

par

Maan BOUSABER*

Introduction

1.- « Ce sont souvent les problèmes les plus pratiques qui postulent le recours aux concepts fondamentaux » Motulsky, Etudes et écrits sur l'arbitrage. Les principes généraux prolifèrent en droit processuel. La tradition, le législateur et le juge ont progressivement contribué à leur élaboration et leur mise en forme. Leur genèse est extra legem : le droit naturel, la morale, l'équité, la coutume, l'histoire politique, le réalisme...et leur élaboration par le droit positif est aussi déclarative que constitutive. Ils sont dotés de toutes les caractéristiques des principes généraux du droit : universels, immuables, permanents, non abrogeables par la loi. Même codifiés, ils ne s'enferment pas dans le texte. Ils sont extra legem, supra legem, infra legem, et parfois contra legem.

2.- Les sources formelles des principes généraux sont assez variées.

En France :

- Le NCPC qui renferme un nombre considérable de principes et notamment les principes directeurs du procès dans ses articles 1 à 24.
- Les traités internationaux et européens, notamment la Convention Européenne des droits de l'homme et son article 6§1 qui consacre le droit à un procès équitable.
- La jurisprudence du conseil constitutionnel qui a baptisé certains principes généraux en principes fondamentaux. La doctrine parle de la constitutionnalisation du droit processuel.
- Le Conseil d'Etat qui, par son rôle de censeur des textes d'origine réglementaire – et la procédure civile relève du pouvoir réglementaire conformément à l'article 34 de la Constitution – a annulé plusieurs textes du NCPC au nom de la sauvegarde des principes généraux du droit processuel.
- La Cour de justice de la Communauté Européenne qui a dégagé des principes généraux du droit processuel communautaire qui s'imposent aux juridictions nationales sous le contrôle de la Cour de cassation en vertu de la primauté du droit communautaire.
- La Cour de cassation a aussi un rôle primordial. Treize principes généraux du droit processuel sont visés par la Cour de cassation et qui sont : le principe du respect du droit de la défense, le principe du contradictoire, de l'autorité de la chose absolue de la chose jugée au criminel, de l'indépendance de l'action civile

* Chargé de cours à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth, Maître de conférences à la filière francophone de l'Université libanaise, Avocat aux Barreaux de Beyrouth et de Paris, ancien attaché d'enseignement et de recherche à l'Université de Paris (Panthéon-Assas, Paris II).

et de l'action disciplinaire, de la règle « electa una via », du double degré de juridiction, le principe régissant les astreintes, le principe « nul ne plaide par procureur », le principe de l'autorité absolue de la chose jugée attachée aux jugements prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens, le principe de l'interdiction de la « reformatio in pejus », le principe régissant la compétence territoriale des juridictions de l'ordre judiciaire, le principe de l'autorité de la chose décidée, le principe de l'impartialité du juge.

3.- Quant au Liban, il est doté depuis 1983 d'un NCPC qui contient, outre les principes généraux reconnus en droit français, un chapitre préliminaire intitulé « principes généraux » مبادئ عامة et qui sont : l'indépendance de la magistrature, le principe du respect par les tribunaux de la hiérarchie des normes, la prohibition des arrêts de règlement, le principe qui ordonne au juge - afin d'éviter un déni de justice - de recourir aux principes généraux, à l'usage et à l'équité, le principe de l'effet immédiat de la loi processuelle nouvelle, et le principe selon lequel les règles de la procédure civile constituent le droit commun procédural. Le droit français méconnaît ce dernier principe et ne l'admet que dans les éventualités où le juge administratif et le juge répressif font appel à des principes généraux figurant dans le NCPC. Ceci illustre comment les principes généraux traversent les branches de droit et provoquent un décloisonnement des ordres juridiques.

4.- La Medjellé¹ ne contient dans ses normes globales المبادئ الكلية que des règles générales sur la preuve et un seul principe général : le principe selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », art. 100. A ce principe, elle consacre douze articles, les articles 1647 à 1659, dans son livre IV intitulé التناقض (la contradiction).

5.- Nous allons aborder le thème en deux parties :

I^{ère} partie : La genèse des principes généraux. La genèse est extra legem, mais les principes généraux trouvent aussi leur source dans le droit positif qui exerce une double censure judiciaire et législative.

II^{ème} partie : La deuxième partie sera consacrée à l'étude des conflits : le débat judiciaire est le lieu privilégié des conflits. Une règle évince une autre. Les principes les plus généraux du droit processuel n'échappent pas à ce principe d'éviction : les principes s'évincent et évincent la loi.

I^{ère} partie : La genèse

A. Le donné

1. La genèse extra legem (la genèse axiologique).

a.- Tout d'abord : Le droit naturel : un principe fondamental de la procédure, le principe du respect des droits de la défense et son corollaire le principe de la

¹ La Medjellé est le Code civil ottoman. L'article 1106 du Code des obligations et des contrats dispose : « Toutes dispositions de la Medjellé et autres textes législatifs qui sont contraires au présent Code des obligations et des contrats ou inconciliables avec sa teneur sont et demeurent abrogées ».

contradiction, fut introduit comme un principe de droit naturel². Dans un célèbre arrêt du 7 mai 1828, la Ch.civ. C. cass³. décide que la défense est de droit naturel. Déjà dans la genèse, le principe est formulé, « Dieu ne condamne pas sans entendre ». Le principe a appartenu à la conscience humaine avant d'appartenir à la science juridique. Ce principe découle du droit naturel au regard des deux critères de Grotius : il constitue une exigence universelle, immuable, supérieure et rationnellement évidente du procès. Le critère *a priori* de Grotius, tiré de la nature des choses est satisfait. Ensuite, le principe est admis auprès de toutes les « nations civilisées »⁴. Il ne relève pas de l'Etat de nature mais d'un état social : l'état de nature privilégie la parole du plus fort alors que le respect des droits de la défense requiert l'égalité des justiciables en les protégeant par un faisceau de principes corollaires, tels le droit à un tribunal indépendant et impartial, à une procédure équitable, laïque et publique, à un recours juridictionnel effectif protégé par « les principes directeurs » du procès : le principe du contradictoire, le principe dispositif, le principe accusatoire, le principe de l'immutabilité et de l'indisponibilité du litige. Satisfaisant au critère « a posteriori » de Grotius, le principe confirme qu'il procède du droit naturel. L'assemblée plénière de la Cour de cassation affirme solennellement, sous le visa du principe, que « la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel »⁵. Le Conseil constitutionnel portera le principe au rang de règle ayant valeur constitutionnelle⁶.

b.- La morale inspire, elle aussi, le droit processuel. Le principe de loyauté processuelle en témoigne⁷. Etudions deux de ces manifestations :

b/1- La première manifestation en matière de preuve. Elle revêt trois aspects : (1) le premier est la collaboration spontanée qui signifie que les parties doivent produire et communiquer des éléments de preuve loyalement et en temps utile ; obligation de loyauté s'inscrivant dans le principe du contradictoire qui est, selon Aubry et Rau par Bastian, le « support processuel de la preuve ». (2) le deuxième aspect est la collaboration forcée. En procédure civile, on a longtemps énoncé une interdiction sous forme de principe : « Nemo contra se tenetur edere », nul n'est tenu de prouver contre lui-même. Ce principe a été évincé par le principe de loyauté processuelle et considéré comme aboli par les dispositions des deux codes de procédure civile au Liban et en France qui confèrent au juge le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. (3) le troisième aspect est la recherche loyale des preuves. Affirmer que les preuves doivent être recherchées loyalement conduit à imposer le principe de la légalité des modes de preuve aux juges et aux parties. La loyauté fonde la légalité. Le respect de la légalité va écarter, par exemple, les preuves obtenues à la suite d'une atteinte à la vie privée, ou tirées de documents entachés d'irrégularité.

² Voir G. FLECHEUX, *in Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.150 et suiv.

³ Cass.civ. 7 mai 1828 : S.P. 1828.1.329 et H. MOTULSKY : « Droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Mélanges Roubier*, T. II, pp.175 et suiv. Ecrits, T. I, pp. 60 et suiv.

⁴ Voir : P. MORVAN, *le principe de droit privé*, éditions Panthéon – Assas 1999.

⁵ Cass. ass. plén. 30 juin 1995, *JCP* 1995, éd. G, II, 22478, concl. M. Jéol; D. 1995, p. 513, concl. M. Jéol, note R. Drago ; *Bull. Inf. Cour de cassation* 01/8/1995, p. 6, concl. M. Jéol, rapp. J-P-Ancel.

⁶ C. const., 28 juillet 1989, Rec., p.71, *rev fr.dr.adm.* 1989, p. 683 ; C. const, 29 déc. 1989, Rec., p. 110. ce dernier arrêt distingue le principe des droits de la défense et le principe de la contradiction, « qui en est le corollaire ».

⁷ A. LEBORGNE, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, RTD Civ. 1996, p. 535.

b/2- La théorie des fins de non-recevoir pourrait s'étendre à la sanction d'une obligation de loyauté que constitue la principe «nul ne peut se contredire au détriment d'autrui». En effet, sont récemment apparues en droit interne français et libanais des hypothèses, où le juge a rejeté la prétention d'un plaideur à remettre en cause, devant les tribunaux, une situation qu'il avait lui-même provoquée, sans que ce rejet ne soit fondé sur les théories traditionnelles de la fraude à la loi, de l'apparence ou de la maxime *memo auditor*⁸... Cette interdiction de se contredire au détriment d'autrui, véritable principe général de commerce international, et qui tend à être sanctionnée par l'irrecevabilité, pourrait selon un auteur, être formalisée par l'institution anglaise de l'estoppel «mécanisme purement défensif, enraciné dans l'équité et tendant à la moralisation des comportements processuels ». La Medjelleh consacre la doctrine de l'estoppel dans les art. 1647 à 1659 dans le livre IV intitulé «La contradiction ». La sanction de la contradiction est l'irrégularité de la demande.

c.- L'équité peut inspirer un principe général. Tandis que beaucoup de principes du droit processuel sont indifférents à l'équité, tels « le principe de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal », « le principe du double degré de juridiction », « le principe nul ne plaide par procureur » ... , plusieurs principes du droit processuel se situent dans le sillage de l'équité. Ces principes présentent deux caractéristiques : D'une part, bien que dérogeant à la loi, ils ne trouvent de fondement dans aucun texte. Ils sont non écrits. D'autre part, ils ont une applicabilité unilatérale : toujours in favorem, jamais in pejus. Deux exemples : 1) le «principe *electa una via*... » et 2) le «principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* ». Le « principe *electa una via* » protège toujours le prévenu et signifie que la victime d'une infraction qui saisit une juridiction civile pour obtenir la réparation de son préjudice, ne peut plus porter son action devant une juridiction répressive. La Cour de cassation a affirmé que le principe était d'application unilatérale : il ne saurait interdire à la partie civile de se désister de la voie répressive pour saisir la juridiction civile. La portée littéralement bilatérale de l'adage excède la portée réellement unilatérale du principe qu'il renferme. Le «principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus*» signifie que les juges d'appel ne peuvent aggraver le sort de l'appelant sur son unique appel. D'applicabilité unilatérale in favorem, il est une dérogation non textuelle à l'effet dévolutif de l'appel.

d.- L'histoire politique peut être source d'inspiration. Le «principe nul ne plaide par procureur hormis le roi » imposait historiquement au demandeur de comparaître et d'accomplir en personne les actes de la procédure.

L'exigence n'était pas dénuée d'arrière-pensée politique puisqu'elle contraignait les seigneurs à demander en personne justice aux juridictions royales, sans pouvoir se dissimuler derrière un procureur, le roi seul ne figurant pas en nom dans la procédure. Le principe a subi une mutation notable : dans l'état actuel du droit positif, il sanctionne l'absence de mention formelle du nom du plaideur dans les actes de procédure ou son défaut de pouvoir pour agir en justice. Il renferme une exception processuelle et une irrecevabilité processuelle.

⁸ En droit français : Com. 6 nov ; 1990, Bull. IV n° 259 ; RTD civ. 1991; 734, obs J. Mestre. Trib. Adm. Strasbourg du 08 déc. 1994 ; JCP 1995. 11.22474, concl. J. Pommier et M. Heers. Ass. Plén. 10 juillet 1992, Bull. Ass. Plén. n° 8; JCP. 1993.11.22063, note P. Rodière
En droit libanais : Cass. Lib. 5^{ème} ch. arrêt n° 141/2001 du 20 novembre 2001 et arrêt n° 142/2001 du 20 novembre 2001, Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international, n° 21.

e.- Mais, il y a aussi le réalisme : la théorie de l'apparence processuelle consacrée par le Conseil constitutionnel libanais et appliquée à la qualité pour agir⁹ .

2. La dissociation «inexpliquée» entre le principe général et l'ordre public

La genèse des principes généraux laisse croire –la croyance est légitime- qu'ils sont d'ordre public. Or, il n'en est rien. Le droit positif enseigne constamment que le principe se dissocie du concept de l'ordre public. Dissociation parfois discriminatoire.

a.- Tous les principes ne sont pas d'ordre public

De nombreux principes de droit processuel sont d'intérêt privé¹⁰ : la jurisprudence décide ainsi que le grief tiré de la dénaturation par le juge des documents de preuve n'est pas d'ordre public. Le principe participe pourtant d'un contrôle disciplinaire de la motivation qui est d'ordre public procédural. Le principe de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal est déclaré d'intérêt privé. Alors qu'elle a fondé ce principe sur l'ordre social, la Cour de cassation considère dès lors qu'il n'est pas d'ordre public. Les mêmes considérations de paix sociale et de sécurité juridique conduisent à récuser le caractère d'intérêt privé imprimé par la jurisprudence au principe «electa una via». Le prévenu peut renoncer au bénéfice de la maxime qui doit être invoquée in limine litis et ne peut être relevée d'office.

b.- La pluralité des ordres publics accentue la dissociation entre le principe et l'ordre public :

b/1- D'une part, l'effet atténué de l'exception d'ordre public, admis en droit international privé, engendre cette situation ambiguë qu'un principe d'ordre public interne peut ne pas être reconnu d'ordre public international. Le principe de la motivation des décisions, quoique d'ordre public interne, n'est pas d'ordre public international : une sentence arbitrale étrangère non motivée est conforme à l'ordre public international français, et donc susceptible de recevoir l'exequatur, si la loi étrangère l'autorise et à condition que ce mutisme ne dissimule pas une violation des droits de la défense. Motulsky relevait la «dégradation singulière de la notion d'ordre public».

b/2- D'autre part, en droit interne, un principe général d'ordre public en matière répressive peut être reconnu d'intérêt privé en matière civile. Le principe de la publicité des débats judiciaires en est une illustration. Alors qu'il constitue, selon la Ch. crim., un principe essentiel de la procédure et de l'ordre répressifs, sa violation doit, en matière civile, être invoquée avant la clôture des débats et ne peut être relevée d'office, selon les dispositions de l'art. 446, al.2 NCPC en France. Ce texte n'a pas son équivalent en droit libanais.

⁹ C. Const. lib. Requête n° 1/99, déc. du 23/11/1999, J.O. n° 56 du 25/11/1999, p. 3317.

¹⁰ Voir : P. MORVAN, *op. cit.*, n°s 211 et s.

B. La censure du droit positif

Les principes généraux, tout en ayant une genèse extra legem, sont finalement conçus et élaborés pour pénétrer la sphère du droit positif. A ce titre, ils se voient censurés, voire malmenés, par le droit positif. La censure est judiciaire et législative.

1. La censure judiciaire

Elle se manifeste par les revirements de jurisprudence et les divergences de jurisprudence.

a.- Les revirements de jurisprudence :

Aucun principe ne jouit d'une immunité de régime. Le juge réforme continuellement la portée du principe qui connaît alors une mutation profonde sous cette forme. Le concept technique de moyen nécessairement dans la cause¹¹ en est une illustration. Utilisé à l'origine et dès 1876, pour justifier le relevé d'office pour la première fois en cassation du moyen de pur droit, le vocable a fait son apparition en 1974, instaurant une sorte de hiérarchie au sein des moyens de droit et méconnaissant, par ce fait, le caractère absolu du principe de la contradiction. Tandis que le relevé d'office d'un moyen sans interpellation des parties appelait la censure de la Cour de cassation, certains moyens ont été considérés comme étant dans le débat. Dans cette hypothèse, le juge est dispensé d'appliquer le principe du contradictoire. Exception infondée et inopportune à un principe fondamental, le concept a provoqué la réaction du juge de cassation. Depuis 1984 et jusqu'en 1993, la Cour de cassation a abandonné la notion de moyen nécessairement dans la cause. Si certains arrêts utilisent encore l'expression, un examen attentif de la décision révèle que le moyen était réellement dans la cause.

b.- Les divergences de jurisprudence :

S'il est pour toute la République, une Cour de cassation, il n'est pas pour toute la Cour de cassation, une jurisprudence. Les divergences de jurisprudence au sein des Chambres de la Cour de cassation offrent une parfaite illustration du rôle des contraintes pratiques sur la question du respect des principes généraux. Le problème d'importance majeure de l'application d'office de la règle de droit¹² en est un exemple. On connaît les termes du problème : le juge peut-il ou doit-il relever d'office la règle de droit applicable lorsque les parties ne l'ont pas invoquée ? Pour la première Chambre civile, il s'agit d'une obligation ; pour la deuxième Chambre civile, d'une faculté. Cette divergence de jurisprudence ne constitue-t-elle pas une violation du principe constitutionnel d'égalité devant la justice par le juge lui-même ? C'est bien le réalisme et l'argument d'opportunité qui expliquent que le juge ne relève pas d'office les moyens de droit : une simple faculté laissée au juge d'appliquer d'office les règles de droit aurait la vertu de ne pas contribuer à l'encombrement de la Cour de cassation.

¹¹ N. MOLFESSIS, *Le Conseil Constitutionnel et le droit privé*, Bibliothèque de droit privé, T. 287, n° 528, p. 418.

¹² N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 524, p 416

Par ces revirements et ces divergences jurisprudentiels le juge ne crée-t-il à nouveau le principe général ? Par la technique de moyen nécessairement dans la cause, le juge crée et recrée continuellement le principe de la contradiction ; et par la notion de moyen relevé d'office, il repense continuellement le principe dispositif. La doctrine parle de l'«invention du principe» par le juge ; invention qui, toutefois échappe, et par un phénomène mystérieux, à un autre principe de droit processuel : le principe de la prohibition des arrêts de réglemets.

2. La censure législative

L'action subversive que les principes déploient à l'encontre de la loi l'inclinerait plutôt vers une réaction d'hostilité. Une censure législative en est l'expression. Cette censure n'est pas totale mais relative et elle est requise par la finalité même du principe.

a.- L'absence d'une censure totale

Aucun principe ne fait jamais l'objet d'une censure totale. Il semble, d'après le doyen Carbonnier, qu'«il y ait dans le principe une espèce de clausula generalis dont le Droit puisse difficilement se passer ». Certains se voient certes infliger d'importantes exceptions en législation. Ils se perpétuent cependant sans disparaître : le «principe du double degré de juridiction» subit de vastes dérogations qui affaiblissent sa portée. L'intervention forcée en appel de tiers à la première instance «quand l'évolution du litige implique leur mise en cause», la mutabilité du litige résultant de la possibilité de présenter des prétentions nouvelles en appel «dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge», et surtout l'évocation du fond de l'affaire par la Cour d'appel «si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive» abolissent *ratione personae* et *ratione materiae* la réalité du premier degré de juridiction. Un auteur dénommait l'ensemble de ces mécanismes les «dimensions nouvelles de l'appel». Ces dimensions semblent indéfinies tant les notions d'«évolution du litige», de demande tendant «aux mêmes fins» et «de bonne justice» le sont aussi.

b.- La censure du principe requise par sa finalité

Selon un auteur, on ne voit pas comment justifier une dérogation à un principe autrement qu'en démontrant qu'elle est compatible avec le principe lui-même : le « principe de la publicité des débats judiciaires » est le garant de la sérénité et de l'impartialité de la justice. Cette double finalité serait trahie s'il imposait une publicité nuisible à l'ordre public ou à la morale. Le législateur prévoit donc que les débats seront publics mais que le juge pourra «décider que les débats auront lieu en Chambre de conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité privée ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice».

II^{ème} partie : Le conflit

Le débat judiciaire est le lieu privilégié de conflits. Une règle de droit évince une autre règle de droit. Les principes généraux n'échappent pas à ce principe d'éviction.

A. Les principes s'évincent : Les principes en conflit

Les antinomies de principes ne présentent pas un aspect uniforme. La solution du conflit obéit à des directives diverses, commandant tantôt l'éviction d'un principe élémentaire et primordial de l'ordre juridique (1), tantôt celle d'un principe spécifique de portée plus modeste (2).

1.- L'éviction d'un principe primordial

a.- Le droit processuel ne contient de principe plus cardinal que le respect du contradictoire. Or, la règle de la relativité de la chose jugée en est un corollaire : les tiers à une instance ne sont pas liés par la décision y rendue. Toutefois, deux principes généraux visés par la Cour de cassation font litière de cette considération : ils consacrent des cas d'autorité absolue de la chose jugée en énonçant que le jugement pénal et le jugement prononçant un redressement ou une liquidation judiciaire doivent produire effet erga omnes¹³. En vertu de cet effet, les tiers sont réputés parties à une instance à laquelle ils n'ont point pris part et un jugement les lie hors tout débat contradictoire. Une antique théorie, dite du «légitime contradicteur», tenta de concilier ces principes et le principe du contradictoire. Elle postule que tous les intérêts mis en jeu ont été représentés. Le jugement intervenu acquiert alors une autorité absolue. Mais cette analyse procède d'une fiction archaïque : il n'est aucun «légitime contradicteur» identifiable dans le procès. De plus, la perfection du débat judiciaire est une chimère. Le principe qui l'instaure bafoue le principe universel du contradictoire. Les antinomies qui s'établissent entre principes de valeur inégale tendent paradoxalement à se résoudre au détriment des principes les plus universels et au bénéfice des principes les plus spécifiques. La maxime «Specialia generalibus derogant» ne paraît pas étrangère à ce résultat.

b.- Un conflit peut opposer deux principes primordiaux d'une égale valeur. Une nouvelle règle de conflit peut être esquissée dans cette hypothèse : la norme substantielle prévaut sur la norme procédurale. La Cour de cassation considère, sous le visa du «principe de la liberté des droits de la défense», que le libre exercice des droits de la défense doit être garanti «sauf le cas d'abus». L'abus du droit prime le respect des droits de la défense.

c.- Il est une autre hypothèse où une norme procédurale évince une autre norme procédurale de valeur égale : La Chambre commerciale a approuvé une Cour d'appel d'avoir écarté l'application d'un décret qu'elle jugeait contraire au droit communautaire. Ce faisant, déclare la Cour de cassation, le juge n'apprécie pas la légalité de l'acte administratif mais le soumet à la «primauté des principes de droit communautaire». Le juge civil s'arroge le pouvoir de contrôler la légalité d'un acte réglementaire et évince le «principe de la séparation des pouvoirs» au nom du «principe de la primauté du droit communautaire».

¹³ Patrick MORVAN, *op. cit.*, n° 625, p 584.

2. L'éviction d'un principe spécifique

Les principes généraux sont dotés d'une généralité graduelle. Ils sont davantage, spéciaux que généraux. Chacun demeure exposé à l'action de ses semblables, mais le conflit ne se résoud plus par l'éviction totale de l'une des deux normes en présence. L'antinomie se dénoue par une conciliation : le principe primé voit son champ d'application partiellement réduit par le principe antagoniste : Rappelons que le «principe de la séparation des pouvoirs» est une limite permanente au principe selon lequel «le juge de l'action est juge de l'exception». Le juge judiciaire demeure incompétent pour interpréter un acte administratif individuel, à moins que la solution d'un procès pénal ne dépende de cet examen (art. 111-5 du Code pénal).

B. Les principes évincent : Les principes contra legem

La fonction d'un principe général consiste à évincer la loi organique (1) mais aussi la norme constitutionnelle (2).

1.- L'éviction d'une loi organique

a.- Des principes généraux délibérément contra legem prospèrent dans le procès civil et se perpétuent au-delà de la clôture de l'instance. Ils ont pour effet d'évincer la loi écrite. De création jurisprudentielle, certains recours, dits recours-nullité¹⁴, sont recevables lorsque toutes les voies de recours sont fermées ou différées par la loi et qu'un principe fondamental de procédure a été violé ou qu'un excès de pouvoir a été commis. Le recours-nullité est ouvert au demandeur arguant d'un défaut de pouvoir juridictionnel, de la violation du principe de la séparation des pouvoirs, du principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause, du principe que nul ne peut être juge et partie (principe d'impartialité du juge), du principe du respect des droits de la défense, du principe du contradictoire. Le principe du double degré de juridiction fonde la solution quant à l'appel-nullité ; le principe de la légalité et le principe du droit à un recours juridictionnel effectif fondent la solution quant au pourvoi-nullité et à la tierce opposition-nullité.

b.- Un second principe poursuit une fin identique dans l'arbitrage. L'art. 1507 NCPC exclut le recours en révision contre la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international. Mais la Cour de cassation déroge à cette règle en jugeant qu'«il résulte des principes généraux du droit en matière de fraude que, nonobstant l'exclusion du recours en révision par l'art. 1507 NCPC, la rétractation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international doit être exceptionnellement admise en cas de fraude». Il s'agit d'une fraude processuelle : rétention frauduleuse de pièces décisives. Le principe Fraus omnia corrumpit écarte la loi écrite et fait revivre le recours prohibé sous forme de recours-nullité.

¹⁴ Jean Vincent et Serge Guinchard, Procédure civile, 25^{ème} édition, 1999, Dalloz, n° 1315, p. 904.

2. L'éviction d'une norme constitutionnelle

Le principe général du droit processuel a la force d'évincer un principe fondamental, c'est-à-dire constitutionnalisé, ainsi qu'une loi constitutionnelle.

a.- L'éviction d'un principe fondamental :

a/1- Le «principe de l'abus du droit d'ester en justice» fait exception à toutes les normes juridiques. Peu importe, dès lors, qu'elles aient rang constitutionnel. Il évince le principe constitutionnel du droit à un recours juridictionnel effectif¹⁵.

a/2- Le « principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception » prime une règle constitutionnelle bien qu'il ne possède pas une telle valeur : l'art. 111-5 Code pénal attribue compétence au juge pénal « pour interpréter les actes administratifs réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal ». Un contrôle d'identité opéré dans le cadre d'une opération de police administrative est un acte administratif individuel non pénalement sanctionné qui, en conséquence, échappe aux préventions de ce texte. Mais la Ch. crim. ignore cet obstacle pour s'arroger, sous le visa de l'art. 66 de la Constitution, le pouvoir d'apprécier la régularité de tous les contrôles d'identité. La solution ne heurte pas seulement la loi. Elle méconnaît le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, ou plus exactement, le « principe fondamental reconnu par les lois de la République », réservant à la juridiction administrative une compétence exclusive pour connaître des « décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique » par les agents du pouvoir exécutif.

b.- L'éviction partielle d'une loi constitutionnelle :

Il s'agit de l'article 34 de la Constitution française qui confère au pouvoir réglementaire une « compétence législative » en matière de procédure civile. Les règles de procédure civile figurent dans le domaine du règlement. Au nom des principes généraux du droit, le Conseil d'Etat n'a pas tardé à exercer sa censure :

b/1 - Le principe général de la publicité des débats :

Dans un arrêt du 4 octobre 1974 (Dame David), le C.E. ¹⁶ a jugé que « la publicité des débats judiciaires est un principe général du droit ; dès lors, il appartient seulement au législateur d'en déterminer, d'en étendre ou d'en restreindre les limites ; l'art. 83, al.2 du décret du 20 juillet 1972 conférant au président du tribunal seul le droit de décider que les débats auront lieu dans certains cas en Chambre du conseil apporte des restrictions au principe général et ne pouvait donc être adopté par voie de décret réglementaire »

¹⁵ Thierry S. Renoux, Le droit au recours juridictionnel, JCP, Doctrine, n° 3675, p. 211.

¹⁶ C.E. Ass, 4 oct. 1974, D. 1975. 369 note Jean-Marie Auby; JCP 1975.11.17967, note Roland Drago.

b/2 - Le principe du contradictoire :

Retour au principe du contradictoire et aux vicissitudes de l'art. 16 NCPC. L'art. 16 disposait : «Le juge doit observer et faire observer le respect du contradictoire ». Le texte met à sa charge deux obligations processuelles distinctes : observer lui-même et faire observer par les parties le principe du contradictoire. Dans une version postérieure de l'art. 16 NCPC, l'al. 1^{er} disposait : « Le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe du contradictoire ». La mention « observer lui-même » (c-à-d la première obligation processuelle) a disparu du texte. Réaction du juge lui-même : les différentes Chambres de la Cour de cassation ont continué à appliquer l'art. 16, al. 1^{er}, ancienne version laissant entendre que le respect du principe du contradictoire par le juge subsisterait malgré son omission par le texte réglementaire. Et le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, devait annuler l'al. 1^{er} de l'art. 16. Un décret de 1981 a fait revivre l'ancienne version¹⁷.

Dans ces deux hypothèses, on a vu le juge - la Cour de cassation implicitement, le C.E. explicitement - interdire au pouvoir réglementaire de déterminer ou d'étendre les limites d'un principe général du droit processuel. Le principe général évince – partiellement- la compétence législative du pouvoir réglementaire, et, par voie de conséquence, l'article 34 de la Constitution.

x
x x

Et pour conclure, les principes généraux du droit processuel, et à l'instar des principes généraux du droit, tendent à réaliser un idéal de justice par l'équivalence des garanties processuelles et le décloisonnement des ordres juridiques.

¹⁷ P. RAYNAUD, *L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction*. Les vicissitudes de l'art. 16, in Mélanges P. MEBRAUD, Université de Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 715.