

Le code de procédure civile et les maximes

Sylvie PIERRE-MAURICE

Maître de Conférences HDR à l'Université de Lorraine

Résumé :

Nombreuses et variées, les maximes de procédure civile n'ont jamais fait l'objet d'une étude générale. Les relations entre ces maximes et le code de procédure civile méritent pourtant de retenir l'attention. Quelle est la place de ces maximes procédurales, témoignages de la tradition, en procédure civile, discipline formaliste, codifiée, à la réglementation évolutive ?

Tout dépend de la qualité de la codification de la matière procédurale. Si, dans un code de formalités dépourvu de substrat théorique, les adages s'imposent nécessairement pour enrichir ce code pauvre en principes généraux, constituant ses « trésors », leur utilité apparaît plus limitée dans un code qui édicte des principes directeurs du procès civil. « Point besoin d'adage si code sage » peut-on alors dire. Le NCPC de 1975, devenu CPC en 2007, a brillé en raison de son intelligence de conception, manifestée notamment au livre premier consacré aux principes directeurs du procès. En reconnaissant ces principes généraux de procédure, le nouveau code a sonné le glas des anciennes maximes. Désormais, seule la règle technique contenue dans le code de procédure civile a valeur normative. Les maximes de procédure civile sont peut-être mortes mais pas encore enterrées : si elles ont perdu leur valeur normative, elles conservent une valeur pédagogique, une valeur d'orientation et une valeur récréative. En outre, une seule ancienne maxime procédurale a échappé à cette disparition décrétée et a force de loi en dépit de l'existence du code de procédure civile : il s'agit de l'adage « Nul ne plaide par procureur », qui fait figure de rescapé du CPC.

Summary :

Abundant, the maxims of french civil procedure have never been the subject of a global scholarly study. Nevertheless, it is worth studying the relations between the maxims and the french code of civil procedure. What is the role granted today to the maxims, fruit of the tradition, last island of customary law ? It depends on the quality of the code of civil procedure. The previous code of 1806 didn't contain any principle of procedure. The maxims thus kept all their utility and were endowed with normative value. By recognizing « guiding principles for trial », the new code of civil procedure (1975) killed the former maxims. However, they still have a place in our very codified law as a guide, as principles of interpretation. The old maxims are maybe dead but not buried.

What about new maxims ? The decision of jurisprudence of September 21st, 2011 renewed the debate in creating a new maxim « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », which is inspired by the english estoppel by representation. A new maxim of civil procedure can be created in the presence of an elaborate code. An other issue is to know if this creation is useful and convenient.

*

**

Le problème de la survivance ou de la mort des anciennes maximes confrontées à l'instrument réussi de codification qu'est le nouveau code de procédure civile de 1975 n'épuise pas l'étude des relations entre maximes procédurales et code de procédure civile. L'arrêt de la Cour de cassation du 20 septembre 2011 renouvelle en effet le débat en créant un nouveau principe de procédure civile exprimé par une tournure qui fleure bon la maxime : « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ». On apprend ainsi qu'il est possible de créer des nouvelles maximes à valeur normative en présence d'un code élaboré.

« Acte littéraire »¹ qui restaure « l'âge poétique du droit »², « trésors de pensées mémorables », « quintessence d'un savoir », « parler frappé », « défi à l'imagination tirant le droit vers le haut »³, « parole de sagesse », « saillie de l'esprit »⁴ au « style pittoresque, imagé ou elliptique »⁵, « forme polie, pure, finie, galbée »⁶, « vérités souples »⁷ qui ont « l'avantage de révéler aussitôt la règle qu'(elles) incarnent »⁸, les adages ou encore brocards, sentences et autres maximes juridiques⁹ concentrent les compliments de la doctrine.

Les maximes ont instillé leur style dans toutes les disciplines du droit. En droit de la famille, sera cité l'emblématique brocard de Loysel « En mariage, trompe qui peut » ; en droit pénal, la sentence latine « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* » (pas de crime, pas de peine sans la loi), précurseur du principe de légalité criminelle. Des générations d'étudiants ont gardé en mémoire la règle de l'exclusion de la garantie des vices cachés en donation grâce à l'adage « A cheval donné, on ne regarde pas les dents ». On peut encore énoncer pour le droit des successions la maxime « N'est héritier qui ne veut ».

Discipline marquée du sceau du formalisme et de la rigueur, voire de l'austérité, la procédure civile a, elle aussi, été visitée par ces règles romaines ou coutumières à l'allure souvent rieuse. La procédure civile est même une discipline surreprésentée par les adages : sur les 473 adages décomptés par MM. Roland et Boyer¹⁰, une centaine environ est relative au droit du procès civil, hors les nombreux adages

¹ Gérard Cornu, *Linguistique juridique, Montchrestien*, 3ème éd., 2005, spéc. n° 117, p. 397.

² Henri Roland, Laurent Boyer, *Adages du droit français, Lexis nexis*, 4ème éd., 1999, spéc. p. XIII. , n° 3, p. XIII.

³ Gérard Cornu, « Adages et brocards », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir Denis Alland et Stéphane Rials, *PUF*, 2003, p. 24, 23, 22, 24, 26.

⁴ Gérard Cornu, *Linguistique juridique, préc.*, n° 113, p. 385 et n° 102, p. 359.

⁵ Alain Laingui, « Les adages du droit pénal », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1986, pp. 24 s., spéc. p. 26.

⁶ Gérard Cornu, *Linguistique juridique, préc.* n° 120, p. 408.

⁷ H. Patrick Glenn, « A propos de la maxime Nul ne plaide par procureur », *RTD civ.* 1988, 59, spéc. n° 1.

⁸ Henri Roland, Laurent Boyer, *op. cit.*, spéc. p. XIV.

⁹ Sur les nuances, v. Gérard Cornu, *Linguistique juridique, préc.* n° 105, p. 365 ; « Adages et brocards », p. 22-23.

¹⁰ Sur les nuances, v. Gérard Cornu, *Linguistique juridique, préc.* n° 105, p. 365 ; « Adages et brocards », p. 22-23.

sur la preuve, qui sont communs au droit civil et à la procédure civile et hors les adages qui s'avèrent des préceptes supérieurs, en général exclus de l'étude de ces auteurs¹¹. Effectivement, la procédure civile n'est pas avare en maximes et elle égraine son long chapelet de sentences-vérité au fil de sa *marche en avant*, touchant l'introduction de l'instance, à travers notamment la maxime « Pas d'intérêt, pas d'action », le jugement (en témoigne la sentence « Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements »), les voies de recours (« Opposition sur opposition ne vaut ») et même l'exécution (« Saisie sur saisie ne vaut »). Plus précisément, les adages irriguent les conditions pour agir en justice¹², la compétence¹³, la nullité des actes de procédure¹⁴, les délais de procédure¹⁵, les principes directeurs du procès civil¹⁶, la représentation en justice¹⁷, les demandes incidentes¹⁸, les frais de l'instance¹⁹, les modes alternatifs de règlement du litige²⁰, l'office du juge²¹, le jugement²², les voies de recours²³, l'exécution²⁴. Innovation

¹¹ *Op. et loc. cit.* ; Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, préc., p. 368.

¹² « Pas d'intérêt, pas d'action » ; « L'intérêt est à la mesure de l'action » ; « De l'homme mort, le plaid mort ».

¹³ « Tout juge est juge de sa compétence » ; « *Actor sequitur forum rei* » (Celui qui plaide une affaire suit le for du défendeur, justifiant la compétence au juge du tribunal du lieu où le défendeur est domicilié) ; « *Locus regit actum* » (Le lieu régit l'acte, d'où la règle que la forme d'un acte juridique est régie par la loi du lieu où il est accompli) ; « Qui peut le plus peut le moins » ; « Le juge de l'action est juge de l'exception ».

¹⁴ « *Qui cadit a syllaba, cadit a toto* » (Qui chute sur une syllabe chute sur le tout) ; « Pas de nullité sans texte » ; « Pas de nullité sans grief ».

¹⁵ « *Dies a quo non computatur intermino* » (Le jour à partir duquel un délai de prescription commence à courir n'est pas pris en compte dans l'écoulement de ce délai).

¹⁶ Principe dispositif : « Pas de juge sans demande », « *Ne procedat iudex ex officio* » (Que le juge ne procède pas d'office) ; Principe de la contradiction : « *Audiatur altera pars* », « *Audi alteram partem* » (Que soit entendue aussi l'autre partie) ; Principe de publicité : « Arrêt lu à l'audience appartient au public » ; Principe de collégialité : « Juge unique, juge inique ».

¹⁷ « Nul ne plaide par procureur » ; « Qui représente assiste ».

¹⁸ « Reconvention sur reconvention ne vaut » ; « Le criminel tient le civil en l'état » ; « Le juge de l'action est juge de l'exception » ; « *Reus in exceptio fit actor* » (Le défendeur qui soulève une exception devient demandeur) ; « En cour souveraine, on plaide à toutes fins ».

¹⁹ « Le battu paie l'amende ».

²⁰ « Mauvais arrangement vaut mieux que bon procès ».

²¹ « *Office secundum allegata et probata partium iudex judicare debet* » (« Le juge doit juger selon ce qui est allégué et prouvé par les parties ») ; « Pas de

récente datant du NCPC de 1975, l'instruction judiciaire civile n'a pas été directement visée par les adages de procédure, trop anciens, mais cette phase de la procédure est indirectement représentée par les preuves et l'administration de la preuve²⁵.

Au-delà de la diversité des thèmes procéduraux visés, les adages sont à ce point variés qu'il paraît opportun de les classer au regard de la langue dans laquelle ils ont été énoncés mais également au regard de leur origine²⁶ et de leur nature. Les maximes de procédure civile sont énoncées à une égale proportion en latin et en français. Les adages exprimés en latin proviennent essentiellement de la période romaine, du *Digeste*²⁷ pour la plupart, et, plus rarement des

juge sans demande », « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » (Donne moi les faits, je te donnerai le droit) ; « *Tot capita, tot sententia* » (Le juge doit statuer sur tous les chefs de demande) ; « *Jura novit curia* » (La Cour connaît le droit) ; « *Ne procedat judex ex officia* » (Le juge ne procède pas d'office) ; « *Nemo judex in re sua* » (Nul n'est juge en sa propre cause).

²² « *Lata sententia judex desinit esse judex* » (Sa sentence rendue, le juge cesse d'être juge) ; « Voie de nullité n'ont lieu contre les jugements » ; « *Res judicata pro veritate habetur* » (La chose jugée doit être tenue comme le reflet de la vérité) ; « Vice ou erreur de calcul et de compte se purge en tout temps » ; « Erreur de calcul ne passe jamais en force de chose jugée » ; « Arrêt lu à l'audience appartient au public ».

²³ « En cour souveraine, on plaide à toutes fins » ; « Opposition sur opposition ne vaut » ; « Requête civile sur requête civile ne vaut » ; « Les absents ont toujours tort » ; « *Tantum devolutum, quantum appellatum* » (Il n'est dévolu qu'autant qu'il a été appelé) ; « *Tantum devolutum, quantum judicatum* » (Il est dévolu autant qu'il a été jugé) ; « Appel passe opposition ».

²⁴ « Saisie sur saisie ne vaut » ; « Aux arrêts, point d'arrêt » ; « Ce qui est réparable en définitive ne s'exécute pas par provision ».

²⁵ « Interlocutoire ne lie pas le juge » ; « Affirmer n'est pas prouver » ; « Pour toute enquête, contre-enquête est de droit » ; « *Office secundum allegata et probata partium judex judicare debet* » (Le juge doit juger selon ce qui est allégué et prouvé par les parties) ; « *Nemo contra se edere tenetur* » (Personne n'est tenu de produire une pièce contre soi).

²⁶ Sur le rappel de l'histoire de la formation des adages, v. Henri Roland, Laurent Boyer, *op. cit.*, p. XV ; Laurent Boyer, « Sur quelques adages : notes d'histoire et de jurisprudence », in Bibliothèque de l'école des chartes, 1998, tome 156, livraison 1. pp. 13-76, spéc. p. 22 ; Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, n°104 et 105.

²⁷ V. par ex. « *Lata sententia judex desinit esse judex* » ; *Tantum devolutum, quantum appellatum* » ; « *Tantum devolutum, quantum judicatum* ».

Institutes de Gaius²⁸. On attribue ainsi à Ulpien la célèbre maxime sur l'autorité de chose jugée « *Res juridicata pro veritate accipitur* » figurant dans le *Digeste* (207). D'autres adages en latin ont été forgés au Moyen-Age par les post-glossateurs ou Bartolistes²⁹, commentant les codex du droit romain. Aucune des maximes processualistes ne sont tirées des *Décrétales* des Papes Boniface VIII et Grégoire IX. S'ils proviennent de sources variées, les adages ou brocards de procédure civile énoncés en langue française sont pour la plupart tirés des *Institutes coutumières* de Loysel³⁰. Seules deux maximes sont issues des *Axiomes et proverbes du Droit français du Sieur Catherinot*, ouvrage publié en 1683 : « Aux arrêts, point d'arrêt » et « Appel passe opposition ». Ambitieuse, l'oeuvre reste inachevée puisqu'elle n'a énoncé par ordre alphabétique que les adages commençant par les lettres A à C. De célèbres maximes sont par ailleurs nées de la reprise d'une jurisprudence d'Ancien droit. C'est le cas du « Juge de l'action est juge de l'exception », de la règle « Le criminel tient le civil en l'état », des brocards « Pas de nullité sans texte et sans grief ». Au XIXème siècle, la jurisprudence créé encore des adages³¹. Enfin, la doctrine à la même époque a forgé des maximes telles que « Juge unique, juge inique », « Dans toute enquête, contre-enquête est de droit ». On attribue enfin à Daguin le brocard « Affirmer n'est pas prouver »³².

Il est parfois difficile de rapporter l'origine propre de chaque adage procédural : « la formule demeure mais son origine semble se

²⁸ « *Qui cadit a syllaba, cadit a toto* ».

²⁹ « *Nemo contra se edere tenetur* » ; « *Nemo iudex in re sua* » (Personne ne juge sa propre cause : commentaire de Code de Justinien 3,5) ; « *Dies a quo non computatur in termino* » (Commentaire du Digeste, 50, 17, 101) ; « *Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa* » (Aux vigilants les droits, aux retardataires les os : Commentaire du Digeste, 42, 8, 22) ; « *Da mihi factum, dabo tibi jus* ».

³⁰ « Le juge doit statuer sur les allégations et les preuves des parties » (n° 867) ; « Vice ou erreur de calcul et de compte se purge en tout temps » (n° 208) ; « Erreur de calcul ne passe jamais en force de chose jugée » (n° 872) ; « En cour souveraine, on plaide à toutes fins » (n° 700) ; « De l'homme mort, le plaïd mort » (864).

³¹ « Tout juge est juge de sa compétence ».

³² Arthur Daguin, *Axiomes, aphorismes et Brocards français de droit avec indication de la source originelle*, conférence aux articles des Codes français et Notes, Paris, Administration et librairie des annales des justices de paix, 1926, répertoriant 1559 adages.

perdre dans la nuit des temps »³³. C'est ainsi que la maxime « *Ne procedat judex ex officia* » (Le juge ne procède pas d'office), répertoriée par MM. Rolland et Boyer au n° 262 de leur ouvrage, n'est accompagnée d'aucune précision sur sa provenance. A l'identique, le brocard « Les absents ont toujours tort », que l'on trouve seulement cité par Quitard en 1842³⁴, lequel lui confère un sens juridique, n'a pas d'origine certaine. L'adage « Le battu paye l'amende » viendrait quand à lui d'une coutume de Lory, en Gatinais, sans qu'il ne soit donné de date précise en Ancien droit sur sa naissance³⁵. Indéterminée, l'origine historique de l'adage « *Jura novit curia* » (La cour connaît le droit, On ne doit pas prouver l'existence d'une règle de droit³⁶) a fait l'objet d'une thèse récente qui retrace l'évolution de l'adage et ses modifications modelées par le temps³⁷. Pour résumer, « l'idée d'une dispense de preuve de la règle de droit à l'égard des parties prend chez Bartole une forme qui est l'aboutissement de plusieurs siècles d'évolution de la pensée des commentateurs médiévaux du droit romain mais aussi de la procédure romano-canonique. L'idée d'un pouvoir du juge de suppléer aux allégations juridiques des parties se précise elle aussi progressivement d'Azon à Bartole, Balde et Paul de Castre. Dans la pratique procédurale médiévale française, les points d'émergence de ces deux aspects de l'adage *jura novit curia* ne sont pas très faciles à localiser : le pouvoir du juge de suppléer en droit est plus aisément identifiable que la dispense de preuve du droit parce que la distinction du fait et du droit est moins nette en pratique que dans les écrits des canonistes.

Entre ce que nous appellerions la doctrine de *jura novit curia* et sa pratique une adaptation s'effectue donc, mais cette adaptation, qui participe à la construction du modèle procédural français, a lieu très

³³ Alain Laingui, préc., p. 26.

³⁴ Pierre Marie Quitard, *Dictionnaire étymologique, historique et anecdotique des proverbes et des locutions*, éd. Bertrand, 1842.

³⁵ Florence Montreynaud, Agnès Pierron, François Suzzoni, *Dictionnaire de proverbes et dictons*, Robert poche, 2006, n° 1894, p. 161.

³⁶ Sur l'évolution de la portée de l'adage, notamment au regard du décret du 28 décembre 1998, qui a obligé les parties à connaître le droit et à ne plus se reposer sur le juge, v. *infra*, I, A, 2, b, valeur historique, p. 22. Notons que ce décret a notamment introduit l'exigence des conclusions récapitulatives (art. 753 CPC) et la motivation en droit de l'assignation (art. 56).

³⁷ Laurent Pennec, *L'adage jura novit curia dans le procès civil - Emergence et évolution contemporaine en droit comparé*, direction J.-J. Pardini, thèse Toulon, déc. 2010.

progressivement jusqu'à son apogée qui se marque dans l'ordonnance royale d'avril 1667. L'histoire doctrinale et procédurale de l'adage est tout aussi longue et compliquée en Allemagne, en Italie et dans la péninsule ibérique. Au XVIIIème siècle encore, l'apostrophe de Pistorius, *Narra mihi factum ! Jura novit curia* laisse à penser que l'on ne distingue guère l'adage *jura novit curia* de son jumeau, l'adage *da mihi factum, tibi dabo jus*. La systématisation des deux adages ne va s'achever vraiment qu'aux XIXème et XXème siècles, elle peut en somme être considérée comme tardive »³⁸.

Différenciées par leur langue et leur origine, les maximes de procédure civile s'opposent encore par leur nature. M. Cornu a distingué quatre types d'adage selon le message qu'ils expriment. Certains sont de pures règles techniques, d'autres s'analysent en des principes généraux, d'autres encore constituent des directives générales d'interprétation de la loi. Enfin, certaines maximes délivrent des propositions explicatives de la règle ou des conseils³⁹. Les adages de procédure civile sont limités aux deux premières fonctions. Très rarement, la maxime procédurale donne un conseil au plaideur : c'est cependant le cas de « Mauvais arrangement vaut mieux que bon procès ». Les adages qui constituent une règle technique⁴⁰ et ceux qui contiennent une règle transcendentale, une ligne directrice, des principes généraux de procédure civile au dessus de toute technicité constituent la *summa divisio* des adages procéduraux. L'adage pris en tant que principe général de procédure ne peut être réduit à un seul article du code : il draine tout un système procédural. Ainsi en est-il de l'idée de collégialité, exprimée à travers l'adage « Juge unique, juge inique », du contenu de l'office du juge, perceptible dans les adages « Donne-moi les faits, je te donnerai le droit » et « Le juge ne procède pas d'office » ou encore « Le juge connaît le droit », de la conception de l'autorité de chose jugée comme présomption de vérité du jugement, dévoilée par la maxime romaine *Res judicata pro veritate habetur*.

Contrairement aux adages de droit pénal⁴¹, les maximes de procédure civile n'ont jamais fait l'objet d'une étude générale.

³⁸ Emmanuel Putman, Commentaire de thèse, *RTD civ.* 2011, p. 622 (commentant la thèse de M. Pennec).

³⁹ Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, préc. n° 108 s., p. 370 s.

⁴⁰ V. pour exemples, v. *infra* la note en bas de page n° 55.

⁴¹ V. Alain Laingui, préc. p. 26.

Certaines d'entre elles ont toutefois, à titre particulier, retenu l'attention de la doctrine⁴². Objet de plusieurs classifications, les maximes de procédure civile présentent une unité interne. Plus volontiers que dans les autres disciplines juridiques⁴³ mais à égalité avec le droit pénal, elles sont souvent exprimées par des formules négatives⁴⁴ ou des ordres s'adressant aux plaideurs, afin qu'ils respectent leurs charges procédurales.

Quelle est la place de ces maximes procédurales, témoignages de la tradition, dans cette discipline formaliste, codifiée, à la réglementation évolutive ? On sait en effet que la procédure civile délivre pratiquement tous les ans ses nouvelles règles en décembre, constituant ainsi, selon les années pauvres ou fastes⁴⁵, le petit ou le grand Noël du procédurier⁴⁶. Dans ce contexte, l'adage conserve-t-il

⁴² Sur l'adage « *Juria novit curia* », v. Laurent Penneç, *op. cit.* ; Douglas Brooker, « Va Savoir! - The Adage « *Jura Novit Curia* » in Contemporary France » (October 30, 2005) *bepress Legal Series*. Working Paper 845. <http://law.bepress.com/expresso/eps/845>. Sur l'adage « Nul ne plaide par procureur », v. H.-Patrick. Glenn, « À propos de la maxime « Nul ne plaide par procureur », *RTD civ.* 1988. 59 ; Ellacim Naquet, « De la maxime que nul ne peut plaider par procureur si ce n'est le roi », *Rev. crit.*, 1875. 638 ; Jean Percerou, « De la règle que nul en France ne plaide par procureur », *Rev. Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1891. 21. Sur l'adage « Nécessité fait loi » en procédure civile, v. P. Julien, « Ce que la nécessité commande », *Mélanges Normand*, *litec* 2003, 241 ; Sur la règle « Pas de nullité sans grief », v. Jacques Lemié, « La règle Pas de nullité sans grief dans le NCPC », *RTD civ.* 1982, 23.

⁴³ Sur les marques d'impérativité, v. Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, préc. n° 119, p. 404.

⁴⁴ Ainsi les formules « Ne vaut », « Nul ne plaide », « Pas de... ».

⁴⁵ L'année 2011 a été une année faste en réformes procédurales. Entre autres, le décret n° 2011-1043 du 1^{er} septembre 2011 a innové en réagissant dans le CPC le référé en la forme ou faux référé. Le décret du 28 septembre 2011 intervenant en application de la loi du 29 juillet 2011 créant la contribution pour l'aide juridique d'un montant de 35 euros à l'article 1635 bis Q du Code général des impôts prévoit aux articles 62-1 s. CPC les dispenses de versement de cette taxe et la sanction du non paiement. Inspirés des propositions Guinchard, les articles 1 et 2 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles prévoient la suppression de la juridiction de proximité en tant que juridiction autonome.

⁴⁶ Philippe Bertin, *Le Grand Noël du procédurier : Commentaires des innovateurs du nouveau Code de procédure civile à l'usage du praticien du tribunal de grande instance*, *Gaz. Pal.* 1976, 1 vol. : extrait de la Gazette du

un intérêt, a-t-il un rôle à jouer ? Tout dépend de la qualité de la codification de la matière procédurale. Si, dans un code de formalités dépourvu de substrat théorique, les adages s'imposeraient nécessairement pour enrichir ce code pauvre en principes généraux, constituant ses «trésors», leur utilité apparaîtrait plus limitée dans un code qui édicte des principes directeurs du procès civil. « Point besoin d'adage si code sage » pourrait-on alors dire.

L'ancien code de procédure civile reste, pour la postérité, un code napoléonien qui a manqué son rendez-vous avec l'Histoire, ne délivrant qu'une juxtaposition de règles techniques, sans lien et sans âme. Certaines dispositions préliminaires relatives « aux règles générales de procédure » avaient néanmoins été proposées par Pigeau, membre de la Commission de rédaction mais n'ont pas été retenues par Treilhard et le Tribunal⁴⁷. Quoi qu'il en soit, les maximes ont conservé, sous l'empire de l'ancien code, toute leur force, servant de guide pour expliquer cette accumulation de formalités mais ayant aussi valeur normative.

« Monument de codification à la gloire du procès civil »⁴⁸, « monument d'intelligence et de réflexion »⁴⁹ le NCPC de 1975, devenu CPC en 2007 en raison de l'abrogation de l'ancien code de procédure civile, a brillé par son intelligence de conception manifestée notamment au livre premier consacré aux principes directeurs du procès. En reconnaissant ces principes généraux de procédure, le nouveau code a sonné le glas des anciennes maximes. Certes, la substance des maximes a pu être reprise par le CPC : le contenu survit mais l'adage est bien mort. Lorsqu'une maxime est codifiée et drapée dans la froide étoile de la technicité et de la précision du langage législatif, la maxime est morte, asphyxiée, engloutie par la législation. La maxime a en effet perdu sa forme, son parler, ce qui faisait son originalité et sa force. Car si elle délivre un message de fond, la

Palais des 17 janvier, 17 février, 6 mars, 20 mars, 29 avril, 15 mai, 23 juin et 19 octobre 1976.

⁴⁷ Jean-Louis Halpérin, « Le code de procédure civile de 1806 : un code de praticiens ? », in, « 1806 – 1976 – 2006, *De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France* », dir. L. Cadiet et G. Canivet, Litec 2006, p. 23 s., spéc. p. 28.

⁴⁸ Serge Guinchar, « Touche pas à mon code ! », in Mélanges Jean Buffet, *Petites Affiches* 2005, p. 269 s., spéc., p. 270.

⁴⁹ V. Jacques Junillon, « Le nouveau code de procédure civile, une philosophie en danger », in *Le Nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, dir. J. Foyer et C. Puigelier, *Economica* 2006, pp. 59 et 60.

maxime est d'abord une « sagesse dite », « une manière de dire courte et mémorable » selon Socrate. En outre, désormais, seule la règle technique contenue dans le code de procédure civile a valeur normative.

Les anciennes maximes de procédure civile se sont éteintes d'une mort douce ; le nouveau code de procédure civile ne les a pas reniées et chassées parce qu'elles appartenaient à un autre temps. Certes, il n'a pas repris leur tournure caractéristique car il s'est paré d'un langage moderne. C'est le contraire, qui, à la vérité, aurait étonné. Le code s'est chargé de leurs enseignements, les maximes de procédure civile l'ont aidé à être meilleur. Certains articles du code rendent d'ailleurs hommage à ce parler juridique sentencieux. Ainsi, l'article 14 pose que « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée »⁵⁰. Du reste, il serait simpliste et erroné d'opposer le génie stylistique des adages à la pauvreté du langage, nécessairement technique, du CPC. Loin d'avoir négligé le style, ce dernier a conservé le souci de la forme, du langage clair et efficace. Plume élégante du nouveau code de procédure civile, Gérard Cornu est en effet un fervent admirateur des adages. Ses mots ont porté les plus beaux compliments qui leur aient été jamais adressés⁵¹.

Le problème de la survivance ou de la mort des anciennes maximes confrontées à l'instrument réussi de codification qu'est le nouveau code de procédure civile de 1975 épuise-t-il l'étude des relations entre maximes procédurales et code de procédure civile ? On pouvait le croire jusqu'en 2011. L'arrêt de la Cour de cassation du 20 septembre 2011⁵² renouvelle en effet le débat en créant un nouveau principe de procédure civile exprimé par une tournure qui fleure bon la maxime : « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ». On apprend ainsi qu'il est possible de créer des nouvelles maximes à valeur normative en présence d'un code élaboré. Faut-il se réjouir de cet essor inattendu des maximes ? Ce dernier manifeste-t-il la force d'attraction des maximes ou traduit-il le vieillissement du code, qui ne se suffit plus à lui-même ?

Le code contient en réalité des ressources suffisantes pour

⁵⁰ Sur les adages classiques introduits par « Nul ... », v. *infra*, n° II, A, 1, a.

⁵¹ V. *supra*, la première phrase de l'introduction.

⁵² Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *D.* 2011. 2345, obs. X. Delpech, *Procédures* 2011, Repère 11, obs. H. Croze, *JCP G* 2011. 1250, note D. Houtcieff, *RTD civ.* 2011. 760, obs. B. Fages.

sanctionner ce qu'on appelle aujourd'hui « l'auto-contradiction procédurale ». Aussi, pour étonnante et vivifiante qu'elle paraisse, la création de la nouvelle maxime ne paraît pas opportune. D'un ton à la fois enthousiaste et perplexe, le juriste processualiste peut alors s'écrier : « Les anciennes maximes sont mortes ! Vive la nouvelle maxime !? ».

I. Les anciennes maximes sont mortes !

Mortes, les anciennes maximes de procédure civile de droit romain ou d'Ancien droit le sont car le code de procédure civile, en créant des articles les remplaçant, leur a ôté toute valeur normative (A). Une seule maxime procédurale a échappé à cette disparition décrétée et a force de loi en dépit de l'existence du code de procédure civile : il s'agit de l'adage « Nul ne plaide par procureur », qui fait figure de rescapé du CPC (B).

A) Des maximes mortes mais pas enterrées

Le code de procédure civile a enfoui le « trésor de pensées mémorables »⁵³ que sont les anciennes maximes de droit procédural sans pour autant l'engloutir. Les maximes sont peut-être mortes mais pas encore enterrées : si elles ont perdu leur valeur normative (1), elles conservent tout leur sens (2).

1) La perte de valeur normative

N'ont perdu leur valeur normative que les adages qui en étaient dotés, c'est-à-dire les adages véhiculant une règle technique, à l'exclusion de ceux qui s'analysent en des principes généraux de procédure⁵⁴. Un transfert de valeur normative s'est réalisé au profit des dispositions du code de procédure civile qui consacrent la règle technique exprimée autrefois dans l'adage (a). L'approximation-concision des adages laisse place à la précision des articles du code (b).

a) Normativité du seul article de loi consacrant une maxime

⁵³ Gérard Cornu, « Adages et brocards » préc., p. 24.

⁵⁴ V. *supra* sur cette distinction, introduction p. 7.

La valeur normative est dévolue à l'article de loi consacrant la maxime. Les anciens adages n'ont plus valeur obligatoire et force de loi, par conséquent les plaideurs doivent viser dans leurs prétentions les seuls textes du code de procédure civile et non les anciens adages. Les juges, quant à eux, doivent fonder leur décision sur les premiers et non sur les seconds. Ainsi, afin de contrer une voie de recours d'opposition sollicitée contre un jugement rendu par défaut, le plaideur ne devra pas invoquer l'adage « Opposition sur opposition ne vaut » mais bien l'article 578 CPC. De même, afin de justifier ou dénier la compétence du tribunal saisi dans le ressort du domicile du défendeur, c'est bien l'article 42 CPC qu'il faut invoquer et non l'adage « *Actor sequitur forum rei* ». A l'identique, la fin de non recevoir sanctionnant le défaut d'intérêt d'un plaideur doit être fondée sur l'article 31 CPC et non sur les adages « L'intérêt est à la mesure de l'action » ou « Pas d'intérêt, pas d'action ». L'impossibilité de contester un jugement par une voie de nullité autonome et l'obligation d'utiliser une voie de recours à cette fin est fondée en droit sur l'article 460 CPC, qui consacre, sans en reprendre la formule savoureuse, l'adage « Voie de nullité n'ont lieu contre les jugements ». L'échec d'une demande en nullité pour vice de forme alors qu'aucun texte ou qu'aucun grief n'est invoqué doit être fondée sur les articles 114 et 119 CPC et non sur les maximes « Pas de nullité sans texte » et « Pas de nullité sans grief »⁵⁵... Souvent, les plaideurs se risquent cependant à commettre une erreur de droit, dans l'exposé juridique de leur demande, en préférant utiliser la maxime plutôt que le texte de loi⁵⁶. Comme si

⁵⁵ On peut décliner sur ce modèle les adages dont le contenu a été consacré par un article du CPC : l'adage « *Dies a quo non computatur in termino* » est consacré à l'article 641 al. 1 CPC ; « *Nemo iudex sine actu* » (Pas de juge sans demande) à l'article 1, « *Tot capita tot sententia* » à l'art. 5 CPC, « *Lata sententia iudex desinit esse iudex* » à l'article 481 CPC, « Le juge de l'action est juge de l'exception » à l'article 49 CPC ; « Le criminel tient le civil en l'état » à l'art. 4 CPP ; « Le battu paie l'amende » à l'article 696 ; « Qui représente assiste » à l'article 413 ; « Affirmer n'est pas prouver » à l'article 9 ; « Pas de juge sans demande » ou « *Ne procedat iudex ex officio* » (Que le juge ne procède pas d'office) à l'article 1 CPC ; « Le compétent attire l'incompétent » aux articles 35 à 39 et 49 à 51 CPC...

⁵⁶ Sur l'utilisation de la maxime « Pas de nullité sans grief » par les plaideurs, souvent à titre subsidiaire, v. Aix-en-Provence, 25 janv. 2007, n° de RG : 46, Legifrance ; Com, 7 févr. 2012, n° 11-12787 et 11-13213, à publier. Sur l'utilisation surabondante de « Opposition sur opposition ne vaut », v. Cass. 2ème civ., 24 janv. 1962, Bull. civ. II, n° 100.

l'adage, fétiche auréolé de mystère, d'un pouvoir symbolique, pouvait plus que le texte de loi qui le consacre et qui est pourtant seul doté de valeur normative. Comme si l'adage était mieux à même de convaincre le juge. C'est certainement la preuve de la fascination qu'exercent toujours les maximes, par delà leur mort. C'est aussi le jeu d'une stratégie judiciaire un peu désespérée, qui tire tous azimuts et fait feu de tout bois. Parfois les juges du fond, voire la Cour de cassation se laissent convaincre par l'argument d'autorité des maximes et utilisent ces dernières dans leur décision, et non les textes de loi les remplaçant⁵⁷.

Avec la consécration des adages dans les articles du CPC, la précision triomphe de l'approximation-concision.

b) Supériorité de l'article de loi : la précision contre l'approximation-concision

Le texte de loi consacrant l'adage a perdu en brièveté et en contenu savoureux ce qu'il a gagné en précision. La brièveté de l'adage constitue en effet sa force mais aussi sa faiblesse : force de frappe pour viser droit dans la mémoire de l'auditeur mais faiblesse d'un contenu tronqué, simplifié, appauvri à force d'ellipse. L'adage suggère mais ne régit pas : il a toujours besoin d'un complément technique, si bien que les maximes peuvent être mal interprétées ou considérées comme incomplètes. Un auteur a remarqué que la « valeur des vieux adages est extrêmement variable. Ceux qui sont formés d'un texte ou d'un tronçon de texte latin ont une portée sérieuse, leur idée fondamentale ayant été dégagée par de véritables jurisconsultes. La plupart des autres, introduits par de simples praticiens, énoncent des principes d'une exactitude approximative qui, pris au pied de la lettre, conduiraient à d'inadmissibles exagérations »⁵⁸. Approximatifs, les adages de droit procédural exprimés en vieux français mais aussi ceux

⁵⁷ V. Cass. 1ère civ. 20 nov. 1990, n° 89-13433, inédit : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'appel formé dans des conditions non prévues par l'article 932 du nouveau Code de procédure civile équivaut à une absence d'acte et qu'une telle irrégularité échappe à la règle « Pas de nullité sans grief », la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; Cass. soc., 1er févr. 2001, n° 98-45197, inédit : « Attendu, ensuite, que l'appel formé dans des conditions non prévues à l'article R 517-7 du Code du travail équivalant à une absence d'acte, une telle irrégularité échappe à la règle « Pas de nullité sans grief ».

⁵⁸ Étienne-Ernest-Hippolyte Perreau, *La technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris 1923, édition Rivière, T.I, p. 148.

exprimés en latin peuvent effectivement donner l'impression d'une vérité tronquée, figée et simpliste : c'est le domaine d'application du principe ou les exceptions apportées à ce dernier qui sont purement et simplement passés sous silence⁵⁹.

La brièveté et le rythme donné au syntagme « Pas de nullité sans... » empêche de donner deux précisions fondamentales sur le domaine d'application du brocard. Ce dernier s'applique aux actes de procédure, à l'exclusion des jugements, lesquels bénéficient de règles de nullité spécifiques⁶⁰. En outre, il est limité exclusivement aux nullités pour vice de forme, sans application aux nullités pour vice de fond. De même, agréable à l'oreille par la rime et le balancement produit, la maxime « Le juge de l'action, juge de l'exception » prise à la lettre signifierait qu'une juridiction saisie d'une demande initiale qui entre dans le champ de sa compétence peut, par prorogation de compétence, connaître des seules exceptions, type de moyen de défense d'ordre procédural, qui sortent de sa compétence d'attribution. Or, la règle est plus large puisqu'elle vise tous les moyens de défense : exception mais aussi défense au fond et fin de non-recevoir. Si on avait voulu être exact, il aurait fallu dire « Le juge de l'action est juge des moyens de défense » mais la formule est triste, plate, sans rime. L'effet n'y est pas.

C'est le phénomène inverse que l'on observe dans la sentence « *Lata sententia iudex desinit esse iudex* », trop globalisante car le juge sans restriction y est visé et doit être dessaisi une fois la sentence rendue. Or, cette maxime ne s'applique pas aux jugements avant-dire droit, aux jugements gracieux, aux ordonnances de référé. De même, la maxime « *Res iudicata pro veritate habetur* » laisse penser que tout jugement rendu dispose de l'autorité de chose jugée alors que les mêmes limites exposées pour le dessaisissement s'appliquent et que l'autorité de chose jugée suppose la réunion de trois identités : identité de parties, de cause et d'objet, dont il n'est rien dit dans l'adage.

Quant au brocard « Les absents ont toujours tort », vérité universelle dégageant en procédure civile l'idée que la partie non présente à l'instance doit systématiquement être sanctionnée par un jugement réputé contradictoire est partiellement fausse. On ne saurait traiter de la sorte l'absent qui n'a reçu aucune notification à personne

⁵⁹ Gérard Cornu, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 26 ; *Linguistique juridique*, n° 112, p. 384.

⁶⁰ Art. 458 CPC.

et qui ne bénéficie pas d'un appel. Il n'est alors pas en tort et l'opposition lui est ouverte.

Enfin, la règle coutumière « Reconvention sur reconvention ne vaut », si elle exprime bien un principe, qui n'est d'ailleurs pas repris par le CPC, est muette sur sa condition d'application alors que le code exige expressément un lien de connexité entre la demande reconventionnelle et la demande initiale (art. 70 CPC). Il ne faut pas perdre de vue la première prétention et profiter des demandes incidentes reconventionnelles pour admettre finalement des demandes n'ayant qu'un rapport lointain avec la première.

La brièveté de l'adage cache également les exceptions que le principe supporte. La brièveté renforce, à tort parfois, le caractère absolu du principe. Ainsi, l'affirmation péremptoire « Le battu paie l'amende » n'est pas toujours vraie : l'article 696 prévoit la possibilité de condamner le gagnant aux dépens sur décision motivée du juge. La sentence « *Lata sententia iudex desinit esse iudex* » masque la possibilité pour le juge de revenir sur son jugement pour l'interpréter, s'il est obscur, ou pour le rectifier, en cas d'erreurs ou d'omissions matérielles⁶¹. La maxime « Qui représente assiste » ne traduit pas la possibilité de dissocier conventionnellement le rôle du mandataire *ad litem* et de l'assistant en justice alors que l'article 413 CPC pose une présomption simple selon laquelle « le mandat de représentation emporte mission d'assistance, sauf disposition ou convention contraire ». De même, l'adage « *Actor sequitur forum rei* » ne tient pas compte de la diversité des règles de compétence territoriales françaises. La règle reçoit une exception en matière immobilière (article 44 CPC), en matière de succession (article 45) et en assurances (art. R. 114-1 C. Ass.). En outre, les principes « *Audiatur altera pars* » ou « *Audi alteram partem* » connaissent des exceptions qui sont indécélables à la seule écoute de l'adage mais pourtant transcrites à l'article 17 CPC, au nombre desquels on trouve l'ordonnance sur requête (art. 493 CPC). « *Ne procedat iudex ex officio* » se révèle une injonction dépourvue d'exactitude : le premier article du CPC, qui consacre la maxime, prend la peine de préciser que « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement ». Enfin, la sentence « *Tantum devolutum quantum appellatum* » est trompeuse⁶² car, si elles sont limitées, aux termes de l'article 564 CPC,

⁶¹ V. les art. 481, 461, 462 CPC. V. *infra*, II, A, 2, b, valeur historique, p. 22.

⁶² V. *infra*, II, A, 2, b, valeur historique, p. 22

les possibilités de « soumettre à la cour de nouvelles prétentions » existent bel et bien.

Ayant subi la perte de sa tournure, de sa valeur normative, l'adage procédural n'en conserve pas moins tout son sens.

2) *Le maintien du sens de l'adage*

L'adage n'est pas dénué de toute valeur : on lui attache encore une valeur d'orientation ainsi qu'une valeur pédagogique indéniables.

a) **Valeur d'orientation**

Le rôle de guide du législateur de procédure civile n'est conféré qu'aux seules maximes d'interprétation, idéaux atemporels de justice, suffisamment générales pour assurer leur pérennité mais trop générales pour prétendre bénéficier d'une quelconque valeur normative⁶³. C'est à leur stabilité et leur généralité que ces maximes doivent d'avoir transcendé les siècles. Certaines règles rhétoriques sont d'ailleurs utilisées dans les adages pour marquer la généralité et l'éternité de l'affirmation, comme l'usage du présent lorsque la phrase est conjuguée⁶⁴, l'ellipse du verbe pour marquer l'absence de temps historique et la pérennité⁶⁵ ou encore l'emploi d'articles définis (le juge..., le battu..., les absents..., le criminel...), ou même l'absence d'article (« Nécessité fait loi »). Les maximes constituent l'un des derniers havres de stabilité parmi des normes en mutation constante. « Face à ce dérèglement de la machine à fabriquer les règles de droit et au désarroi qu'il fait entrer dans la mentalité de chacun, il est facile d'imaginer l'apaisement que procurent les adages. Au plan psychologique, le profane comme *l'homo juridicus*⁶⁶ y trouve d'instinct les ancrages nécessaires...Au plan technique, réapparaissent les qualités primitives de la règle de droit : son universalité... sa

⁶³ V. *supra*, introduction, p. 7.

⁶⁴ « La cour connaît le droit » ; « Les absents ont toujours tort » ; « Le battu paie l'amende », « Le juge de l'action est juge de l'exception » ; « Le criminel tient le civil en l'état » ; « Nul ne peut... » ; « Opposition sur opposition ne vaut... ».

⁶⁵ Utilisation de parataxes : « Pas de nullité sans texte » ; « *Tantum devolutum...* », « Juge unique, juge inique » et d'hypotaxe (Le juge de...est...).

⁶⁶ Sur cette notion, v. Alain Supiot, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005.

clarté... sa durée »⁶⁷.

Le message des adages quels qu'ils soient, règle technique ou principes généraux, est universel et atemporel également parce qu'il puise son contenu dans une « sève morale », une « charge intellectuelle »⁶⁸. En procédure civile, l'adage est basé sur le bon sens, la morale, l'évidence, les idéaux de Justice, l'aspiration à la Justice. Les adages en droit civil procédural expriment d'abord très fortement l'idée de lutte contre l'arbitraire par des formules évidentes auxquelles on ne peut qu'instinctivement adhérer. Ainsi en est-il de l'adage « Pas de condamnation sans jugement » (ou « *Nemo damnatus sine iudicio* »), qui exprime une logique élémentaire de justice, ou des maximes latines reprises à l'article 14 CPC : « *Audiatur altera pars* » ou « *Audi alteram partem* », qui fondent le principe de la contradiction, le droit de tout justiciable d'être entendu avant d'être jugé. L'adage « Arrêt lu à l'audience appartient au public », « traduit la nécessaire publicité de l'activité judiciaire, ici située non au stade des débats mais à celui du prononcé de la décision »⁶⁹. Toutefois, cette publicité s'affirme désormais par d'autres modes que la lecture de l'arrêt⁷⁰. Le brocard célèbre « Juge unique, juge inique » délivre le message évident selon lequel la collégialité donne de meilleures garanties de bonne justice, évite plus facilement les erreurs de jugement et les iniquités. De même n'est-on pas étonné par l'évidence du propos des formules « Pas de juge sans demande » ou « *Ne procedat iudex ex officio* ». Le juge ne doit pas s'immiscer dans un litige si les parties ne lui ont rien demandé. Il appartient à ces dernières, qui sont les principales intéressées, de déclencher, d'initier la procédure selon le principe dispositif (art. 1er CPC). D'une certaine façon encore, la sentence « *Actor sequitur forum rei* » protège le défendeur contre le choix arbitraire du demandeur d'ester selon le *forum actoris*. Le défendeur n'a pas à se déplacer ; on doit venir à lui pour ester car il bénéficie d'une sorte de présomption d'innocence civile.

Le message délivré par les adages de procédure civile est également moral. La sanction procédurale guette ceux qui ne se soumettent pas à la règle ou qui perdent leur procès. « Les absents ont

⁶⁷ Henri Roland, Laurent Boyer, *Adages du droit français*, Lexis nexis, 4ème éd., 1999, spéc. p. XIII.

⁶⁸ Gérard Cornu, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁹ Henri Roland, Laurent Boyer, *op. cit.*, n° 24.

⁷⁰ Si le principe de publicité semble être atemporel, ses modalités ont fait l'objet d'évolution : la lecture publique de la décision est souvent remplacée par la remise au greffe, v. *infra*, II, A, 2, b, valeur historique, p. 22.

toujours tort » est une formule on ne peut plus claire. « Le battu paie l'amende » énonce une règle facile à comprendre : le perdant subit les affres de la défaite. Empreinte d'une très nette connotation morale, la sentence des Bartolistes tirée du *Digeste* « *Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa* » (« Aux vigilants les droits, aux retardataires les os ») justifie notamment le mécanisme de la péremption, cause d'extinction du lien d'instance prononcée à la demande de l'adversaire lorsque le demandeur a laissé passer un délai de deux ans sans poursuivre la procédure.

Enfin, l'adage de procédure civile veille à instaurer une certaine sécurité juridique. La maxime « Nul ne plaide par procureur »⁷¹ distille tout d'abord une idée de transparence de la représentation en exigeant que le nom du mandant apparaisse dans la procédure menée par le mandataire. L'adversaire a le droit de connaître le véritable titulaire de l'action. Le mandataire ne peut cacher l'identité de la ou des personnes qu'il représente. Il doit agir à visage découvert. Quant à l'adage « Pas d'intérêt, pas d'action », il limite l'accès à la justice afin de ne pas encombrer les tribunaux. D'autres maximes font prendre conscience du danger ou de l'inopportunité de l'admission de demandes ou de voies de recours en chaîne, à l'infini, trop éloignées de la première. Ainsi en est-il des maximes « Requête civile sur requête civile ne vaut », « Opposition sur opposition ne vaut », ou « Reconvention sur reconvention ne vaut ».

L'adage délivre donc un message, il enseigne avec pédagogie.

b) Valeur pédagogique

Comme la fonction primordiale de l'adage est l'enseignement⁷², il n'est pas étonnant de constater que les adages restent très présents dans les manuels de cours et dans les cours oraux dispensés aux étudiants car il se présente comme un outil incomparable de mémorisation.

Outil incomparable de mémorisation

Peu de textes du code de procédure civile sont connus par coeur, même par les enseignants, alors que tout étudiant connaît les maximes procédurales. L'étudiant n'a pas à les apprendre : une fois

⁷¹ V. *infra*, I, B.

⁷² Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, n° 113, p. 385, n°114.

écoutées, sans effort, elles sont assimilées. C'est là la force et le savoir faire des maximes, « parler frappé »⁷³ qui vise au cœur de la mémoire par ses règles de construction formelle étudiées par les linguistes et les sémanticiens⁷⁴. Chaque adage est soumis à des constantes. La brièveté de son énoncé vise un effet percutant sur la compréhension. En moyenne, l'adage de procédure civile est composé de cinq mots (par exemple dans les maximes « Pas de nullité sans grief », « Nul ne plaide par procureur », « Le compétent attire l'incompétent », « *Ne procedat judex ex officio* »...). L'énoncé, dans tous les cas adopte une « armature symétrique »⁷⁵ caractérisée par un système d'opposition. L'adage comme le proverbe est caractérisé par son rythme⁷⁶ : rythme parallèle avec une césure marquée par une virgule ou un verbe coupant deux syntagmes au même nombre de pied⁷⁷ ou rupture de rythme afin d'assurer une opposition de fond entre les idées véhiculées dans les syntagmes. Les adages contenant la formule « ne vaut » adoptent ainsi des rythmes 8/2 ; ceux construits sur le modèle « Pas de... sans... » un rythme 3/2.

Au-delà de ces constantes, chaque adage possède des tours qui lui sont propres. Jeux de sonorités, rimes, allitérations ou assonances apportent un côté ludique à l'assertion sérieuse. « A bonne maxime, bonne rime » peut-on dire. Les assonances en a, i, u dans l'adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » sont frappantes. Les figures de style rendent le langage plus expressif et la leçon n'en est que mieux apprise et retenue. L'anaphore, répétition du même mot en début de syntagme, est fréquente. Ainsi en est-il dans l'adage « *Tot capita tot sententia* » ou dans la maxime « Juge unique, juge inique ». Si d'ailleurs ce dernier adage frappe particulièrement l'esprit, c'est qu'il cumule les figures de style : anaphore mais aussi parataxe (absence de subordination entre les propositions donnant un rythme) et paronomase, consistant à employer côte à côte des mots dont le sens

⁷³ Gérard Cornu, « Adages et brocards », préc., p. 22.

⁷⁴ G. B. Miller, *De l'armature des locutions proverbiales. Essai de Taxonomie sémantique*, L'Homme, 1969, t. 9 ; Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, n° 115 s ; Dominique Maingueneau, « Hyperénonciateur et participation », *Langages*, 2004/4 n° 156, p. 111-216 ; Jean-Michel Gouvard, « Les adages du droit français », *Langue française*, n° 123, 1999, p. 70.

⁷⁵ G. B. Miller, *op. cit.*, pp. 49-70, spéc. n° 3.

⁷⁶ Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, n° 117, p. 398.

⁷⁷ Rythme 5/1/5 pour « Le juge de l'action est le juge de l'exception », « *Da mihi factum, dabo tibi jus...* » ; 6/6 pour « *Tantum devolutum quantum appellatum* » ou 3/3 pour « Juge unique, juge inique ».

est différent, mais le son est à peu près semblable, autrement dit un jeu de mots.

L'adage frappe mais aussi séduit, procure du plaisir. Il faut lui accorder une valeur illustrative et récréative

Valeur illustrative, récréative

« Je fais dire aux autres ce que je ne puis si bien dire » disait Montaigne, à propos des citations dans ses *Essais* (II, 10). Quel enseignant a pu résister au plaisir de glisser dans son cours, après un article du CPC ayant valeur normative, l'adage qui l'a précédé? « Le mot procure toujours le même plaisir à celui qui le dit et parfois à celui qui l'écoute »⁷⁸. L'adage est là pour « embellir le discours »⁷⁹, à titre de « citation d'agrément »⁸⁰. Il est assigné à une fonction récréative de l'auditoire, réduit à la minute culturelle du cours, à ce petit *plus* habilement choisi par l'orateur afin de détendre et faire sourire l'auditoire, au même titre qu'un arrêt marquant aux faits trucculents, qu'une citation bien choisie. L'exotisme coutumier fait souvent mouche auprès des étudiants. « Dans son habit archaïque, ce bon vieux proverbe, que sa mine soit grave ou joyeuse, allongée ou rubiconde, apparaît comme un compagnon un peu ridicule et charmant, que l'on est tout content de retrouver »⁸¹.

À ce jeu rhétorique, l'orateur se gardera bien d'insérer des adages exprimés par voie de locutions latines, tout du moins sans en apporter immédiatement la traduction en français. L'effet serait à l'opposé de celui escompté : perte d'attention, dispersement et décrochage de l'auditoire. Il donnerait de la procédure civile l'idée d'une discipline jargonante réservée à une élite latiniste jalouse de son savoir et masquant volontiers son incompétence ou son manque de pédagogie derrière un savoir prétendu. Gardons en mémoire l'invective de Voltaire : « Pourquoi donc citez vous un certain Aristote en grec? C'est, répliqua le savant, qu'il faut bien citer ce qu'on ne comprend point du tout dans la langue qu'on entend le moins »⁸².

⁷⁸ Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, p. 368.

⁷⁹ Gérard Cornu, *op. et loc. cit.*

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ Alain Rey, Préface, p. IX, in Florence Montreynaud, Agnès Pierron, François Suzzoni, *Dictionnaire de proverbes et dictons*, *op. et loc. cit.*

⁸² Voltaire, *Micromégas*. éd. Hachette, coll. Classiques Hachette, 1991, chap. 7 (« Conversation avec les hommes »), p. 123.

Pourtant, certaines maximes processualistes exprimées en latin valent d'être citées dans cette langue, accompagnées d'une traduction, car leur formulation latine est supérieure à la traduction française. En effet, « la formule latine porte parfois à un point d'excellence le rapport analyse-synthèse »⁸³. Elle est plus courte qu'en français, plus incisive, présentant une structure de phrase caractéristique en opposition, laquelle est perdue avec la traduction. Tel est le cas de « *Tantum devolutum quantum appellatum* » ou « *Tantum devolutum quantum judicatum* » qui se traduisent par « Il n'est dévolu qu'autant qu'il a été jugé ou appelé », de « *Reus in excipiendo fit actor* », traduit par la longue phrase sans rythme : « Lorsque le prévenu soulève un moyen de défense, il lui appartient de le prouver ». De même la formule incisive modelée par l'anaphore « tot » « *Tot capita tot sententia* » ne se retrouve pas dans la traduction française, très plate : « Le tribunal doit répondre à chaque chef de conclusions ».

« *Nemo ... sine* » (Pas de ... sans ..) ; « *Jura curia novit* » (la Cour connaît le droit) ; « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » (Donne moi les faits, je te donnerai le droit) : parfois, la même structure de phrase est possible en français avec la même brièveté et le même effet⁸⁴ : il n'y a donc plus intérêt à présenter l'adage en latin, sauf à insister sur sa provenance historique.

Valeur historique

L'adage est une leçon atemporelle : souvent, son contenu reflète encore le droit positif de la procédure civile⁸⁵. Il s'agit alors de montrer, dans un cours de procédure civile, la permanence de la règle, son fondement atemporel qui a transcendé les siècles. Parfois, l'adage est dépassé : sa citation permet alors de montrer les évolutions de la procédure civile moderne.

Ce changement peut être exprimé par la confrontation neutre de la maxime avec le droit positif. Il est ainsi possible de percevoir le renversement d'un principe. Par exemple, la maxime tirée des *Institutes coutumières* de Loysel (n° 864) « De l'homme mort, le plaid mort » n'est plus représentative du droit positif de la procédure civile.

⁸³ Gérard Cornu, *op. cit.*, n° 121, p. 411.

⁸⁴ Sauf à y voir une supériorité de la maxime latine « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » car elle présente, contrairement à sa traduction française, une anaphore en « da » et des assurances en « a », « i », « u ».

⁸⁵ V. les exemples donnés *supra* à la note en bas de page n° 55.

En effet, l'acte introductif d'instance rend les droits « litigieux » transmissibles aux héritiers.

L'ajout progressif d'exceptions à un principe qui se maintient est également décelable. Ainsi, si le principe selon lequel « Le criminel tient le civil en l'état » a bien été repris à l'article 4 al. 2 du code de procédure pénale, la loi du 5 mars 2007 a ajouté des exceptions à ce texte : « la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil ». L'introduction d'une plainte avec constitution de partie civile n'interdit plus nécessairement au juge civil de statuer. De même, si la collégialité reste le principe devant les juridictions civiles⁸⁶, ce principe est en déclin. L'adage « Juge unique, juge inique » fait alors réfléchir sur les garanties procédurales actuelles dans une Justice aux prises avec le principe de rationalisation. En effet, des juges uniques spéciaux ont été créés : juge des référés, juge des requêtes, juge aux affaires familiales, juge de l'exécution, juge des tutelles, juge de l'expropriation, juge d'instance, juge unique du TGI pour statuer sur des affaires spéciales⁸⁷. Il est ainsi de plus en plus statué à juge unique, même devant le tribunal de grande instance. D'ailleurs, le président du TGI peut toujours décider d'attribuer l'affaire à un juge unique⁸⁸. Le code de procédure civile prévoit même expressément à l'article 794 que les requérants soumettant au tribunal de grande instance leurs points de désaccord par requête conjointe peuvent à ce stade « demander que l'affaire soit attribuée à un juge unique, ou renoncer à la faculté de demander le renvoi à la formation collégiale ». La rationalisation de la justice implique de rendre la justice avec moins de juges. Il s'agit entre autres d'agir directement sur la variable du nombre, sur le ratio temps-juge, en rationalisant la composition du tribunal et augmentant les possibilités de statuer à juge unique⁸⁹.

⁸⁶ V. l'art. L. 212-1 COJ pour le TGI.

⁸⁷ V. art. R. 212-8 COJ

⁸⁸ Art. 801 CPC et L. 212-1 COJ.

⁸⁹ V. Evelyne Serverin, « Comment l'esprit du management est venu à l'administration de la justice ? » in Benoit Frydman et Emmanuel Jeuland (dir), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz 2011, coll. Thèmes et commentaires, spéc. pp. 48 et 49.

Enfin, la maxime « Arrêt lu à l'audience appartient au public » est dépassée en pratique car les jugements ne sont plus lus en public mais simplement déposés au greffe⁹⁰. C'est la même idée de rationalisation de la justice qui explique que certaines tâches du juge sont hiérarchisées et sa mission de *jurisdictio* privilégiée. C'est ainsi que la remise au greffe du jugement sera préférée à la lecture publique de ce dernier, qui mobiliserait de façon stérile un juge.

Ce changement de valeur peut également résulter de la comparaison de deux maximes rédigées à des époques différentes portant sur le même sujet et exprimant un principe contraire. Ainsi la sentence du *Digeste* « *Tantum devolutum, quantum appellatum* » tend à figer le procès en appel dans l'état dans lequel il est transmis par le premier juge, sans possibilité d'évolution, considérant l'appel comme une stricte voie de réformation. En revanche, la maxime coutumière figurant au n° 700 des *Institutes coutumières* de Loysel « En cour souveraine, on plaide à toutes fins » voit davantage l'appel comme une voie d'achèvement du litige où l'objet et les parties au litige sont susceptibles d'élargissement devant la juridiction hiérarchiquement supérieure, qui a plénitude de juridiction. Le droit procédural français se fait l'écho des deux maximes puisque, s'il fixe à l'article 564 CPC l'interdiction d'émettre des prétentions nouvelles en appel, il assortit ce principe de nombreuses exceptions et permet à la cour d'évoquer l'affaire.

De même, la maxime du *Digeste* « *Lata sententia...* » qui implique de façon absolue le dessaisissement du juge, une fois sa sentence rendue, se trouve contredite par deux adages de Loysel à la portée très ciblée : « Vice ou erreur de calcul et de compte se purge en tout temps » (n° 208) et « Erreur de calcul ne passe jamais en force de chose jugée » (n° 872). En Ancien droit, il était donc possible au juge de revenir sur son jugement en cas d'erreur de calcul, hors de toute voie de recours. Ces adages ont préfiguré le recours actuel en rectification pour erreurs matérielles de l'article 462 CPC.

Enfin, la confrontation des maximes permet de mieux comprendre l'abandon du formalisme gratuit, absolu et excessif en procédure civile. Attaché à la procédure formulaire et aux formules sacramentelles, le droit romain exigeait un formalisme procédural tâtilon et poussé à l'extrême, où l'inobservation de la moindre mention provoquait des conséquences rigoureuses. Les *Institutes* de Gaius

⁹⁰ V. art. 453 CPC, issu du décret du 20 août 2004.

(4, 2) posent ainsi « *Qui cadit a syllaba, cadit a toto* » (Qui chute sur une syllabe, chute sur le tout)⁹¹. L'annulation des actes de procédure pour vice de forme répond en droit positif à deux exigences : celle de sanctionner les plaideurs de mauvaise foi qui useraient abusivement de la voie de la nullité à des fins dilatoires et celle d'éviter les sanctions automatiques, trop inéquitables. L'exigence d'un grief à alléguer par le demandeur à la nullité paraît alors une juste mesure, exprimée par l'adage « Pas de nullité sans grief », reprise d'une jurisprudence d'Ancien droit.

Ce changement d'orientation peut encore être exprimé de façon plus frondeuse, en pastichant une ancienne maxime et en la mettant au goût du droit positif. L'assemblée plénière a retenu en 2007⁹² que « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». Techniquement, il faut comprendre que l'office du juge est distinct pour l'opération de qualification ou requalification (qui est obligatoire pour le juge) et pour l'opération de changement de dénomination ou le fondement juridique des demandes (qui est facultatif) et ne dépend plus de la nature de pur droit des moyens. Même si le moyen est de pur droit, le juge n'a désormais plus l'obligation de le relever. Substantiellement, l'office du juge en sort remodelé, d'autant que la politique judiciaire actuelle de rationalisation de l'activité judiciaire soulage le travail du juge en allourdissant corrélativement la charge procédurale des parties. Celles-ci doivent qualifier juridiquement les faits dès l'assignation⁹³, sont tenues de produire des conclusions qualificatives et récapitulatives⁹⁴. Constatant que, désormais, les parties ne doivent plus seulement donner au juge les faits, mais doivent également lui donner les moyens de droit car elles ne peuvent plus compter sur le juge pour dire le droit et restaurer la règle appropriée, certains auteurs ont conclu que le vieil adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » (donne moi les faits, je te donnerai le droit) était de moins en moins représentatif de l'office du

⁹¹ Henri Roland, Laurent Boyer, *op. cit.*, n° 355.

⁹² Cass. ass. plén. 21 déc. 2007, *Bull. civ. ass. plén.* n°10, *BICC* 15 avr. 2008, p. 18, rapport Loriferne, avis de Gouttes, *D.* 2008, AJ 228, obs. Dargent, *JCP* 2008 II 10006, note L. Weiller, *ibid* I, 138, obs. S. Amrani-Mekki.

⁹³ V. art. 56 CPC.

⁹⁴ V. art. 753 et 954 CPC.

juge civil. C'est alors qu'ils ont envisagé de détourner la maxime. Tenant compte de l'évolution législative et jurisprudentielle relative à l'office du juge et au rôle des parties au litige, le vénérable adage prend une allure inédite : « Donnez moi les faits et le droit et je trancherai entre les thèses en présence ; pour le reste, tant pis pour vous ! »⁹⁵.

Il s'agit ici, à notre connaissance, du premier et unique cas de détournement de maxime en procédure civile. Les imitations de maximes juridiques en droit civil sont, elles, plus nombreuses⁹⁶. La plus célèbre reste « *Reus auditur turpitudinem suam allegans* »⁹⁷, reformulation de la maxime « *Nemo auditur* » par René Savatier.

Notons que cet exercice de pastiche est très courant pour les proverbes, stylistiquement proche des maximes au sens des linguistes⁹⁸. Il s'agit alors, non pas simplement de montrer l'évolution d'une règle mais de ridiculiser une pensée trop moraliste, trop mesquine et de s'élever contre les idées reçues du proverbe, universellement conservateur⁹⁹. On connaît des applications ponctuelles de détournement de proverbe où la déformation vise à donner au dicton une fin moins conventionnelle. Contenant une fin tragique et résignée, le proverbe « Tant va la cruche à l'eau qu'à la fin elle se casse », qui signifie qu'à force de braver un même danger ou à force de commettre la même faute, on finit par en être la victime, adopte, sous la plume de Beaumarchais, une fin heureuse. Elle devient : « Tant va la cruche à l'eau qu'à la fin elle s'emplit »¹⁰⁰. De même, le dicton « Bonne renommée vaut mieux que ceinture dorée » est transformé par Diderot¹⁰¹ en « Qui a ceinture dorée ne manque guère

⁹⁵ Serge Guinchard, Frédérique Ferrand et Cécile Chainais, *Procédure civile*, 30^{ème} éd., 2010, *Dalloz*, n° 705, p. 626.

⁹⁶ Gérard Cornu, *op. cit.*, n° 107, p. 369, *in fine*. V. Également la création d'une maxime par Gilles Goubeaux : « Ecris qui veut, convainc qui peut », sur l'autorité de la doctrine, in « Il était une fois... la Doctrine » (à partir d'un livre de Ph. Jestaz et Ch. Jamin), *RTD Civ* 2004, p. 248.

⁹⁷ « On peut se prévaloir de sa propre turpitude », pastiche cité par Philippe Le Tourneau, « La règle *nemo auditur* », fasc 10-1, répertoire notarial, n° 122.

⁹⁸ Sur le rapprochement des proverbes et des maximes juridiques, v. Dominique Maingueneau, *préc.*, p. 114 ; Jean-Michel Gouvard, *préc.*, p. 81.

⁹⁹ A. Rey, *op. cit.*, *préf.*, p. XII.

¹⁰⁰ Pierre-Augustin de Beaumarchais, *Le mariage de Figaro*, acte I, scène 1.

¹⁰¹ Denis Diderot, *Le neveu de Rameau*.

de renommée ». Balzac, à qui l'on doit l'adage « Mauvais arrangement mieux vaut que bon procès »¹⁰² a été le pionnier de la modification proverbiale¹⁰³ et a pratiqué cet art de la déformation dans plusieurs de ses oeuvres¹⁰⁴. « Les cordonniers sont les plus mal chauffés »¹⁰⁵ est de son invention. C'est cependant certainement aux surréalistes, révolutionnaires d'idée et de plume, à qui les proverbes français, conservateurs et bourgeois, ne pouvaient que déplaire, que revient l'idée d'une entreprise d'envergure de détournement des proverbes. Paul Eluard a ainsi commis *Cent cinquante deux proverbes mis au goût du jour*¹⁰⁶, oeuvre irrévérencieuse et burlesque de laquelle sont extraits les anti-proverbes « Qui sème des ongles récolte une torche » (n° 53), « Il faut battre sa mère tant qu'elle est encore jeune » (n° 40) ou encore « Un albinos ne fait pas le beau temps » (n° 111).

Le pastiche « Donnez moi les faits et le droit et je trancherai entre les thèses en présence ; pour le reste, tant pis pour vous ! » montre que les anciennes maximes n'ont rien perdu de leur aura. On continue à s'en servir, en les déformant, pour mieux enseigner les ruptures. Les maximes sont amusantes, ce qui tranche avec l'austérité des règles de procédure civile. Elles restent donc une référence, malgré l'existence d'un code de procédure civile qui a ôté à l'essentiel des adages leur valeur normative. Il est toutefois un adage qui a résisté à l'envahisseur réglementaire : la maxime « Nul ne plaide par procureur ».

B) La maxime « Nul ne plaide par procureur », seule rescapée du CPC

La maxime est dotée d'une valeur normative (1). Elle est aussi une valeur refuge (2).

¹⁰² Honoré de Balzac, *Illusions perdues*, Pléiade, t. IV, p. 1054 ; Henri Roland, Laurent Boyer, *op. cit.*, n° 218.

¹⁰³ V. l'étude sur ce sujet de Fernando Navarro Dominguez, Préface de Jean-Claude Chevallier, *Analyse du discours et des proverbes chez Balzac*, L'Harmattan 2000.

¹⁰⁴ Dans *Un début dans la vie, Les illusions perdues, Ursule Mirouët et La Rabouilleuse*.

¹⁰⁵ Honoré de Balzac, *Un début dans la vie*, eBooksFrance, p. 42

¹⁰⁶ Paul Eluard, *Cent cinquante deux proverbes mis au goût du jour*, en collaboration avec Benjamin Péret, 1925.

1) Valeur normative

La maxime « Nul ne plaide par procureur » véhicule un principe général qui a évolué (a) et dont le régime a été progressivement modelé par la jurisprudence (b).

a) Un principe général au sens évolutif

La maxime « Nul ne plaide par procureur » est dotée de valeur normative car le contenu de la règle technique qu'elle véhicule n'a pas été repris par le code de procédure civile. C'est cette seule règle coutumière qui oblige le plaideur à mentionner le nom du véritable titulaire de l'action, afin d'assurer le respect du caractère contradictoire de la procédure, de la transparence et de la loyauté des débats¹⁰⁷. Le nom du mandant doit apparaître dans la procédure diligentée par le mandataire car l'adversaire a le droit de connaître le véritable titulaire de l'action pour pouvoir adapter sa défense en invoquant des arguments spécifiques à chaque partie. Cette exigence s'avère fort utile en présence d'une pluralité de demandeurs ou de défendeurs car un moyen de défense ou un argument, tel le défaut de qualité à agir, peut être propre à une partie et non exploitable à l'égard des autres.

Ni l'ancien code de procédure civile ni le nouveau code de 1975 n'ont consacré cette obligation procédurale formaliste. Pour autant, l'exigence a été maintenue tant par la jurisprudence ancienne¹⁰⁸ que par la jurisprudence moderne, qui a même inséré la maxime dans ses visas¹⁰⁹ en précisant qu'il s'agissait d'un principe¹¹⁰. La doctrine est unanime pour dire que la maxime a survécu au code de procédure civile et a valeur normative¹¹¹.

La représentation à l'action suppose traditionnellement le respect d'une condition de forme : la mention du nom de la personne représentée dans les actes de procédure. C'est ici le sens moderne qui a

¹⁰⁷ V. *Supra*, I, A, 2, a.

¹⁰⁸ Cass. civ. 15 janv. 1896, *S.* 1896. 1. 455 ; 10 juill. 1939, *RTD civ.* 1940-41. 126, obs. H. Vizioz ; 17 déc. 1963, *Bull. civ.* I, n° 561.

¹⁰⁹ Cass. 3e civ. 15 oct. 1974, *Bull. civ.* III, n° 359.

¹¹⁰ Cass. 2e civ. 29 nov. 2001, *Bull. civ.* II, n° 175 ; Aix, 28 janv. 2009, n° RG 07/10103.

¹¹¹ Ernest Glasson et Albert Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e éd., t. 1, 1925, Sirey, n° 218, p. 556 et s. ; René Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e éd., 1949, Sirey, n° 328, p. 271.

été assigné à l'adage « Nul ne plaide par procureur ». Le premier sens de la maxime était pourtant tout autre¹¹². La maxime « a d'abord interdit à toute personne, hormis le Roi, de se faire représenter en justice à l'époque où les plaideurs devaient être physiquement présents lors de l'audience. Puis elle a obligé les seigneurs à révéler leur nom lorsqu'ils agissaient par mandataire (appelés alors procureurs) devant les juridictions royales, ce qui était une forme de soumission à la justice du Roi »¹¹³. Souvent les plaideurs, et parfois même les juges du fond appliquent mal la maxime et continuent de lui donner son sens originaire en interdisant purement et simplement la représentation à l'action¹¹⁴.

Ayant valeur normative, le principe général véhiculé dans l'adage a vu progressivement son régime se clarifier par la jurisprudence.

b) Un principe général au régime modelé progressivement par la jurisprudence

La jurisprudence a précisé au XX^e siècle l'étendue du principe et sa sanction. Si le principe, et donc l'adage, trouve une application étendue quant aux juridictions et aux actes de procédure, il ne s'applique qu'en présence d'une représentation conventionnelle, à l'exclusion d'une représentation judiciaire ou légale. En outre, le principe est soumis à des dérogations, légales, jurisprudentielles et même coutumières. Le droit des sociétés apporte ainsi une exception au principe selon lequel « Nul ne plaide par procureur » lorsque plusieurs associés donnent mandat à l'un d'entre eux d'agir en responsabilité contre les dirigeants au nom et pour le compte de la société¹¹⁵. Une coutume de droit maritime dispense le capitaine du navire qui agit en justice de mentionner le nom de l'armateur pour

¹¹² V. H. Patrick Glenn, préc., spéc. n° 13.

¹¹³ Didier Cholet, « Assistance et représentation en justice », *Répertoire civil Dalloz*, n° 36.

¹¹⁴ Par ex. Riom, ch. civ. 1, 6 déc. 2007, n° RG 06/01994, Legifrance ; Nouméa, ch. civ. 7 août 2008, n° RG 07/220, Legifrance ; Angers, ch. soc. 8 nov. 2011, n° RG 10/01201, Legifrance ; Lyon, 10 mai 2011, n° RG 09/069721, Legifrance.

¹¹⁵ Art. L. 225-252 C. Com.

lequel il agit¹¹⁶.

Initialement règle d'interdiction de fond, la règle technique s'est mue en simple règle de forme. La violation de cette règle est donc qualifiée de vice de forme au sens de l'article 112 CPC et peut entraîner la nullité de l'acte ne contenant pas le nom de la personne représentée, sous réserve de rapporter un grief¹¹⁷. L'exception de nullité doit être soulevée *in limine litis*, avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, par la partie qui l'invoque¹¹⁸. Le juge ne peut pas la soulever d'office¹¹⁹.

À cette valeur normative de l'adage s'ajoute une valeur morale : l'adage joue comme valeur refuge.

2) Valeur refuge

L'adage représente la tradition, l'ancienneté, la pérennité. Comme l'or, la terre, l'oeuvre d'art, il serait une valeur refuge qui aurait la vertu de ne jamais se déprécier, de résister aux crises de l'économie ou, dans notre cas, aux crises de la législation. Ce sont d'abord les plaideurs à court d'idées qui invoquent volontiers et fréquemment la maxime comme argument de la dernière chance ou argument subsidiaire¹²⁰. Bien souvent, la maxime est mal utilisée : les plaideurs souhaitent viser un défaut de qualité pour agir¹²¹.

La maxime « Nul ne plaide par procureur » est également une valeur vers laquelle les opposants à l'instauration en France d'une action de groupe se réfugient pour refuser tout changement. Elle fait office de bouclier traditionnel brandi contre l'invasion anglaise de la *class action*. La maxime permet en effet de conserver un caractère personnel et individualisé au procès, malgré le choix éventuel d'un mandataire commun pour certaines parties. La règle « Nul ne plaide par procureur » est alors effectivement heurtée par la *class action* car elle impose d'indiquer le nom des mandants, donc des membres de la

¹¹⁶ Appliquant cette coutume : Cass. req. 28 déc. 1927, *D.* 1928, 1, 110, rapport Rambaud ; Cass. civ. 20 déc. 1949, *JCP* 1950, II, 5419, note R. Cavarroc, *RTD civ.* 1950, 220, obs. P. Hébraud.

¹¹⁷ Art. 114 CPC.

¹¹⁸ Art. 112 et 113 CPC.

¹¹⁹ Cass. com. 10 mai 1982, *Bull. civ.* IV, n° 69 ; Cass. 2ème civ. 1er déc. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, panor. 137, obs. S. Guinchard.

¹²⁰ V. par ex. Cass. 2ème civ 12 mai 2011, n° 10-19547, inédit.

¹²¹ Argument rejeté par Cass. 2ème civ. 15 avr. 2010, n° 07-13395, inédit ; Cass. com. 27 sept. 2011, n° 10-24836, inédit.

classe, dès l'assignation en justice et dans tous les actes de procédure ultérieurs, notamment dans les conclusions. La règle a alors pu paraître comme un « archaïsme procédural »¹²² freinant tout progrès. L'argument-obstacle fondé sur l'adage ne paraît pas pour autant déterminant pour fermer la voie de l'action de groupe à la française. En effet, l'on sait que la règle peut être contredite par une loi¹²³. Il suffirait alors au législateur de préciser que la règle coutumière sera écartée en cas de litige de masse.

Le code de procédure civile a scellé le sort des anciennes maximes de procédure civile, les reléguant, pour la quasi-totalité, à un rôle de guide et à un rôle pédagogique, certes performants. De nouvelles maximes peuvent-elles émerger en présence d'un code de procédure de haute qualité ? La réponse est affirmative.

II. Vive la nouvelle maxime !?

La « source des adages paraît à sec » ; « dans le foisonnement d'un droit réglementaire, aucun adage ne peut germer » affirmait M. Cornu¹²⁴. L'arrêt de la chambre commerciale en date du 20 septembre 2011¹²⁵ atteste pourtant que le « cénacle des maximes » n'est pas un cercle aussi fermé qu'on aurait pu le croire de prime abord¹²⁶. Connue des processualistes comme l'arrêt qui a consacré « l'estoppel à la française en procédure civile » ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, cette décision innovante sur le fond s'est également révélée audacieuse sur la forme puisque le principe de l'interdiction de l'auto-contradiction a été formulée au moyen d'un adage : « Vu le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ».

¹²² Francis Caballero, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985. 247.

¹²³ V. *supra*, I, B, 1, b, p. 28.

¹²⁴ Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, p. 368.

¹²⁵ Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *D.* 2011. 2345, obs. X. Delpech, *Procédures* 2011, Repère 11, obs. H. Croze, *JCP G* 2011. 1250, note D. Houtcieff, *RTD civ.* 2011. 760, obs. B. Fages.

¹²⁶ Gérard Cornu, *op et loc. cit.* V. également Camille Maréchal, « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *D.* 2012 p. 167.

Pourtant, et curieusement, les commentaires processualistes de cette décision portent exclusivement sur l'apport au fond de l'arrêt : à savoir la création d'un nouveau principe directeur du procès civil. La nature de la nouvelle règle créée et son énonciation sont passées sous silence, alors qu'il s'agit d'une maxime nouvelle ou nouvellement créée, qui a vu le jour hors du code et malgré le code. Ce renouvellement de la maxime en des temps qui lui sont hostiles est étonnant, inattendu. Si la création d'un authentique adage est indéniable (A), il faut s'interroger sur les raisons de cette création et sur son opportunité (B).

A) La création d'un authentique adage

Après avoir pesé à leur juste mesure les acquis (1) mais aussi les doutes (2) engendrés par la formule utilisée dans l'arrêt de la chambre commerciale du 20 septembre 2011, il est possible de conclure qu'il s'agit là d'une authentique maxime nouvellement créée.

1) Les acquis

« Tournure caractéristique, bon sens mêlés ensemble, c'est maxime ce me semble ».

La lecture du visa de l'arrêt de la chambre commerciale du 20 septembre 2011 nous inspire cette pseudo-maxime. En effet, on retrouve dans la formule prétorienne de 2011 tant la forme que le fond d'une maxime. Elle adopte de l'adage de droit la tournure caractéristique (a) ainsi que la « sève morale »¹²⁷, le sens (b).

a) La tournure caractéristique

« Nul ne peut se faire justice soi-même », « Nul ne peut stipuler pour autrui », « Nul n'est tenu de rester dans l'indivision », « Nul ne se forclot lui-même », « Nul n'est censé ignorer la loi », « Nul ne plaide par procureur », « Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude », « Nul ne répond à l'avocat du roi », « Nul n'est tenu de produire contre soi », « Nul n'est censé subroger contre soi », « Nul n'est juge en sa propre cause », « Nul n'est tenu de se condamner soi-même par sa propre bouche », « Nul n'est recevable à produire un moyen de droit pouvant entraîner sa propre mort », « Nul n'est admis à exercer une

¹²⁷ Gérard Cornu, « Adages et brocards », p. 25.

action en justice pouvant lui nuire », « Nul ne doit obtenir une action ayant pour origine un acte d'improbité commis par lui »...

La formule commençant par « Nul ne » constitue une figure classique des adages, pas seulement des adages en droit du contentieux d'ailleurs, bien qu'elle soit en cette matière bien répandue¹²⁸. Énoncée tant en langue française qu'en latin avec la version « Nemo.. » (« *Nemo praecise cogi potest ad factum* » ; « *Nemo tenetur se ipsum accusare* » ; « *Nemo tenetur obviare delicto, aut insultatum defendere, etiam quod commodo et sine periculo possit* », « *Nemo auditur perire volens* », « *Nemo admittitur sibi nocere* », « *Nemo contra se edere tenetur* », « *Nemo de improbitate sua consequitur actionem* »), la formule marque la neutralité, la généralité, propres aux adages¹²⁹. Conjuguée au présent, la formule contient une interdiction ferme véhiculée par une négation « ne peut ». Rappelons que l'interdiction est l'une des trois leçons transmises par l'adage, les autres étant d'ordonner ou de permettre¹³⁰.

Nul n'aura laisser échapper la brièveté de la formule¹³¹. Cette concision est toute relative car la maxime compte 9 mots et 23 syllabes, donnant une certaine impression de longueur, à l'image des sentences savantes de droit romain. La concision peut néanmoins être retenue, M. Cornu ayant remarqué que les adages dépassaient rarement 15 mots¹³². C'est une formule assez neutre, épurée, sans pittoresque particulier, dépourvue de rime, de jeux de mots ou de rythme mémorable qui est délivrée par la Cour de cassation. Elle emprunte là encore son allure à la tournure austère des sentences savantes de droit romain plutôt qu'aux adages proverbiaux savoureux et piquants.

En reprenant cette formule très ciblée et très reconnaissable, la Cour de cassation a certainement voulu que le principe qu'elle voulait édicter prenne la forme d'un adage. Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation consacre, au fond, le principe d'auto-contradiction : elle l'avait déjà retenu en 2005 en matière contractuelle¹³³ et en 2009

¹²⁸ Sur la quinzaine d'adages cités, 9 sont relatifs à la procédure civile.

¹²⁹ Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, p. 402.

¹³⁰ Gérard Cornu, *op. cit.*, n° 108, p. 370.

¹³¹ V. *supra*, I, A, 1, b.

¹³² Gérard Cornu, « Adages et brocards », p. 24

¹³³ Com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, *D.* 2005. 883, obs. X. Delpech, *ibid.* 2836, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *ibid.* 2006. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet, *RTD civ.* 2005. 391, obs. J. Mestre et B. Fages, *RTD com.* 2005. 397, obs. D. Legeais, *RDC* 2005. 1015, obs. D. Mazeaud.

en procédure civile¹³⁴. C'est en revanche la première fois que la Cour formalise ce principe dans un adage, le principe d'autocontradiction substantielle édicté en 2005 et 2009 ressortait en effet d'un attendu jurisprudentiel classique¹³⁵.

Sur la tournure, comme sur le sens et le fond, « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » peut être considéré comme un adage.

b) Le sens, la sève morale

« Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » s'affirme comme un hybride entre une sentence, issue du droit savant, et un proverbe juridique, sorti de la sagesse populaire. M. Cornu a d'ailleurs minimisé la différence à tenir entre les deux formes de maxime¹³⁶.

Le principe mis en forme par la maxime est une règle élémentaire, qui réussit le tour de force d'être compréhensible immédiatement par un professionnel du droit comme par un profane et de suggérer, sans le régir précisément, un principe fondamental de procédure autant qu'un comportement moral d'un plaideur, aisé à stigmatiser. C'est que la maxime énonce à la fois un principe général abstrait et une vérité universelle, une vérité de bon sens, une sorte d'évidence. Il ne semble pas excessif, voire anormal d'exiger d'un plaideur de conserver une cohérence minimale dans le développement de ses prétentions car cette prescription joue d'abord dans son intérêt : des prétentions incohérentes ou contradictoires présentées au juge au

¹³⁴ En procédure civile, mais sans la tournure coutumière : Civ. 3, 28 janv. 2009, n° 07-20.891, *D.* 2009. 2008, note D. Houtcieff, *ibid.* 2010. 224, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *RDI* 2009. 254, obs. P. Malinvaud, *RTD civ.* 2009. 317, obs. B. Fages, *RDC* 2009. 999, obs. D. Mazeaud ; Com. 8 déc. 2009, *RTD. civ.* 2010. 105.

¹³⁵ Nulle trace d'un adage dans cet extrait de Com., 8 mars 2005 : « qu'en statuant ainsi après avoir relevé que la banque avait mis en demeure la société de payer le solde débiteur du seul compte en dollars et donné suite à une saisie sur les avoirs figurant sur le compte en francs, ce dont il résultait qu'en dépit de la signature d'une convention d'unité de compte, la banque, qui, en faisant fonctionner les comptes litigieux comme des comptes indépendants, avait adopté un comportement incompatible avec l'application de la convention litigieuse, dont elle a revendiqué ensuite le bénéfice, avait manqué à son obligation de l'exécuter de bonne foi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations »...

¹³⁶ Gérard Cornu, « Adages et brocards », p. 23.

cours de la même instance, voire au cours du même acte ou présentées inter instances, entre plusieurs procédures, seront certainement rejetées par le magistrat. Au mieux nécessiteront-elles d'être précisées et davantage explicitées. En effet, ce qui se conçoit bien s'énonce clairement. La sanction de la maladresse de la présentation des prétentions tombera d'elle-même.

Le principe est ailleurs : il insiste sur les conséquences préjudiciables de ces revirements de tactique procédurale sur l'autre plaideur. Ce dernier peut sortir perturbé dans sa défense et le déploiement tous azimuts de prétentions ou d'arguments contradictoires peut heurter le principe de la contradiction (art. 14 CPC).

Le principe juridique est ainsi baigné de cette « sève morale »¹³⁷ caractéristique des adages. Il s'agit ici de moraliser le procès et de responsabiliser les plaideurs en limitant leur liberté procédurale. L'imagination des plaideurs, l'adaptabilité de leur stratégie doivent ainsi composer avec ce nouveau paramètre procédural.

L'adage a valeur normative : c'est sur ce nouveau principe que la Cour de cassation fonde la fin de non-recevoir de la nouvelle prétention du plaideur. Aucun principe de ce type n'existe dans le CPC, même si des règles insérées dans ce dernier permettent d'aboutir au même résultat¹³⁸. Il semble bien, que par un hasard merveilleux, la formule « Nul ne ... » soit un signe de normativité de l'adage de procédure civile¹³⁹.

Ces éléments acquis laissent néanmoins place aux doutes.

2) *Les doutes*

La nouveauté du principe « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » ainsi que son absence d'ancrage dans la tradition processuelle française seraient *a priori* susceptibles de faire chavirer la qualification de maxime. Pourtant, il sera démontré que « maxime nouvelle, c'est bien maxime (a) et que « maxime sans tradition ni terroir, c'est bien maxime » (b).

¹³⁷ Gérard Cornu, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁸ V. *Infra*, II, B, 1.

¹³⁹ V. *supra* nI, B, sur la maxime à valeur normative « Nul ne plaide par procureur ».

a) Maxime nouvelle est-ce bien maxime ?

Une maxime est-elle nécessairement ancienne ? Toute création d'une nouvelle maxime est-elle d'emblée à rejeter ? Il faut *a priori* répondre par l'affirmative : Portalis parlait de « dépôt de maximes »¹⁴⁰, formule reprise par M. Cornu qui lui ajoute l'adjectif « sédimentaire »¹⁴¹. Le même auteur parle des maximes comme d'« un héritage, un legs de la tradition », à l'« origine reculée » et à l'« ancienneté, marque essentielle de la maxime ».

Toutefois, ce caractère d'ancienneté n'est pas incompatible avec la naissance d'un adage moderne. Ainsi, le XIX^{ème} siècle a vu éclore trois nouveaux adages en procédure civile. « Pas de nullité sans texte et sans grief », « Tout juge est juge de sa compétence », « *Audi alteram partem* » ont été créés par la jurisprudence sans que cette dernière puisse s'appuyer sur un principe de droit romain ou de droit canonique. Il y avait ici pure création. C'est donc d'autant plus volontiers que, en présence de ce précédent, sera admise la maxime « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », qui, quant à elle, n'a pas été créée *ex nihilo* par la jurisprudence mais s'est inspirée de l'institution de *common law* de l'*estoppel by representation*¹⁴².

L'*estoppel by representation* est une notion difficile à appréhender du point de vue linguistique. Si l'origine du mot « *estoppel* » et sa signification sont connues, celle de « *representation* » est difficilement traduisible en français. Estoppel vient du vieux français *étoupe* : « de même qu'on utilise un tampon d'étoupe pour obstruer une voie d'eau (...), le plaideur emploie-t-il le moyen de l'*estoppel* au cours d'un procès judiciaire, comme il mettrait un bâillon aux lèvres de son adversaire, pour lui interdire péremptoirement d'alléguer telle prétention qui serait en contradiction

¹⁴⁰ Jean-Etienne-Marie Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse An IX » in *Le discours et le Code - Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, 2004, p. XXV.

¹⁴¹ Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, p. 361.

¹⁴² Sur cette notion, v. George Spencer Bower et Sir Alexander Kingcome Turner, *The Law Relating to Estoppel by representation*, 3^{ème} éd., 1977, Butterworths, London ; Olivier Moreteau, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse, Lyon III, 1990, Marie-Christine Cauchy-Psaume, *L'estoppel by representation : étude comparative de droit privé français et anglais*, thèse Paris XI, 1999.

flagrante avec certains faits »¹⁴³. Le mot anglais « *representation* » ne connaît pas d'équivalent en langue française. L'expression dans sa totalité désigne la situation suivante : une personne (*representor*), par la représentation d'une situation qu'elle a créée, a induit une seconde (*representee*) à croire en l'existence d'un certain état de fait et à modifier sa position, créant un préjudice au détriment de cette dernière. *L'estoppel by representation* empêche définitivement l'auteur de la représentation d'établir une réalité différente de celle dont il a initialement établi la croyance¹⁴⁴.

L'ancienneté de l'adage est acquise par référence à l'estoppel, présent dans les droits de *common law* depuis le XII^{ème} siècle¹⁴⁵. Se pose alors une autre question : peut-on admettre les maximes d'importation, inspirées par un système juridique éloigné de celui dans lequel elles reçoivent application?

b) Maxime sans tradition ni terroir est-ce bien maxime?

La maxime « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » ne serait pas une maxime bien de chez nous, qui fleure bon le terroir procédural français mais une maxime d'importation. Est-ce là une circonstance excluant de façon rédhibitoire la qualification de maxime ? Certainement pas. Il est vrai qu'en principe l'adage, qui est un parler vrai et un parler frappé, se transmet de génération en génération dans un lieu donné. Il a en général une assise territoriale et temporelle marquée et reflète le fruit d'une tradition juridique¹⁴⁶.

Toutefois des sauts dans le temps et dans l'espace se sont produits : les adages de droit romain ont été adoptés en droit français mais aussi suisse, allemand, anglais. Il s'agit cependant d'un modèle commun qui a façonné les différents droits cités. Or le droit de *common law* s'oppose au droit écrit et il n'existe aucune tradition française pour sanctionner les auto-contradictions processuelles. Comme l'écrit un auteur en commentant l'arrêt du 20 septembre 2011, « en droit processuel interne, on ne peut donc pas parler d'une solution

¹⁴³ Jacques Dargent, *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve: la doctrine de l'estoppel*, Thèse Grenoble, 1943, p. 232.

¹⁴⁴ V. Bénédicte Fauvarque-Causson, « *L'estoppel* de droit anglais », in Martine Behar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *Economica* 2001, p. 7.

¹⁴⁵ V. Bénédicte Fauvarque-Causson, préc., p. 7.

¹⁴⁶ Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, n° 103, p. 361.

acquise, systématisée, « sédimentée » par la jurisprudence. Des signes avant-coureurs avaient certes annoncé la proclamation du principe mais la Cour de cassation a franchi une étape dans l'arrêt du 20 septembre 2011¹⁴⁷. L'ancrage français du principe d'auto-contradiction est en effet assez récent. La doctrine a devancé la jurisprudence en mettant au jour dès 2001 des principes participant de la même idée comme le principe de loyauté¹⁴⁸ ou le principe de cohérence¹⁴⁹. En jurisprudence, le principe de l'interdiction de l'auto-contradiction en droit processuel a été posé pour la première fois en matière d'arbitrage, sans toutefois avoir été exprimé sous forme de maxime. Dans un arrêt du 6 juillet 2005, la Cour de cassation s'est expressément référé à la règle de *l'estoppel* pour déclarer irrecevable le recours en annulation d'une sentence arbitrale formé par le plaideur qui avait saisi le tribunal arbitral et participé sans réserve à la procédure d'arbitrage pendant plus de neuf ans¹⁵⁰. Le principe a ensuite pénétré le procès sans qu'il soit réellement consacré et sans qu'il ne soit formulé sous forme d'adage avec l'entame caractéristique « Nul ne ... ». L'assemblée plénière de la Cour de cassation a posé le 27 février 2009 que « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir »¹⁵¹. La décision de la première chambre civile en date du 8 juillet 2010 mentionne quant à elle, non pas le terme de « contradiction au détriment d'autrui » mais celui d'*estoppel*, en visant des articles propres à arbitrage (articles 1502-3 et 1504 du code de procédure civile). Elle ne va pas toutefois jusqu'à retenir dans les faits

¹⁴⁷ Camille Maréchal, préc., I, *in fine*.

¹⁴⁸ Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, *Dalloz* 2003, n° 412 s.

¹⁴⁹ Laura Weiller, *La liberté procédurale du contractant*, *PUAM* 2004, spéc. n° 142 s. ; Dimitri Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *PUAM* 2001, spéc. n° 954 s.

¹⁵⁰ Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, n° 01-15.912, *D.* 2006. 1424, *ibid.* 2005. 3050, obs. T. Clay, note E. Agostini, *Rev. crit. DIP* 2006. 602, note H. Muir Watt, *RTD com.* 2006. 309, obs. E. Loquin, *JCP G* 2005. I. 179, note J. Ortscheidt, *RDC* 2006. 1279, note B. Fauvarque-Cosson, *JDI* 2006. 608, note M. Béhar-Touchais.

¹⁵¹ Cass., ass. plén., 27 févr. 2009, *Bull. AP*, n° 1, rapport Boval et concl. de Gouttes, *D.* 2009. 723, obs. X. Delpech, 1245, note D. Houtcieff, 2010. 172, obs. N. Fricero, et 285, chron. E. Agostini, *JCP G* 2009. I. 142, n° 7, obs. Y.-M. Serinet, et II. 10073, note P. Callé, *RDC* 2009. 1019, G. Viney, *Gaz. Pal.* 19 mars 2009. 10, note T. Janville, *RTD civ.* 2010. 459, obs. N. Dupont.

l'estoppel car le comportement d'une des parties n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire l'adversaire en erreur sur ses intentions¹⁵². Il a donc fallu attendre l'arrêt de la chambre commerciale du 20 septembre 2011 pour qu'apparaisse un principe mis au visa de la décision¹⁵³, qui soit applicable à l'espèce et qui prenne la forme d'un adage.

En outre, la Cour de cassation a puisé dans ce fond des pays de *common law* pour faire naître la maxime « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », sans avoir été esclave de son modèle d'inspiration. En effet, dans la décision de 2011 et même dans une décision précédente du 27 février 2009¹⁵⁴, elle entend « se réserver (...) le droit de contrôler les conditions d'application de l'estoppel ». Certains auteurs parlent ainsi d' « estoppel à la française »¹⁵⁵. Il y a bien appropriation d'un mécanisme étranger et adaptation au terroir procédural français. La maxime pourrait donc bien prospérer mais sa création est-elle bien opportune ?

B) Une création opportune?

La création d'un nouvel adage interpelle pour deux raisons, tout d'abord parce que l'époque, caractérisée par sa réglementation forcenée et technique, est plutôt hostile au développement de ce type de règle ; ensuite parce que le principe de fond que véhicule l'adage se suffit à lui-même et aurait pu se passer de ce bel emballage. Cette création inattendue fait donc saillir le rôle qui peut être conféré en 2012 à l'adage qui a valeur normative. Bien que cette question mérite certainement davantage de développement¹⁵⁶, on ne peut instinctivement s'empêcher d'émettre l'idée selon laquelle la Cour de cassation a cédé aux sirènes de *l'estoppel* de *common law* pour parer d'un tour plus moderne l'interdiction de l'auto-contradiction, qui pourtant procède d'une idée tout à fait actuelle de célérité et de moralisation du procès¹⁵⁷. La Cour n'aurait-elle pas enrobé ce principe

¹⁵² Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, *Bull. civ. I*, 2010, n° 157, *D.* 2010, act. p. 1886, obs. X. Delpech.

¹⁵³ V. Bertrand Fages, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, érigée au rang de principe », *RTD civ.* 2011 p. 760.

¹⁵⁴ Cass., ass. plén., 27 févr. 2009, préc.

¹⁵⁵ V. le titre de la chronique de Camille Maréchal, préc.

¹⁵⁶ Un article est en cours sur ce sujet précis.

¹⁵⁷ Nicolas Dupont, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD civ.* 2010. 459, spéc., n° 3.

d'importation de la tournure nostalgique, sympathique et traditionnelle des adages pour masquer son origine, pour en faciliter l'adhésion et pour dissimuler les critiques de fond pouvant être apportées au principe d'interdiction de l'auto-contradiction ?

Les critiques adressées au nouveau principe sont en effet nombreuses. L'opportunité de la création du principe véhiculé par l'adage est ainsi doublement contestée : en raison tout d'abord de l'existence de sanctions équivalentes dans le code de procédure civile et la jurisprudence (1) ; en raison ensuite de l'incertitude du régime du principe, source d'insécurité juridique (2).

1) L'inutilité du principe véhiculé par l'adage en raison de sanctions existantes dans le CPC

Au regard de deux études doctrinales, il ne serait pas pertinent de retenir de façon autonome le principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui car le Code de procédure civile et la jurisprudence disposent déjà d'un arsenal de règles, certes ponctuelles, de lutte contre l'auto-contradiction processuelle¹⁵⁸.

Tant dans les auto-contradictions *intra procès*, qui se manifestent dans le cadre du même procès, dans le même acte de procédure ou d'un acte à l'autre, que dans les auto-contradictions *inter procès*, où l'incohérence apparaît dans le cadre de deux instances successives, entre le premier degré et l'appel ou entre l'instance en référé et au fond par exemple¹⁵⁹, des sanctions procédurales existent, rendant inutile la création de l'adage à valeur normative. S'agissant des incohérences manifestées inter-instance dans le même acte (conclusion, assignation), le juge peut relever l'incohérence et la sanctionner en rejetant la demande ou peut faire usage, à titre préventif, des pouvoirs d'instruction d'office qu'il tient des articles 8 et 10 CPC. Il peut ainsi inviter les parties à fournir les explications de fait ou de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige et ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. S'agissant des contradictions apparaissant dans la même

¹⁵⁸ Marie-Noëlle Jobard-Bachelier et Olivier Hillel, « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. Behar-Touchais (dir), *Economica* 2001, p. 53 ; Nicolas Dupont, préc., p. 60 s.

¹⁵⁹ Sur cette distinction de l'auto-contradiction *intra* et *inter* procès, v. Marie-Noëlle Jobard-Bachelier et Olivier Hillel, préc., spéc. p. 56 ; Nicolas Dupont, préc. n° 1.

instance mais entre différents actes de procédure, certaines règles du CPC ont vocation à les éviter. Ainsi, en procédure écrite et orale, la récapitulation des arguments et prétentions dans les dernières conclusions¹⁶⁰ va en principe obliger le plaideur à une certaine cohérence et va tuer dans l'œuf les contradictions au sein des conclusions précédentes. Des sanctions existent également si un jugement a été rendu alors qu'une partie, face à cette incohérence, a été surprise et n'a pu développer sereinement sa défense, la sanction la plus radicale étant l'annulation du jugement pour violation du principe de la contradiction.

Le CPC contient également des règles de nature à prévenir et guérir les incohérences observées inter instances. A titre préventif joue le fameux principe de concentration des moyens édicté par la jurisprudence Césaréo¹⁶¹. En effet, « dire que les parties doivent recenser tous les moyens utiles au succès de leur prétention du premier coup, c'est leur interdire de saisir à nouveau le juge pour présenter des moyens différents, qu'ils soient contraires ou non aux précédents »¹⁶². A titre de sanction, la notion d'intérêt à agir¹⁶³ et la théorie de l'abus de droit peuvent être mises à profit.

La création d'un nouvel adage processuel hors du code et malgré le code ne traduit donc pas le vieillissement du code de procédure civile ou son inadaptation. Notre code conserve tout son potentiel pour lutter contre des comportements procéduraux incohérents et incompatibles. Pourquoi alors la création de cet adage? Peut-être pour légitimer les incertitudes de régime de l'interdiction de l'auto-contradiction.

¹⁶⁰ V. art. 753 al. 2, 954 al. 2 et 446-2 al. 2 CPC.

¹⁶¹ Cass., ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *D.* 2006. 2135, et les obs., note L. Weiller, *RDI* 2006. 500, obs. P. Malinvaud, *RTD civ.* 2006. 825, obs. R. Perrot, *Bull. civ.* n° 8, *BICC* 15 oct. 2006, rapp. Charruault, note Koering-Joulin, avis Benmakhlouf, *JCP* 2007. II. 10070, note G. Wiederkehr, *Gaz. Pal.* 2007. 398, note Gain, *JCP* 2006. I. 183, obs. S. Amrani-Mekki, *Procédures*, oct. 2006. repère 9, obs. H. Croze, *RDLC* 2007. 57, note L. Miniato.

¹⁶² Nicolas Dupont, préc., n° 25.

¹⁶³ V. Gérard Couchez et Xavier Lagarde, *Procédure civile*, Sirey, 16^e éd., 2011, n° 152 ; Nicolas Dupont, préc., n° 26.

2) *L'incertitude du régime*

Dans son arrêt du 20 septembre 2011, la Cour de cassation livre un principe sans en préciser le régime ou les modalités d'application. Or, cette imprécision intrinsèque est dangereuse car elle est incompatible avec la sécurité juridique. Sans éteindre cette critique, le recours à l'adage, norme par essence approximative, afin d'exprimer le nouveau principe au régime embryonnaire rend cette lacune plus acceptable. « Adage exclut bavardage » affirme ainsi M. Cornu¹⁶⁴.

Il paraît tout à fait normal que le régime attaché au principe « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » ne soit pas encore dessiné. Victime de sa jeunesse, il manque de prévisibilité. Il est à construire, pan après pan, par la jurisprudence. C'est ici le lot commun des maximes naissantes, d'autant, on le rappelle, que l'adage suggère mais ne régit pas¹⁶⁵. À titre de comparaison, n'oublions pas que l'adage « Nul ne plaide par procureur » a vu, lui aussi, son régime forgé par étapes successives¹⁶⁶.

D'ailleurs, depuis 2011, ce « flou artistique » entourant le principe exprimé par la maxime « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » n'a pas découragé, voire a peut-être encouragé les plaideurs à exploiter abondamment ce providentiel filon à titre de moyen de défense¹⁶⁷, de façon d'ailleurs souvent erronée ou surabondante¹⁶⁸. Qu'il ait ou non valeur normative, l'adage conserve donc une aura très forte auprès des plaideurs et revêt souvent l'habit de l'argument de la dernière chance¹⁶⁹.

Deux incertitudes majeures portant sur la maxime « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » devront être comblées par la jurisprudence : celle portant sur le champ d'application du principe (a) et celle relative à la sanction (b). Pour l'heure, la jurisprudence postérieure à l'arrêt du 20 septembre 2011 s'est contentée de reprendre, seulement implicitement, le nouveau principe¹⁷⁰, d'étendre potentiellement son application à la procédure d'arbitrage¹⁷¹ et d'exiger

¹⁶⁴ Gérard Cornu, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 24.

¹⁶⁵ V. *supra*, I, A, 1, b.

¹⁶⁶ V. *supra*, I, B, 1, b.

¹⁶⁷ V. les arrêts de cassation cités dans les notes suivantes.

¹⁶⁸ V. les arrêts de cassation cités dans les notes suivantes.

¹⁶⁹ V. *supra* I, A, 1, a.

¹⁷⁰ Com., 3 juill. 2012, n° 10-30307, D. 2012, 2942, note S. Pierre-Maurice.

¹⁷¹ Cass. 1ère civ. 6 juin 2012, n° 11-18252 : la Cour n'a pas pu statuer sur cette question car le moyen de l'interdiction de l'auto-contradiction a été

des plaideurs qui invoquent ce principe de démontrer chez leurs adversaires « la position juridique contraire à celle qu'ils ont prise devant les juridictions du fond »¹⁷², c'est-à-dire établir l'auto-contradiction.

a) Incertitude sur le champ d'application

Chaque maxime naissante suscite des interrogations quant à son champ d'application. Pour illustration, la jurisprudence a beaucoup tâtonné avant de donner à la maxime « Nul ne plaide par procureur » son sens et sa portée actuelle. Rappelons que la maxime a été finalement généralisée à tous les types de représentation conventionnelle et à toutes les juridictions¹⁷³. La nouvelle maxime « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » ne faillit pas à cette règle : plusieurs questions se posent concernant le champ d'application à donner à l'adage. S'il semble acquis que l'interdiction s'impose au demandeur comme au défendeur, il est permis de s'interroger sur l'étendue de son application quant au type d'auto-contradiction processuelle. Jusqu'à présent, dans les arrêts de 2010, 2011 et 2012¹⁷⁴, il s'agissait d'auto-contradiction inter-instance. Peut-on appliquer la maxime au cas d'une auto-contradiction intra-instance ? La réponse est, à notre sens, affirmative car il n'existe aucune raison objective pour que ce type d'incohérence échappe à la sanction.

De même, on peut se demander si la contradiction condamnable doit porter sur des prétentions, ce qui est plus évident à démontrer et atteste certainement d'une mauvaise foi du plaideur, ou peut porter seulement sur des moyens incompatibles entre eux. Les deux objets de contradiction devraient selon nous être condamnables. Enfin, il est permis de se demander si l'auto-contradiction substantielle énoncée en matière contractuelle prendra à l'avenir elle aussi la forme d'un adage. On ne voit pas *a priori* pourquoi l'adage serait la marque de la seule auto-contradiction processuelle.

présenté pour la première fois en cassation et est de ce fait, mélangé de droit et de fait.

¹⁷² Com., 3 juill. 2012, préc.

¹⁷³ V. *supra*.

¹⁷⁴ Com., 3 juill. 2012, préc : l'auto-contradiction alléguée mais non admise, faute de preuve, concernant l'attitude d'un plaideur entre l'instance d'appel et concernait la juridiction de cassation.

b) Incertitude sur la sanction

La jurisprudence a longtemps hésité avant de consacrer par une nullité pour vice de forme le principe contenu dans la maxime « Nul ne plaide par procureur »¹⁷⁵. Souhaitons que la jurisprudence fixe rapidement la nature de la sanction contenue dans l'adage « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » ainsi que son régime afin que la nouveauté de l'adage rime avec sécurité. La sanction de l'auto-contradiction processuelle semble être la fin de non-recevoir de la demande incohérente avec la précédente. Il s'agirait d'une fin de non-recevoir non textuelle mais jurisprudentielle, ce que permet l'article 122 CPC. Toutefois, un auteur a fait valoir que cette interprétation est loin d'être évidente, l'article 122 ayant disparu du visa de l'arrêt du 20 septembre 2011¹⁷⁶. L'arrêt du 3 juillet 2012¹⁷⁷ retient, *a contrario*, la sanction de l'irrecevabilité. Il semble raisonnable de penser que la fin de non-recevoir va s'imposer.

C'est alors que les incertitudes sur le régime de la fin de non-recevoir affluent. S'agit-il d'une fin de non recevoir d'ordre privé ou d'ordre public (art. 125 CPC), impliquant ou non l'obligation pour le juge de la soulever d'office? On penche pour la première solution. On peut également s'interroger sur l'existence d'une incompatibilité entre cette fin de non recevoir qui sanctionne une incohérence commise au détriment d'autrui, donc supposant un préjudice, et l'article 124 CPC, qui dispose que « les fins de non-recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief »¹⁷⁸. Faut-il comprendre que cette fin de non-recevoir bénéficiera d'un régime particulier et dérogatoire? C'est effectivement la solution la plus vraisemblable à donner.

La nouveauté de l'adage entraîne inévitablement ces questionnements. Si la formule, la sève morale, le sens de la maxime ont d'ores et déjà emporté l'adhésion, l'adage émergent aura encore besoin de couches jurisprudentielles successives afin d'être cristallisé en dépôt sédimentaire.

¹⁷⁵ V. *supra*.

¹⁷⁶ Camille Maréchal, préc., *in fine*.

¹⁷⁷ Com., 3 juill. 2012, préc.

¹⁷⁸ V. Nicoles Dupont, préc., n°19 et suiv.