



MARIACARLA GIORGETTI

La catégorie controversée de l'abus du procès et la tentative de le reconstituer : c'est-à-dire l'histoire d'un principe général qui n'existe pas en Italie

1. L'article 88 du code de procédure civile italien prévoit, de manière très générale, que les parties et leurs défenseurs ont le devoir de se comporter en justice avec loyauté et probité et que, en cas de manquement des défenseurs à ce devoir, le juge doit en référer aux autorités qui exercent le pouvoir disciplinaire à leur égard : l'article se concentre donc particulièrement sur les défenseurs, mais ne détaille en aucune façon les catégories de comportement qui peuvent constituer une violation spécifique du précepte de loyauté et de probité.

Il s'agit, en substance, d'une simple règle programmatique, une « norme en blanc », tout aussi générale et vague quant au détail des sanctions.

Elle énonce simplement que la violation du devoir qu'elle impose entraîne des sanctions disciplinaires pour l'avocat.

En effet, ce devoir est également consacré par l'article 9 du nouveau code de déontologie des avocats, qui sanctionne également le devoir des parties et des défenseurs de se comporter en justice avec loyauté et probité, et impose en même temps au juge, en cas de violation de ce devoir par l'avocat, d'en référer à l'autorité disciplinaire (Cassation, chambres réunies, 10090/2015).

Il est également à noter que le pouvoir du juge d'en référer à l'autorité compétente constitue un pouvoir d'évaluation discrétionnaire visant à protéger des intérêts autres que ceux qui font l'objet du litige entre les parties et que son exercice d'office relève du pouvoir d'ordonnance et non de la décision au fond : il s'ensuit également dans ce cas que la disposition est extrêmement vague et incertaine dans son application (C. 3487/2009 ; C. 9863/1990).

Même d'un point de vue strictement procédural, en effet, il n'y a pas d'indications opérationnelles plus spécifiques : le comportement déloyal impose tout au plus au juge de trouver des preuves du comportement des parties elles-mêmes dans le procès (cf. article 116, al. II, Code de procédure civile) ou d'exercer un contrôle sur l'activité des parties en veillant à ce que la procédure soit loyale (cf. article 175 Code de procédure civile).

Le seul aspect peut-être plus spécifique, en cas de violation du devoir prévu par l'article 88, se trouve à l'article 92 du code de procédure civile italien, qui autorise la dérogation au principe consistant de mettre à la charge de la partie succombante les frais de procédure : quelle que soit la partie succombante, la partie qui a violé le devoir de loyauté est en effet condamnée à rembourser les frais que l'autre partie a dû supporter en raison de son comportement illicite.¹

Le caractère vague du premier alinéa de l'article 88 du code de procédure civile, qui ne caractérise pas mieux ce qui constitue une violation du principe de loyauté et de correction, rend également difficile l'application concrète de la règle.

L'article 96 du code de procédure civile italien, en revanche, est plus précis et sanctionne ce que l'on appelle l'*illegittimo processuale*, le délit processuel, qui se caractérise par un élément matériel - c'est-à-dire par un comportement relatif à un litige pendant le déroulement du procès ou y afférent (transcription de demande judiciaire) ou postérieur (inscription d'une hypothèque judiciaire) - et par un élément subjectif, caractérisé par le fait que l'auteur a nécessairement la qualité de partie à un procès.²

La norme punit les cas suivants :

¹ (C. 13427/2003 ; C. 1743/1996 ; C. 2653/1994 ; T.A.R. Campania, Napoli, 1.3.2003, n° 1951).

² Grasso, Della responsabilità delle parti per le spese e per i danni procedurali, Comm. c.p.c. Allorio Allorio, I, Turin, 1973, 1030 ; Anecchino, Comm. Verde, Vaccarella, I, Turin, 1997, 714.



a) la partie succombante a agi ou s'est défendue en justice en faisant de mauvaise foi ou en commettant une faute grave (dans ce cas, le tribunal, à la demande de l'autre partie, la condamne au paiement, non seulement des frais, mais aussi de dommages et intérêts qu'il fixe, le cas échéant d'office, dans le jugement) ;

b) le juge qui constate l'inexistence du droit pour lequel une mesure conservatoire a été exécutée ou une demande judiciaire a été transcrite ou une hypothèque judiciaire a été inscrite, ou l'exécution a été commencée ou menée à terme (dans ce cas, à la demande de la partie lésée, il condamne le demandeur ou le créancier à l'origine de la procédure, qui a agi sans faire preuve de la prudence normale. Il s'agit d'hypothèses impératives qui précisent le principe général énoncé visée dans le cas précédent, la seule différence étant que dans ce cas, la responsabilité est également générée par la seule faute légère).

c) le tribunal, le cas échéant d'office, peut également condamner la partie succombante à payer à la partie adverse une somme équitablement déterminée (ce que l'on appelle « *danni punitivi* » (« dommages et intérêts punitifs »), sanction accessoire que le tribunal peut en tout état de cause appliquer : la loi 69/2009 a introduit le troisième alinéa de l'article en question, qui représente un autre instrument de réduction des litiges qui diffère des hypothèses de responsabilité aggravée visées aux deux premiers alinéas, en ce sens qu'il peut également être activé le cas échéant d'office indépendamment d'une demande expresse de l'une des parties.

Du point de vue systématique, la responsabilité au titre de l'article 96 du code de procédure civile est considérée comme une sanction du manquement à l'obligation de loyauté et de probité imposée par l'article 88 du code de procédure civile dans l'utilisation de l'instrument procédural ou dans l'utilisation d'un seul acte de procédure.

Cependant, alors que la première (article 88 du code de procédure civile) a une portée générale et très ample, le second (article 96 du code de procédure civile) a un champ d'application beaucoup plus étroit, ce qui soulève souvent la question de savoir si elle peut être élargie en vertu de l'étendue et du caractère programmatique du premier.

Le problème n'est pas anodin, car il a conduit à l'émergence d'un principe général - celui de l'abus du procès³ - qu'aucune disposition du code de procédure ne cristallise toutefois expressément.

Dans l'ordre juridique italien, il y a, tout au plus, la catégorie différente de l'abus de droit, qui correspond à un certain nombre de cas bien définis ; et il y a une jurisprudence qui, par rapport à des hypothèses spécifiques, a commencé à développer le concept d'abus du procès comme une forme particulière d'abus de droit, déclinée au niveau processuelle, qui est toutefois fort discutée.

2. La catégorie de l'abus du procès fait également l'objet de discussions animées dans le contexte européen.

Dans un premier temps, elle semblait avoir reçu une reconnaissance importante au niveau normatif, en tant que figure générale, au niveau européen, avec l'article 54 de la CEDH : intitulé « Interdiction de l'abus de droit », il prévoit que « Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte ».

La tentation était grande d'en conclure qu'au niveau du droit communautaire, le principe de l'interdiction de l'abus du droit d'agir et de se défendre avait été affirmé.

De même, lors des travaux de révision du règlement 44/2001, l'idée d'introduire la notion d'abus du procès a semblé un moment imminente afin de freiner certaines tactiques procédurales visant à favoriser le *forum shopping* et qui constituent un élément critique pour la cohésion entre les systèmes judiciaires des États membres, mais cette idée a par la suite été abandonnée.⁴

³ GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milan 2012 ; ID., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 445 GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.* 2012, 297 sqq. ; MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, *Corriere giur.* 2011, 556 sqq.

⁴ « Telles que, par exemple, les actions introduites au mépris des clauses de prorogation du for, par devant des juridictions connues pour la longueur de temps nécessaire pour obtenir une décision aussi bien au fond que de procédure » : selon CONSOLO, « *Note necessariamente divaganti*



Ces deux tentatives n'ont pas eu beaucoup de succès, ne serait-ce que parce que qu'il s'agit d'une notion est difficile à cerner d'un point de vue théorique et aux contours fuyants, à commencer par sa définition.

En effet, si tout le monde s'accorde plus ou moins sur une première notion de l'abus comme une utilisation détournée des options possibles entre plusieurs alternatives de conduite à adopter et de buts à poursuivre, marquée par un choix discrétionnaire précis de la partie et un effet préjudiciable pour la partie adverse ou le fonctionnement correct et rapide du procès, dès qu'il s'agit d'entrer dans les détails, la définition de l'abus du procès n'est pas univoque.

Elle va de l'activité de défense dépourvue d'intérêt procédural, et donc disproportionnée en termes processuels par rapport aux intentions de protection effective du droit, à l'utilisation détournée d'un instrument procédural pour atteindre des objectifs autres que ceux pour lesquels il est prévu. En substance, il y aurait donc abus du procès à l'occasion de « tous les comportements qui - bien que consistant dans l'exercice formellement légitime d'un pouvoir discrétionnaire ⁵ - ont manifestement des fins dilatoires ⁶ ou, visent, en quelque manière, à créer des difficultés ou des complications dans le déroulement du procès » ⁷.

3. Le problème est que toutes ces définitions s'apparentent aussi à des « normes en blanc », en ce sens qu'elles décrivent un phénomène, mais sans préciser dans quels cas il se produit ni fournir d'indices utiles à cet effet.

Ce n'est pas une question négligeable, compte tenu de toute la riche théorie du procès comme jeu de stratégie, où, par ailleurs, il n'y aurait pas de place pour la morale⁸ et où les parties font leurs choix procéduraux sur la base de calculs d'utilité personnelle et en utilisant toutes les options possibles offertes par le code de procédure. Il est en effet évident qu'à la lumière d'une telle conception, il n'existerait aucun principe général de l'abus de droit, puisqu'il est possible pour les parties d'élaborer leur stratégie de défense comme elles l'entendent, et que la présence dans notre système juridique de dispositions individuelles traitant de comportements abusifs spécifiques suffit à endiguer tout comportement excessif : l'une d'entre elles est par exemple l'article 96 du code de procédure civile. ⁹

quanto all'abuso sanzionabile del processo e all'abuso del diritto come argomento», *ibid.* Sur ce thème, voir aussi Ouvrage collectif, *Recasting Brussels I*, sous la direction de Pocar, Viarengo- F. Villata, Padoue, 2012.

⁵ Il est vrai qu'il n'est pas toujours possible de faire correspondre un choix discrétionnaire à un abus : par exemple, si je notifie le recours le dernier jour disponible pour faire appel, je ne commets pas un abus, mais je ne fais qu'exercer une faculté que le droit procédural m'accorde.

⁶ Le dévoiement de la finalité originelle de la règle devient le véritable critère pour discerner si le choix de se prévaloir d'une certaine faculté procédurale est licite ou constitue un abus : MENCHINI, *Principio di preclusione e autoreponsabilità processuale*, in *Etica del processo*, cit. 116 sqq.

⁷ ANSANELLI, *Abuso del processo*, *ibid.*

⁸ Selon cette thèse, le procès n'est pas un lieu où s'appliquent des règles morales, si bien qu'aucun comportement procédural ne peut faire l'objet d'une évaluation éthique ; au contraire, il doit être évalué uniquement à la lumière des règles juridiques qui le régissent : voir GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage : eine Kritik der prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, 292. Il s'agit d'une thèse minoritaire dans la doctrine allemande (voir CARRATTA, *Dovere di verità e completa nel processo civile*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, Bologne, 2015, 154 sqq.), mais une telle vision est au fond à la base de certains écrits fondamentaux en la matière élaborés également par notre doctrine : il suffit de penser à CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, I, Naples, 1965, p. 537 sqq. Voir également TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 4-5, 832 sqq., qui rappelle expressément, dans la même veine, également POUND, *The Spirit of the Common Law*, in *Francesstown, NH*, rep. 1947, 125. Voir TARUFFO, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padoue, 1979, 12 ff, qui observe également que dans certaines juridictions, c'est la loi procédurale qui établit quel comportement est considéré comme une violation des règles du jeu procédural et est donc sanctionné.

⁹ Alors que ne semble pas prendre, dans notre système, la conception de l'abus du procès en tant qu'infraction atypique, c'est-à-dire en tant qu'« acte conforme à une règle permissive, mais contraire à un principe et donc interdit » selon la théorie exprimée par ATIENZA, RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad. it., Bologna 2004 ; *Id.*, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, in ouvrage collectif, *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, édité par Velluzzi, Pise, 2012 ; sur ce thème, voir aussi le large débat dans notre pays : cf. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici* ; BUSNELLI, *Illeciti atipici e il dibattito su regole e principi* ; CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico ?* CELANO, *Principi, regole e autorità*, CORSO, *Gli illeciti atipici tra regole e principi*, all in *Europa dir. priv.*, 2006, 1019 sqq. Voir aussi ATIENZA, RUIZ MANERO, *Replica alle critiche italiane, ibidem*, 2009, 203 sqq.



La critique est donc que, par la théorisation de l'abus du procès, l'on se trouverait donc en présence d'un phénomène par lequel une certaine définition est répétée plusieurs fois, au point de générer l'idée qu'elle correspond à un nouveau concept, alors qu'en fait aucun sens nouveau ne se cache derrière ce signe.¹⁰

4. En effet, comme on l'a dit, le code de procédure italien ne prévoit pas l'abus d'un acte ou d'un pouvoir de procédure ; quand on pense aux vices qui peuvent affecter un acte de procédure donné, on pense tout au plus à la nullité formelle ou à d'autres catégories comme l'inexistence ou la simple irrégularité.

Lorsque l'on parle d'abus du procès par l'accomplissement d'un acte de procédure licite en soi mais utilisé dans un but détourné, on s'aventure dans un domaine différent et pour lequel, en effet, le comportement, s'il ne peut être considéré comme illicite à la lumière des dispositions en matière de procédure, doit évidemment être qualifié d'abusif en raison d'un autre principe.

C'est dans cette perspective que les partisans de la théorie de l'abus du procès invoquent, en règle générale, le principe de la bonne foi, entendu comme une règle de correction à laquelle le comportement des parties doit s'inspirer tant objectivement que subjectivement.

Toutefois, il reste difficile de comprendre à quel cadre réglementaire ce précepte peut être rattaché, compte tenu du fait que l'article 96 du Code de procédure civile n'en fait pas mention et que même l'article 88 du Code de procédure civile, en matière de loyauté et de probité, ne codifie pas expressément une règle de bonne foi au sens procédural¹¹.

En d'autres termes, il ne semble pas y avoir dans le code de disposition spécifique à laquelle ce principe¹² puisse être rattaché, du moins dans notre système juridique¹³, et la notion de bonne foi est tout compte fait si vague qu'elle court le risque d'être un principe si malléable qu'il peut être plié à toutes les fins possibles et, pour cette raison, peu fiable¹⁴.

¹⁰ En ce sens GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, ibid. 446 sqq., qui reprend la thèse de Gottlob Frege. TARUFFO, *Abuso del processo*, ibid. se demande ensuite « s'il n'y a pas lieu d'appliquer le rasoir d'Ockham, c'est-à-dire la *lex parsimoniae* par laquelle *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem* ».

¹¹ Bien que le rapport du Garde des sceaux Grandi sur le code, au § 17 (Contre la mauvaise foi procédurale), affirme que la « moralisation » du procès est « l'un des principes inspirateurs du nouveau code », se référant à cet effet à l'article 88, dans la lettre duquel il trouve « un avertissement » pour les parties et les avocats « adressé à leur conscience ». Mais, à vrai dire, la simple référence à une règle d'éthique dans la conduite du procès semble insuffisante pour pouvoir constituer un véritable principe : il s'agit d'une règle avec une simple valeur programmatique, mais sans une norme expresse dont il serait possible de tirer un principe à proprement parler assorti de ses propres sanctions bien définies.

¹² A vrai dire, CARRATTA, dans *Dovere di verità e completa nel processo civile*, a tenté de démontrer l'existence d'un devoir de bonne foi dans les procédures au sens d'un devoir de véracité et de complétude, qui semble toutefois être plutôt un devoir d'éviter le mensonge ... ce qui se heurte au principe *nemo se detegere tenetur*. Par ailleurs, la violation du devoir de loyauté et de probité de l'article 88 du code de procédure civile est en fait une règle sans sanction, si ce n'est celle, déontologique, de l'avocat de la défense ou la possibilité d'un équilibre différent en matière de frais (ce qui est d'ailleurs rendu plus difficile aujourd'hui par le nouveau texte de l'article 92 du code de procédure civile, du moins dans les intentions du législateur : sur ce point, on se reportera à LOCATELLI, *In punto di compensazione delle spese ai sensi dell'art. 92, 2° comma, c.p.c.: nihil sub sole novum?*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 1021 sqq). TARUFFO, dans *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 43 sqq., observe toutefois qu'une allégation incomplète des faits a déjà sa sanction procédurale, sans perturber le principe de la bonne foi ou de l'abus du procès et, précisément, il s'agit de la nullité de l'assignation en vertu de l'article 164, n° 4, du code de procédure civile.

¹³ En revanche, dans d'autres pays, il existe des normes qui configurent expressément un devoir de bonne foi procédurale, comme en Espagne, au Portugal et au Brésil : voir TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, ibid., 237 ; TARUFFO, *L'abuso del processo*, cit., 26.

¹⁴ « Le principe de la bonne foi n'est pas juridique mais déontique, de droit naturel et de portée universelle, qui ne change pas avec l'évolution du contexte social et le sentiment commun du lieu et du temps, si ne n'est à l'échelle des siècles ou des millénaires. La bonne foi n'est donc pas une « expression programmatiquement vague », ou d'un « vague socialement typique » (LUZZATTI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milan, 1990), qui admet d'être intégrée au changement de la conscience sociale actuelle. A moins d'avoir une idée véritablement animale, voire sauvage de l'homme. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'abuso sanzionabile del processo" e all'abuso del diritto come argomento*", ibid. MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corriere giur.* 2011, 556 sqq.... a proposé lui aussi une interprétation visant à ne pas s'exagérer l'importance d'une certaine jurisprudence qui, à partir des décisions sur le fractionnement de la demande, ont essayé de formuler un principe général d'abus du procès ou, pour mieux, d'abus dans le procès. Voir également CENINI,



5. On comprend donc pourquoi, pour déterminer correctement les limites de l'abus du procès, il a été jugé nécessaire de chercher une justification du principe de correction du comportement procédural dans le cadre d'autres dispositions présentes le cas échéant dans d'autres textes que le code de procédure civile et à un niveau supérieur dans la hiérarchie des sources du droit.

C'est dans ce sens, par exemple, qu'il faut comprendre les références aux garanties fondamentales du bon fonctionnement des administrations publiques et, par conséquent, également au sein de l'administration de la justice¹⁵, dans une conception du phénomène du procès civil comme quelque chose qui ne concerne plus seulement les particuliers, mais qui revêt également un caractère public, ne fût-ce qu'au sens de service que l'État fournit aux parties.

C'est également dans cette perspective que se place l'approche qui lie l'article 111 de la Constitution italienne, en matière de juste procès civil, au thème de l'abus du procès, en ce sens qu'une procédure qui se prête à des abus de procédure, à des fins dilatoires par exemple, selon ce point de vue, n'est certainement pas une procédure propre à permettre que la justice soit rendue dans un délai raisonnable¹⁶.

Cette configuration, bien que capable d'exercer un certain degré de fascination sur l'interprète, doit cependant être examinée attentivement avant d'être acceptée. En effet, il s'agit en réalité d'une solution illusoire.

En effet, il n'échappera à personne qu'en liant l'abus du procès à l'article 111 de la Constitution, on finit inévitablement par forcer le trait¹⁷: de cette façon, en effet, l'attention, à y regarder de plus près, finit par se porter davantage sur le thème différent de l'efficacité de la procédure, qui est un thème légèrement différent de celui du procès équitable, dont la durée raisonnable n'est qu'un aspect parmi d'autres.

6. La jurisprudence, cependant, ne semble pas être aussi sensible à ces distinctions et a rendu une série de décisions discutables¹⁸, qu'il ne faut cependant pas sous-estimer car, de toute évidence, par ces décisions, le pouvoir judiciaire est probablement en train de procéder à un équilibrage entre des exigences opposées, répondant à des besoins de protection qui sont réels de la manière propre à la formation de la jurisprudence : autrement dit en travaillant sur l'interprétation des règles et en équilibrant des arguments et des principes opposés¹⁹.

GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto : quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corriere giur.*, 2011, 111 sqq., qui met en garde contre le danger inhérent à l'opération par laquelle on tente d'ériger en règle générale ces décisions, par référence aux devoirs de solidarité sanctionnés au niveau constitutionnel (article 2 Const.) et à l'*animus nocendi* propre à l'émulation (article 833 du code civil). Voir ci-dessous, dans le texte.

¹⁵ C'est par exemple la thèse de PICO - JUNOY, *El principio e buona fe procesal*, Saragosse, 2003.

¹⁶ CARRATTA, *op. cit.* 207 s. ; BIAVATI, *Intervento*, in *L'abuso del processo*, *ibid.* 250 ; TARUFFO, *L'abuso del processo : profili generali*, *cit.* 29 s. ; TROPEA, *ibid.*, 247, 264 sur.

¹⁷ Voir VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 513 ff. Le cauchemar auquel fait allusion Verde est la tendance de la Cour de cassation « à interpréter les institutions procédurales selon la valeur considérée comme supérieure de la durée raisonnable » : voir ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, 123 ff.

¹⁸ TROPEA, dans son ouvrage *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, *cité*, 127 ssq., soutient que le rôle de plus en plus prépondérant assumé par la jurisprudence peut être compris et contextualisé dans le rapport modifié des pouvoirs entre pouvoir législatif et pouvoir judiciaire, dans le sens où un rôle de plus en plus faible du législateur favorise et provoque, dans un certain sens, une expansion du judiciaire. Verde, en particulier, considère que ce phénomène est dû à l'avènement des constitutions démocratiques en Europe occidentale, après la Seconde Guerre mondiale, qui se caractérisent par les mécanismes de contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires par les cours constitutionnelles ; un autre facteur déterminant, pour Verde, est l'internationalisation des relations sociales et économiques, qui est tenue pour responsable de la crise de la domination de la loi étatique sur le droit et du monopole de l'État sur la juridiction, avec un conséquent « rapprochement des systèmes de *civil law* et de *common law*, dû à la crise du système des sources et à la prévalence du moment d'application de la loi sur la disposition législative abstraite, l'interaction de plus en plus marquée des tribunaux entre eux ». Voir aussi BIANCO, *Postfazione al volume di Verde, Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Naples 2012, 211, qui met en évidence la lecture idéologique de Verde des problèmes de la justice dans le « détachement désormais irrécupérable du fondement originel de la Constitution qui faisait du juge comme l'interprète neutre de la loi, un souvenir, pourrait-on dire, du passé ». La pensée de Verde s'inscrit aussi clairement dans le sillage de LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Riv. AIC*, 3/2012, 03/07/2012.

¹⁹ C'est dans cette perspective que la jurisprudence a valorisé la figure de l'abus, peut-être involontairement dans le sillage de la thèse de TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, *op. cit.*, 162, selon lequel l'abus tend à être valorisé si l'on accepte la thèse de la forte



Cette approche apparaît toutefois comme porteuse de dérives indésirables²⁰, et est de surcroît dangereuse²¹ : non seulement parce que l'abus du procès est une notion plutôt vague et indéfinie, mais aussi parce qu'on ne sait pas du tout quel type de sanction doit être appliqué dans un tel cas et, surtout, par qui.²²

séparation entre principes et règles et les formes de constitutionnalisme fondé sur des principes, dans lequel la majorité des normes constitutionnelles sont des principes et non des règles, susceptibles d'être équilibrées, et si la distinction entre morale et droit tombe et où « il existe une vision modérément cognitive de l'interprétation et une conception objectiviste de la morale ».

²⁰ Bien illustré par MONTANARI, *L'abuso del processo*, ibid. La revue est vaste mais trois courants exemplaires peuvent être cités en ce sens : la jurisprudence souvent aberrante en matière d'article 96 du code de procédure civile (parmi de nombreuses décisions récentes : Cass. 29 septembre 2016, n° 19285), en matière d'exception d'incompétence (Cassation, chambres réunies, 20 octobre 2016, n° 21260, in *Rass. Avv. Stato*, 2016, fasc. 3, 125, avec une note d'ANDOLFI, *Nuovi limiti alle parti in ordine alla proponibilità, quale motivo di appello, del difetto di giurisdizione*. Les chambres réunies ont résolu le conflit existant entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence de légitimité, sur laquelle respectivement voir Conseil d'Etat, 27 avril 2015, n° 2064, et, après l'intervention mentionnée des chambres réunies, Conseil d'Etat, 21 décembre 2016, n° 5403 ; Cassation, chambres réunies, 19 juin 2014, n° 13940, in *Dir. e giust.* 22 octobre 2014, et in *Foro amm.* 2014, 2228 ; et, enfin, qui a conduit à la célèbre décision sur l'article 37 du code de procédure civile, sur laquelle voir Cassation, chambres réunies, 9 octobre 2008, n° 24883, in *Foro it.*, 2009, I, 806, avec les notes de G. G. POLI, *Le sezioni unite e l'articolo 37 del codice di procedura civile* ; in *Giur. it.* 2009, 406, avec notes de VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, et SOCCI, *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione), del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali, non può essere exceptio o rilevato in Cassazione per la prima volta* ; *ibidem*, 1459, avec note de CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"* ; in *Giust. civ.* 2009, I, 47, avec une note de NAPPI, *Effetto devolutivo delle impugnazioni e giudicato interno sugli errori in procedendo* ; in *Riv. dir. proc.* 2009, 1071, avec des notes de E. F. RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'articolo 37 del codice di procedura civile nelle fasi di gravame* et PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo* ; in *Corriere giur.* 2009, 372, avec des notes de CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, et CUOMO ULLOA, *Il principio di ragionevole durata e l'articolo 37 : rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?* ; in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263, avec une note de BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'articolo 37 c.p.c.*. Sur ce thème, voir aussi GHIRGA, *Évolution récente de la jurisprudence et de la réglementation en matière d'abus du procès*, cit.

²¹ Le problème est que, trop souvent, l'abus de droit devient le paravent derrière lequel se cachent des motivations qui demanderaient beaucoup plus d'efforts. En ce sens, la synthèse de FORNACIARI, *L'abuso del processo*, ibid. qui a identifié quatre types de motivations « aberrantes » rendues par la jurisprudence brandissant l'argument de l'abus de droit, semble être très claire et convaincante. Le premier modèle est celui de l'abus en tant qu'entité intermédiaire inutile, c'est-à-dire que l'abus n'ajoute ni n'enlève rien à l'argument. Un exemple peut être trouvé dans la jurisprudence déjà mentionnée au sujet de l'article 96, al. 3, du code de procédure civile, dans laquelle la règle seule est déjà parfaitement suffisante sans devoir se référer au principe brumeux de l'abus de droit ; le deuxième modèle est celui de l'abus comme raccourci argumentatif, c'est-à-dire lorsque le principe en question est utilisé à la place du véritable argument, qui est évidemment beaucoup plus complexe à motiver ou même simplement à trouver. Un exemple de ce modèle sont les décisions susmentionnées du Conseil d'État au sujet des recours sur la compétence par le plaignant qui a perdu sur le fond ou encore les décisions de la Cassation au sujet du fractionnement du crédit. Le troisième modèle est celui de l'abus en tant qu'argument de renforcement totalement inutile, puisque de toute façon le raisonnement est basé sur un autre argument. C'est le modèle suivi, par exemple, dans l'orientation bien connue de l'ordre d'examen entre les questions de juridiction et de compétence. Dans cette affaire, en effet, le véritable argument en faveur du caractère préliminaire de la question de compétence était le statut constitutionnel de cette question, par opposition à celui de la compétence. Le quatrième modèle est celui de l'abus comme instrument de non application du droit positif. C'est la plus insidieuse et nous en avons un exemple redoutable dans l'affaire bien connue de l'article 37 du Code de procédure civile. Pour les références jurisprudentielles relatives à chacun des quatre modèles cités, nous renvoyons par souci de concision à l'ouvrage de Fornaciari mentionné.

²² Il ne semble pas que l'on puisse laisser aux parties le soin de veiller à ce qu'il n'y ait pas d'abus du procès, notamment parce que les parties ne sont pas nécessairement soucieuses d'une durée raisonnable de la procédure ; parfois, des affaires sont introduites à titre préventif ou dans une intention dilatoire ; en outre, des dispositions comme celle sur la suspension de la procédure par choix convenu par les parties en vertu de l'article 296 du code de procédure civile ne pourraient pas être expliquées. De plus, l'article 111 de la Constitution stipule que la loi assure un procès équitable et d'une durée raisonnable, et certainement pas les parties. Garantir un procès d'une durée raisonnable est une tâche qui incombe au législateur et qui ne peut être transmise aux parties, même à un moment comme aujourd'hui où le système ne semble pas pouvoir faire face à la quantité de litiges qui encombrant les tribunaux. Peut-être le juge devrait-il être la personne désignée pour le faire, mais sur la base de quelles règles et sanctions ? L'arbitraire qui peut s'ensuivre est immédiatement évident et nous en avons eu de nombreux exemples dans la jurisprudence. Pour ces considérations et d'autres valables, voir TARUFFO, *Abuso del processo*, ibid. En arg. voir aussi TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico, op. cit.*, 165. En revanche, plus d'une perplexité est soulevée par la thèse de ceux qui, se plaçant évidemment de l'autre côté des deux lectures possibles évoquées ici, à savoir celle de l'abus du procès, soutiennent qu'il existe « un ordre moral ou une solidarité qui se superpose, en le corrigeant, à l'ordre des règles » et qui appelle le juge à exercer une fonction correctrice face à des comportements à première vue licites, mais en réalité contraires (pas mieux identifiés : note en marge de l'auteur, éd.) à des principes



Il est également intéressant de noter que le problème lié à toutes ces tentatives de faire de l'abus du procès un principe général, qui trouve sa consécration normative dans un précepte extérieur au code et de plus grande portée, consiste précisément à déterminer une construction de la règle qui devrait régir le cas de l'abus de manière avec un rang supérieur aux autres règles régissant le processus civil, en la liant toutefois à des critères et principes très vagues : si bien que l'on comprend bien pourquoi l'idée a été avancée que l'abus de droit n'est pas un principe juridique, mais « un argument permettant d'obtenir un résultat qui serait autrement exclu ». Un résultat subversif du positivisme juridique".²³

7. Cela signifie-t-il alors que certains comportements constituant un usage discutable des instruments procéduraux, en l'absence d'une norme générale destinée à sanctionner le détournement de la finalité institutionnelle ou éthique, doivent rester sans sanction ?

La réponse est non.

Seulement, au lieu d'essayer de trouver hors du Code un principe improbable qui n'est même pas prévu par une disposition générale, les cas individuels doivent être résolus en faisant appel aux remèdes internes existants.

Ainsi, par exemple, le juge pourrait éviter de se prêter à des manœuvres dilatoires inutiles manifestes en invoquant ses pouvoirs de direction formelle du procès, en vertu de l'article 175 du code de procédure civile et en servant de la disposition sur le calendrier des procès prévue par l'article 81 bis du code de procédure civile, de manière compatible avec le degré d'encombrement de l'office judiciaire. Ceci est compatible avec le degré de congestion des services judiciaires.

Il en va de même en ce qui concerne les pouvoirs de simplification de l'instruction que le juge possède, comme celui de réduire les listes de témoins surabondantes ou d'éliminer les témoins qui ne peuvent pas être entendus (article 245 du code de procédure pénale), celui d'exclure les preuves non pertinentes et inadmissibles (article 183, al. 7 du code de procédure pénale) et les preuves devenues superflues (article 209 du code de procédure pénale).

Ou bien, il pourrait appliquer l'article 96, al. 3 du code de procédure civile, introduit en 2009, qui accorde au juge le pouvoir de condamner, le cas échéant d'office, « dans tous les cas », la partie succombante ayant eu l'un des comportements indiqués aux alinéas 1 et 2 de ce même article, au paiement d'une somme « équitablement déterminée »²⁴; et ainsi, par analogie, le juge pourrait prévoir l'application des sanctions que le code de procédure prévoit en divers points : que l'on songe aux articles 54, 226, 408, 283, 431 du code de procédure civile, etc.

juridiques plus généraux qui doivent nécessairement prévaloir sur la règle unique. Sur ce thème, voir BARCELONA, *L'abuso del diritto : dalla funzione sociale alla regolazione teologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.* 2014, 2, 467 sqq.

²³ TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, 149 et en particulier, 152 où il affirme que la référence à des critères d'hétéro-intégration du droit est la cause de l'incertitude et de l'aléatoire, tout comme le renvoi à des clauses générales transforme la notion d'abus en une superfétation ; sur ce thème, voir aussi GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, dans l'ouvrage collectif *L'abuso del diritto. Teoria*, cit., 175 ; CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'"abuso sanzionabile del processo" e all'abuso del diritto come argomento*", ibid. À ce sujet, GENTILI, *op. cit.*, 185, a tenté de donner une explication au phénomène en affirmant : " si l'argument de l'abus naît, s'il prospère, c'est parce que l'idée positiviste juridique d'épuiser le droit dans le droit s'est révélée utopique jusqu'à la naïveté. Il n'y a pas non plus lieu de s'inquiéter outre mesure de savoir si les raisonnements à la lumière desquels l'abus doit être affirmé sont issus du système juridique, ou plutôt de la morale, de la sociologie ou de l'économie. C'est en effet le droit lui-même qui les implique, avec la transposition de leurs concepts, leur présupposé dans les notions juridiques, leur référence à travers les principes, les clauses générales, les normes normatives. Toute la diatribe sur le positivisme inclusif ou exclusif pourrait être conclue en reconnaissant que les deux ont tort, car ils partagent l'hypothèse fallacieuse d'une distinction claire. Le contenu des lois n'est qu'un élément de la culture dans laquelle vivent également les principes moraux, sociaux et économiques. Ceux qui font appel au « vrai » droit se souviennent simplement de cette implication. »

²⁴ TARUFFO, *Abus du procès*, cit, s'exprime en termes très critiques, en observant comment la disposition en question, mal formulée, attribue au juge un pouvoir de sanction discrétionnaire qui n'est lié à aucun critère contrôlable, en soulignant que, heureusement, la tentative du législateur d'en faire un recours général a échoué, étant donné que l'interprétation largement dominante limite son applicabilité aux hypothèses de responsabilité aggravée prévues par la loi, et prévoit donc que pour appliquer la sanction, il faut vérifier les conditions indiquées dans les deux premiers paragraphes de l'article 96 du code de procédure civile. L'auteur, en ce qui concerne cette disposition, exprime la préoccupation que la jurisprudence n'en abuse pas, en laissant de côté la règle de droit spécifique à appliquer dans le cas concret pour ensuite ramener, sous l'égide du concept générique d'abus du procès, des cas qui n'en relèvent pas et qui sont arbitrairement soumis, par exemple, à l'article 96, paragraphe 3, du code de procédure civile : des situations, celles-ci, dans lesquelles le tribunal de première instance n'est pas en mesure



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

d'appliquer la règle de droit au cas en question. Il s'agit de situations dans lesquelles la référence à l'abus ne sert qu'à justifier *ex post facto*, en invoquant souvent à tort et à travers le principe de la durée raisonnable du procès, une sanction attribuée par le juge sur la base d'une appréciation tout à fait personnelle : « On peut toutefois observer que, dans de nombreux cas, il s'agit de décisions qui, au mieux, peuvent être considérées comme *extra legem* (et, au pire, *contra legem*) puisqu'elles se fondent sur l'inapplication de la règle qui régit directement le cas, afin de faire prévaloir des critères justificatifs identifiés « ailleurs » selon des appréciations arbitraires faites au cas par cas ».