



Etude Comparative Des Règles Procédurales Pratiquées Dans Le Civil Law Et La Common Law

Comparative Study of Procedural Rules Practised in Civil Law and Common Law

Ouardaoui Ferdaouss

Docteur en Droit Privé

Lauréate du Laboratoire de Droit Des Affaires

Faculté Des Sciences Juridiques Et Politiques de Settat- Hassan I.

Date de soumission : 06/08/2023

Date d'acceptation : 23/07/2024

Pour citer cet article :

OUARDAOUI. F. (2024) «Etude Comparative Des Règles Procédurales Pratiquées Dans Le Civil Law Et La Common Law», Revue Internationale du chercheur «Volume 5 : Numéro 3» pp : 140-160

Digital Object Identifier : <https://doi.org/10.5281/zenodo.13356474>



Résumé :

Alors que les systèmes de Common Law sont considérés comme suivant un modèle de procès « accusatoire », les traditions de droit civil sont généralement associées à une procédure « inquisitoire ».

En effet, les disparités qui existent entre ces deux systèmes risquent d'être problématiques, plus particulièrement, dans le domaine de l'arbitrage international en raison de la rencontre et éventuellement l'affrontement des cultures de tous les acteurs au sein du théâtre arbitral puisque chacun de ces derniers aura tendance à suivre ses traditions procédurales nationales, notamment, en matière d'administration de la preuve, l'un des volets qui représente le plus ces disparités qui existent entre ces deux systèmes juridiques.

Cet article se présentera comme une étude comparative qui aura pour but d'examiner d'une manière approfondie le rôle du juge et des parties respectivement dans les modèles juridiques inquisitoire et accusatoire, ainsi que les spécificités de chacun de ces deux modèles dans l'administration de la preuve.

Mots-clés : Common Law ; Civil Law ; le rôle du juge ; procédure inquisitoire ; procédure accusatoire.

Abstract :

Whereas Common Law systems are considered to follow an "adversarial" trial model, civil law traditions are generally associated with an "inquisitorial" procedure.

In fact, the disparities that exist between these two systems are likely to be problematic especially in the field of international arbitration due to the encounter and eventual clash of the cultures of all the players within the arbitral theater, since each of one of them will tend to follow their own national procedural traditions, particularly in matters of evidence, one of the aspects that most represents these disparities that exist between these two legal systems.

This article will take the form of a comparative study, with the aim of examining in depth the role of the judge and the parties in the inquisitorial and adversarial legal models respectively, as well as the specificities of each of these two models in the administration of evidence.

Keywords : the role of the judge ; administration of evidence ; inquisitorial procedure ; adversarial procedure.

Introduction :

Alors que les systèmes de *Common Law* sont considérés comme suivant un modèle de procès « accusatoire » où le juge n'apparaît alors que comme un arbitre des débats qui veille à la parfaite égalité entre les parties. La procédure est orale, contradictoire et publique et se déroule en une seule phase, ainsi, ce sont les parties qui apportent les preuves. Les traditions de droit civil sont généralement associées à une procédure « inquisitoire » où les procédures sont écrites et les prérogatives du juge accusateur sont importantes et dispose de nombreux pouvoirs pour la recherche des preuves.

En effet, il est intéressant de noter que la catégorisation « accusatoire » « inquisitoire », ne date pas d'hier. Selon les hypothèses de *Maximo Langer*, durant le douzième et treizième siècles, les auteurs faisaient déjà la différence entre la procédure inquisitoire et la procédure accusatoire en se fondant sur des rumeurs publiques (*fama*), des officiers publics pouvaient initier de leur propre initiative une procédure inquisitoire. La procédure accusatoire, au contraire, n'était initiée qu'en cas d'accusation par une personne privée. La distinction entre ces deux types de procédure se faisait au sein d'un même système plutôt qu'entre des systèmes juridiques différents. (Langer, 2014, p. 709)

L'utilisation des termes « inquisitoire » et « accusatoire » pour comparer les traditions juridiques de *Common Law* et de droit continental n'est venue que lors de développements ultérieurs, entre la seconde moitié du 18^{ème} siècle et la première moitié du 19^{ème} siècle. Pendant le 18^{ème} siècle, la doctrine et les décideurs politiques en Europe continentale se sont intéressés à la procédure pénale anglaise comme modèle possible pour des réformes, cherchant des alternatives à la procédure pénale d'Ancien Régime. (Padoa Schioppa, 1986, p. 107 cité par Langer, 2014)

Les réformateurs et auteurs européens ont commencé à utiliser la catégorie « accusatoire » pour se référer à la procédure pénale anglo-américaine et le terme « inquisitoire » pour se référer soit à la procédure pénale d'Ancien Régime soit à l'ensemble des procédures continentales de l'époque. (Mittermaier, 1832 ; Hélie, 1853, cité par Langer, p. 709) Plus tard, les juridictions anglo-américaines ont commencé à utiliser le terme « contradictoire » « *adversarial* » dans un sens similaire.

En effet, des recherches ont considéré que les modèles accusatoire et inquisitoire ne sont pas seulement deux techniques différentes d'enquêter et de juger, mais supposent aussi des



conceptions différentes de la vérité. Le modèle inquisitoire repose sur une conception objective de la vérité alors dans le modèle accusatoire, la vérité est le fruit d'un consensus. (Damaška, 1998, p. 289 ; Weigend, 2011, p. 389, cités par Longer, p. 710)

La notion de preuve n'a peut-être pas le même sens d'un pays à l'autre puisque toute loi varie d'un pays à l'autre en fonction des mœurs voire de la géographie de ce pays (Jeuland, 2005, En Ligne). Toutefois, et dans un sens large, la preuve est définie comme étant « *l'établissement de la réalité d'un fait ou de l'existence d'un acte juridique. Dans un sens plus restreint, procédé utilisé à cette fin (écrit, témoignage...etc.). Lorsque les moyens de preuve sont préalablement déterminés et imposés par la loi, la preuve est dite légale. Dans le cas contraire, elle est dite libre ou morale. Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.* » (Lexique Des Termes Juridiques, 2017-2018)

En effet, la culture influence de nombreux aspects de la vie, l'attitude, l'organisation sociale, les exigences en matière d'espace, le langage corporel et la notion de temps et les schémas de pensée qui ont un effet sur le processus de raisonnement, qu'il soit légal ou non. Par conséquent, ce qui est parfaitement logique, évident et raisonnable pour une culture peut être offensant, illogique et déraisonnable pour une autre. Le contexte culturel influence fortement les systèmes et les compréhensions juridiques. (Pair. J.D, 2005, p. 60)

L'un des domaines qui reflète le plus la portée de ces disparités culturels dans le système des preuves est sans doute l'arbitrage international qui rassemble d'un côté, des parties venant de différentes cultures juridiques et ayant différentes attentes mais qui n'abordent que rarement l'obtention de preuves dans leur convention d'arbitrage. Et d'un autre côté, des arbitres qui se trouvent souvent confrontés à des pratiques procédurales qui ne leur sont pas familières, notamment, quant à l'appréhension des moyens les plus appropriés pour établir les faits de l'affaire. A savoir, exiger des déclarations écrites des témoins suivies d'un contre-interrogatoire à l'audience ou interroger les témoins eux-mêmes, ordonner ou non toutes les demandes de production de documents à la partie adverse et dans quelle mesure,...etc. D'où le choc des cultures le plus troublant et le plus répandu en la matière.

De ces faits, comment peut-on appréhender la complexité de ce clivage Common Law/ Civil Law qui est au cœur de ce conflit culturel?

Pour répondre à cette question, nous allons procéder à une étude comparative qui nous permettra d'étudier de plus près les spécificités des règles procédurales de chacun de ces systèmes juridique, et ce, en consacrant la première partie de cette étude à la définition du rôle du juge et des parties respectivement dans les modèles juridiques inquisitoire et accusatoire (1), pour pouvoir aborder dans la seconde partie, les spécificités de chacun de ces deux modèles dans l'administration de la preuve (2).

1. le déroulement de l'instance dans les modèles inquisitoire et accusatoire

La procédure inquisitoire est la procédure judiciaire où la maîtrise du procès est confiée au juge qui joue un rôle actif. En plus des éléments que les parties vont lui apporter, le juge pourra rechercher des éléments de preuve lui-même afin de fonder sa propre opinion (« Procédure inquisitoire, 2023 »). Tout comme dans un système accusatoire, le juge dans un système inquisitoire préside le procès. Cependant, ce dernier joue un rôle beaucoup plus actif dans le processus du procès. Le juge inquisitoire est plus proactif que l'arbitre "neutre et détaché" que l'on trouve généralement dans un système accusatoire (Ainsworth, 2017, p. 81)

Nous allons commencer par déterminer le rôle du juge et des parties d'abord dans le modèle inquisitoire (1.1), puis dans le modèle accusatoire (1.2).

1.1 Le rôle du juge et des parties dans le modèle inquisitoire

La nature proactive du rôle du juge dans les procédures inquisitoires représente « l'obligation affirmative des fonctionnaires de l'État de s'assurer que les politiques de l'État, à la fois substantielles et procédurales, sont mises en œuvre ». Le juge, plutôt que les parties, s'assure que ces politiques sont respectées en contrôlant à la fois l'enquête et le procès. (Goldstein, 1974, p. 1018)

Ainsi, on attend du juge qu'il prenne l'initiative de rassembler les preuves et de s'assurer que les mérites de la culpabilité et de la peine sont correctement évalués. Et le pouvoir judiciaire a l'habitude de participer et de diriger les processus d'enquête et d'administration qui, dans le système accusatoire, sont en grande partie laissés à la police ou aux avocats. Cela ne veut pas dire que les parties n'aident pas le juge dans son rôle, mais « leur rôle n'est que secondaire et de soutien » et non le moyen principal par lequel les preuves sont obtenues. (Goldstein, 1974)



Ainsi, un juge du système inquisitoire, a la responsabilité principale d'appeler et d'interroger les témoins. Le juge inquisitoire pose aussi couramment des questions à l'accusé et peut exiger une enquête plus approfondie en appelant et en interrogeant d'autres témoins ou en demandant une enquête supplémentaire ou en demandant une enquête plus approfondie. (Marcus, 1992, p.1194)

Afin de contrôler efficacement la procédure et d'interroger les témoins, le juge inquisitoire doit être au courant des faits de l'affaire avant qu'ils ne soient présentés au procès. Ainsi, dans le système français, le juge s'appuie sur un dossier contenant tous les faits pertinents de l'affaire. De cette façon, le juge est conscient des faits qu'il est important d'obtenir d'un témoin.

Ainsi, le juge sait quels sont les faits importants à obtenir d'un témoin et peut plus efficacement appeler et interroger les témoins sur ces faits. Le juge dans un système inquisitoire, a pour mission d'aider à déterminer la vérité sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et a donc la responsabilité d'obtenir les faits qui mèneront à cette détermination finale. Ainsi, avec un dossier en main, et une connaissance de tous les faits pertinents avant le début de la procédure, le juge inquisiteur contrôle et dirige le cours de la procédure dans un procès. (Marcus, 1992)

Les pratiques discursives inquisitoriales sont critiqués par certains qui estiment qu'elles offrent intrinsèquement moins de possibilités aux parties de façonner leur cause et de contrôler les récits juridiques du procès. Puisque le juge décide des informations qui seront présentées au procès, le récit juridique construit au procès sur ce qui s'est passé et ce que cela signifie est exclusivement sous le contrôle du juge. Par conséquent, les parties n'ont aucun contrôle sur le récit du juge et ne peuvent pas chercher à construire leur propre récit, même s'il s'agit d'un récit potentiellement concurrent de celui du juge. Dans ces circonstances, les plaideurs et autres témoins n'ont aucun espace dans lequel ils peuvent tenter de faire entendre leur histoire, de sorte qu'ils perdent à la fois leur voix , la possibilité de dire au tribunal ce qui leur importe et la chance d'être écoutés également, et donc de se voir accorder le respect par le processus d'être jugé digne d'être formellement entendu.

Par ailleurs, il est vrai que le juge inquisiteur peut choisir d'ouvrir un espace pour que les plaideurs puissent exprimer leur version de l'histoire, mais si cela se produit, ces commentateurs le considèrent comme une sorte de grâce ou de faveur, pas comme un droit. Et, étant donné que les tribunaux inquisitoriaux préfèrent les déclarations écrites des témoins aux témoignages oraux, les parties et les témoins ont rarement l'occasion de bénéficier d'une telle grâce dans la

pratique. Comme leur témoignage oral n'est pas nécessaire, ils sont symboliquement et littéralement exclus du processus d'établissement des faits. La recherche sur la justice procédurale pourrait prédire que cette exclusion du processus de construction du récit juridique qui donne un sens à l'affaire laisserait les témoins et les parties à ces procédures moins susceptibles de conclure que le processus était essentiellement équitable, quel que soit le résultat. (Marcus)

1.2 Le rôle du juge et des parties dans le modèle accusatoire

Dans un système de justice accusatoire, le juge supervise le processus du procès, mais ne contrôle pas le cours des procédures. Autrement dit, le juge supervise le déroulement du procès, mais ne contrôle pas le déroulement de l'instance comme le fait le juge inquisiteur. L'une des caractéristiques du système accusatoire est que les parties contrôlent l'orientation du procès, chaque partie déterminant les faits à présenter en preuve, les témoins à appeler, les arguments à faire valoir et la façon dont ils seront présentés. (Finengan, 2009, p. 466)

En effet, le système accusatoire repose sur le fait que les parties adverses agissent comme des adversaires qui rivalisent pour convaincre le juge et le jury que leur version des faits est la plus convaincante. Les avocats sont libres de choisir les questions à présenter, les preuves à apporter à l'appui de leurs arguments et les témoins à appeler. Le juge préside le procès et statue sur les points litigieux de la procédure et des preuves, ne posant des questions au témoin que pour clarifier les preuves, et conclut le procès en résumant les faits pour le jury et en l'informant du droit applicable. Dans un système accusatoire, le juge n'a pas la possibilité d'aller au-delà des faits et des preuves présentées par les avocats de la partie adverse ; son rôle est largement passif; il est un arbitre impartial qui conseille le jury sur les questions de droit (<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/criminal-law/adversarial-and-inquisitorial-systems-of-justice.php>, consulté le 22 /9/2023.)

Selon le Professeur *Damaška* (1986), la procédure accusatoire commence avec l'apparition de conflits et se déroule au stade où les deux adversaires se présentent devant un décideur passif dans le but d'obtenir un verdict. D'autre part, le système inquisitoire est une forme d'enquête officielle. Dans le premier cas, l'action et le processus procéduraux sont menés par les deux adversaires tandis que dans le second, ce sont les fonctionnaires qui s'en chargent. On peut dire que le système accusatoire est horizontal et dirigé par les parties, tandis que le système inquisitoire est vertical et dirigé par l'autorité.



Bien que le concept de système accusatoire et celui de système inquisitoire soient adjacents l'un à l'autre, leurs extrémités polaires sont différentes l'une de l'autre. (Finegan, 2009)

Globalement, le magistrat joue un rôle important dans le processus de jugement des deux systèmes de droit contradictoire et inquisitoire. Le premier est basé sur le rôle des juges et des avocats partiels de chaque partie. L'objectif principal de ce système est de rendre la justice dans la société et de s'assurer qu'il y a de la justice et de l'équité dans la société. La procédure d'accusation se fait dans le système accusatoire où le procureur essaie de prouver la culpabilité du défendeur tandis que la défense plaide pour l'acquittement du défendeur. (Singh, 2022, p. 1038)

La plupart des pays de *Common law* comme les Etats-Unis, le Canada, le Royaume-Uni qui ont un système juridique anglais ont un système accusatoire, le rôle principal du magistrat est de s'assurer que la procédure du procès est conforme aux règles des lois procédurales et que les preuves sont admises conformément aux règles et règlements.

Notamment, comme l'a décrit Lord *Denning M.R.*, dans l'arrêt *Jones v National Coal Board*: « le système de piste en Angleterre et au Pays de Galles définit le rôle des magistrats pour entendre l'affaire et déterminer les questions soulevées et ne pas enquêter sur les affaires dans l'intérêt public. Le rôle du juge est uniquement d'interroger le témoin lorsqu'il le juge nécessaire et, si ce n'est pas le cas, il quitte son rôle de juge et devient un avocat. Il ne peut interroger le témoin que s'il veut clarifier une question de droit, exclure des éléments non pertinents et s'assurer que son intervention n'interrompt pas ou n'affecte pas la procédure. Par conséquent, à partir de la déclaration ci-dessus, on peut comprendre que le rôle des juges de première instance en Angleterre et au Pays de Galles est passif lorsqu'il s'agit de procès criminels. Ils ont le pouvoir de déterminer quelles preuves sont admissibles avant le procès ou quels témoignages sont audibles. Mais il y a des limites à l'intervention judiciaire car le juge a une influence sur le jury. » (Joan Vs National Coal Board, 1957).

2- L'administration de la preuve dans le modèle inquisitoire et accusatoire

Dans le modèle accusatoire, la recherche de preuves avant le procès est dominée par le processus de découverte « *Discovery* ». Tandis que dans le modèle inquisitoire (2.1), il n'y a pas d'enquête préalable au procès. Une partie est obligée de produire uniquement les documents auxquels elle fait référence dans ses plaidoiries (2.2)

2.1 L'administration de la preuve dans le modèle inquisitoire

Dans le système inquisitoire, le juge comme on l'a mentionné plus haut, est autorisé à jouer un rôle central dans la collecte et l'évaluation des preuves avant le début du procès, il peut décider du poids à accorder aux preuves en fonction de son évaluation de leur fiabilité et de leur crédibilité et, en dernière analyse, il est l'ultime bailleur de fonds dans l'affaire. (Ainsworth, p. 81)

Alors que dans le système de *Common Law*, les parties et le tribunal enquêtent d'abord sur les faits afin d'établir la vérité, dans le système de droit civil, le tribunal s'intéresse principalement aux revendications des parties telles qu'elles sont exprimées dans les plaidoiries. Par conséquent, les juges des pays de droit civil se concentreront sur les faits présentés par les parties et si les faits présentés par les parties diffèrent, le juge prendra une décision sur la base des preuves disponibles présentées par les parties. (Pejovic, 2001, p. 833)

Les parties, bien sûr, comme on l'a souligné plus haut sont également actives dans un procès de droit civil. Elles ont le droit de présenter des preuves et de proposer des motions. Elles sont autorisées à introduire des preuves après avoir donné à l'autre partie la possibilité de les inspecter. Si le juge procède à l'interrogatoire initial des témoins, les avocats ont le droit de poser des questions supplémentaires.

Il existe également des différences importantes entre le droit civil et la *Common Law* dans la façon dont un procès est mené. Un procès de droit civil est constitué d'un certain nombre d'audiences et de communications écrites entre les parties, leurs avocats et le juge, au cours desquelles un éventuel conflit sur la compétence du tribunal est résolu, des preuves sont présentées et des motions sont présentées.

Par rapport au système de *Common Law*, l'accent est moins mis sur les arguments et les examens oraux. Au lieu de cela, la communication écrite prévaut, et si au cours du procès un nouveau point est soulevé par l'un des avocats, l'autre peut demander au tribunal un certain délai pour répondre à cette question par écrit.

En effet, en droit civil, la preuve écrite prévaut sur la preuve orale. Si une demande est soutenue par un document, le juge n'ira généralement pas plus loin. Si un document est contredit par la déclaration orale d'un témoin, le document prévaudra normalement. Dans les affaires commerciales, le recours à la preuve par témoins est très inhabituel. Dans certains pays de droit



civil, le tribunal peut même exclure la déposition d'un témoin d'une partie dans sa propre affaire. (Pejovic)

Une autre différence importante entre le système inquisitoire et le système accusatoire existe dans les méthodes de collecte des preuves au stade de la préparation du procès. En droit civil, il n'y a pas d'enquête préalable au procès. L'objectif principal des preuves présentées par une partie est de prouver ses arguments juridiques ou factuels. Par conséquent, une partie est obligée de produire uniquement les documents auxquels elle fait référence dans ses plaidoiries. En droit civil, les parties ne sont pas obligées de produire volontairement des documents à l'autre partie au cours d'un litige civil. Par ailleurs, Si une partie souhaite obtenir l'accès à des documents détenus par une autre partie, elle devra demander au tribunal d'ordonner à l'autre partie de divulguer le document en question. (Pejovic)

Ainsi, alors que le processus de découverte « *Discovery* » en *Common Law* est, en général, une affaire privée, exécutée par des avocats conformément à la procédure prescrite, le processus de collecte de preuves en droit civil est une fonction publique menée par le tribunal. Cela est conforme au principe général du système de droit civil selon lequel c'est le tribunal est chargé du processus d'élaboration de la preuve et non les parties. (Pejovic, 2001)

En outre, les règles de procédure civile dans le système civiliste contiennent les règles sur la preuve qui déterminent ce qui peut être introduit comme preuve et fixent les conditions d'admissibilité et de poids de la preuve. Cependant, bien qu'il existe certaines restrictions, il n'y a pas de règles correspondant aux règles d'admissibilité de la *Common Law*, telles que les règles du « oui-dire » et de « la meilleure preuve » « *the best evidence* ». En principe, toute preuve est admissible, mais le tribunal, comme on l'a mentionné précédemment, évaluera le poids à accorder à une preuve. Les preuves admises peuvent faire l'objet de recours pour erreur de fait. (Damaška, p.85)

Il existe aussi des différences importantes entre le système inquisitoire et le système accusatoire en ce qui concerne la preuve par témoins. Le contre-interrogatoire des témoins est pratiquement inconnu en droit civil. Cependant, dans certains pays de droit civil, l'avocat est autorisé à interroger directement le témoin, alors que dans d'autres pays, l'avocat ne peut que former un groupe de discussion. Dans d'autres pays, l'avocat peut seulement formuler des questions et demander au juge de les poser au témoin. (Pejovic, p.834)

Le juge a un droit discrétionnaire de décider de poser ou non les questions proposées. Il a également le pouvoir de poser des questions supplémentaires au-delà de celles proposées par les parties, si cela est nécessaire pour établir la vérité. La pratique habituelle dans la plupart des pays de droit civil est que les témoignages ne sont pas enregistrés textuellement, mais que le juge dicte un résumé du témoignage dans le dossier avec ses propres mots. (Kaplan, T. Von Mehren & Schaefer, 1958, p. 1201)

Une autre différence importante entre le système inquisitoire et accusatoire, en ce qui concerne les témoignages, est la « préparation des témoins ». En droit civil, la préparation des témoins est strictement interdite. Les avocats, comme on l'a vu précédemment, ne sont normalement pas autorisés à discuter des questions liées au procès avec les témoins en dehors du tribunal et peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires s'ils enfreignent cette règle.

D'autre part, les experts dans le *Civil Law*, ne sont pas considérés comme des témoins et ils sont généralement appelés "experts judiciaires". Les experts du tribunal sont nommés par le tribunal, et non par les parties, et on attend d'eux qu'ils soient impartiaux. Les tribunaux s'appuient souvent sur l'opinion des experts, et de nombreuses affaires sont décidées principalement sur la base des preuves apportées par les experts. L'expert est généralement chargé par le tribunal de préparer un avis écrit, qui est ensuite distribué aux avocats. Les avocats peuvent interroger l'expert lors d'une audience. Si l'une des parties s'oppose à l'avis de l'expert, ou si le tribunal estime que le rapport de l'expert n'est pas satisfaisant, le tribunal peut nommer un autre expert. Une partie peut proposer un expert particulier, mais le tribunal peut rejeter cette proposition et choisir un autre expert. (Kaplan, T. Von Mehren & Schaefer, p. 1243)

2.2 L'administration de la preuve dans le modèle accusatoire

Comme il a été mentionné plus haut, le juge du système accusatoire supervisera le processus de la procédure et se prononcera sur les objections et les questions de preuve, mais ne déterminera pas les faits qui doivent être introduits en preuve pour prouver un argument particulier, ni ne posera de questions pour s'assurer que les informations pertinentes sont inscrites au dossier pour l'audience. Ces tâches sont attribuées à l'accusation et à la défense. Dans un système basé sur un concours entre deux parties, la charge incombe à ces parties si l'une d'elles ne parvient pas à présenter un argument efficace ou à introduire correctement un fait. Ainsi, contrairement à un juge inquisitorial, le juge du système accusatoire américain s'appuie fortement sur les parties



pour définir les questions pertinentes dans une affaire et argumenter les faits et le droit liés à ces questions.

En outre, les juges américains sont sélectionnés de diverses manières, l'affiliation politique jouant un rôle important. Dans la plupart des autres pays de *Common Law*, les juges sont sélectionnés sur la base de normes professionnelles. (Hazard Jr, 1998, p. 1674)

Dans le système accusatoire, les avocats des parties représentent la cause simultanément et la troisième partie impartiale tente de déterminer les faits et la vérité de l'affaire et de trancher le litige. En général, dans un système contradictoire, le tiers neutre et impartial est un juge ou un magistrat. Le rôle principal de celui-ci est de s'assurer que l'ensemble du procès se déroule conformément aux dispositions équitables de la loi du pays. Les preuves doivent être examinées conformément aux règles et aux directives. Les principales caractéristiques du système de droit contradictoire sont les litiges gérés par les parties. Le juge ne dirige pas le litige et il appartient aux parties de poursuivre la procédure et de présenter les témoins et les preuves. En vertu de la présomption d'innocence, le jury, le magistrat ou le juge ne peut prendre en compte que les preuves présentées au cours du procès. La victime n'a aucun rôle dans la poursuite de l'affaire. Ce sont les principales caractéristiques du système de droit contradictoire des États-Unis qui sont conformes à la tradition de la *Common Law* héritée de l'Angleterre. (Singh, p. 1034)

En effet, les règles de *Common Law* visent à établir la vérité, notamment en veillant à ce que toutes les parties aient un accès aussi large que possible aux preuves potentiellement pertinentes. En substance, tout doit être mis sur la table, à la vue de tous. (Dasser, 2021, P 148) Ce n'est qu'à ce moment-là que l'on peut attendre des parties qu'elles défendent pleinement leur cause. Cette approche favorise une large production de documents par les deux parties, en particulier lorsqu'une partie, comme c'est souvent le cas, a plus facilement accès aux faits qui sous-tendent certaines parties du litige ce qui explique en grande partie les coûts généralement beaucoup plus élevés des litiges dans les juridictions de *Common Law* par rapport aux juridictions de droit civil. Une production de documents extrêmement large est cruciale pour les litiges américains, alors qu'elle est pratiquement inexistante dans les juridictions de droit civil. (Dasser)

La discovery : En *Common Law*, la recherche de preuves avant le procès ou « *the pre-trial search for evidence* » est dominée par le processus de *discovery*. Les parties sont tenues de produire à l'inspection de l'autre partie tous les documents ou informations qui sont pertinents



pour les questions en litige et qui sont en leur possession sans l'intervention du tribunal, que les documents favorisent ou non leur demande ou leur défense. Grâce à la communication préalable de documents, les parties à un litige peuvent avoir accès aux faits et aux informations que la partie adverse a l'intention d'invoquer au procès. Ainsi, la communication préalable permet aux parties d'obtenir de l'autre partie des faits et des informations sur l'affaire, ce qui les aide à préparer le procès. (Pejovic, p. 138)

Le professeur *Geoffrey Hazard* compare le développement des preuves aux États-Unis et dans les pays de droit civil de la manière suivante : « Les litiges de droit civil se déroulent par le biais d'une série de courtes sessions d'audience, parfois de moins d'une heure chacune, axées sur le développement de preuves. Les résultats de ces audiences sont ensuite versés au dossier de l'affaire jusqu'à une éventuelle étape finale d'analyse et de décision. En revanche, les litiges de *Common Law* comportent une ou plusieurs étapes préliminaires ou d'avant-procès, puis un procès au cours duquel toutes les preuves sont reçues consécutivement, y compris tous les témoignages "en direct" ». (Hazard Jr, p. 1653)

En effet, les règles américaines de *discovery* donnent une grande latitude pour l'exploration de preuves potentiellement pertinentes. Les dépositions des parties peuvent être prises de plein droit en vertu de règles telles que les règles fédérales américaines de procédure civile « **26 et 30** », et sont généralement prises dans des affaires susceptibles d'aller jusqu'au procès, par opposition aux affaires réglées ou simplement abandonnées.

En vertu de règles telles que la « **Federal Rule 34 (b)** » de la procédure civile américaine relative à la Production des documents, des informations stockées électroniquement et des objets tangibles, ou pénétrer sur un terrain, à des fins d'inspection ou autres, la *discovery* s'effectue par simple demande de la partie qui découvre, sans ordonnance du tribunal. Ainsi, la découverte de documents ne nécessite pas d'intervention judiciaire préalable, comme c'est le cas dans tous les systèmes de droit civil, et la partie requérante n'est pas tenue de démontrer une « bonne cause ». Ainsi, la *discovery* n'est pas limitée aux documents « pertinents » mais s'étend aux documents dont la production, selon les termes de « **la Federal Rule 34 (a)** » et qui renvoie à « **la règle 26 (b)** », « semble raisonnablement calculée pour conduire à la découverte de preuves admissibles. ».

À certains égards, les systèmes de contentieux civil de l'Angleterre et d'autres pays de *Common Law* sont plus proches de celui des États-Unis. Cependant, des différences existent par rapport



au système américain en ce qui concerne la communication préalable au procès. Dans les pays de Common Law, dont l'Angleterre, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud et l'Inde, ce sont les avocats qui élaborent les preuves, et non le tribunal. Après les étapes préliminaires ou d'avant-procès, les preuves sont reçues dans ce qui est généralement un procès continu. (N. Subrin, 2002, P.309)

Toutefois, il est important de placer la communication préalable américaine dans une perspective plus large qui inclut la nature du gouvernement, la composition de la magistrature et du barreau, le droit constitutionnel à un jury, les méthodes de rémunération des avocats, l'idéologie et les croyances en matière de pouvoir, le degré de sécurité fourni par l'État-providence, les attitudes à l'égard de la réglementation gouvernementale et la place de la communication préalable dans le schéma procédural global. (N. Subrin)

Toutefois, la *Common Law* contient plusieurs règles qui limitent l'admission des preuves. Les principaux obstacles à la production de preuves documentaires sont : l'authenticité, la règle du oui-dire et la règle de la meilleure preuve. L'exigence d'authenticité comme condition préalable à l'admission d'une preuve est satisfaite, selon les dispositions de « **l'article 901** » des *Federal Rules of Evidence* américaines, par des preuves suffisantes pour soutenir une conclusion que la question en question est ce que son promoteur prétend. Selon les dispositions du même article, l'authenticité d'un document peut être prouvée de n'importe quelle manière, comme la vérification de l'écriture, ou le témoignage oral d'une personne qui a vu le document exécuté. L'admission de l'authenticité d'un document ne constitue pas une preuve de l'exactitude de son contenu et ne prive pas non plus une partie de la possibilité de s'opposer à son admissibilité en preuve. (Federal Rule Of Evidence 901 (b))

En vertu de la règle du "oui-dire" « *hearsay* », un témoin ne peut pas témoigner d'un fait dont il n'a pas une connaissance directe, par exemple la conversation d'autres personnes qu'il a entendue. Selon la règle de la meilleure preuve « *the best evidence* », la preuve doit constituer la meilleure preuve disponible. Dans le cas de documents écrits, le document original doit être présenté. (Pejovic, p. 833)

Fishing expedition : L'expression "expédition de pêche" « *Fishing expedition* », est largement utilisée dans la culture populaire et dans le droit. (G. Thornburg, 2006, p. 1)



Il n'y a pas - et il n'y a jamais eu - de norme définie de « *fishing expedition* » pour s'opposer aux demandes de communication préalable. Le terme est plutôt utilisé pour décrire les demandes de communication préalable qui visent à obtenir des documents ou des renseignements au-delà de ce qui est permis par les règles. Depuis l'adoption des règles, les tribunaux ont refusé d'autoriser les expéditions de pêche dans des domaines qui n'étaient pas pertinents pour les revendications ou les questions dans l'affaire dans laquelle les demandes ont été formulées. En outre, les tribunaux n'autorisent pas les expéditions de pêche lorsque l'auteur de la demande de communication préalable tente soit de forcer la partie défenderesse à développer sa propre cause, soit de développer des demandes spéculatives sans aucun fondement (M. Redgrave & S. Hiser, 2001, p.194)

Par ailleurs, selon G. Thornburg (2006), les tribunaux utilisent également la métaphore de la pêche comme « une fleur rhétorique » dans des affaires qui étaient destinées à être perdues de toute façon, soit en raison de faits peu glorieux, de pratiques juridiques ineptes ou d'un manque d'informations que le tribunal refuse de combler. Il est peu probable que la métaphore change l'issue des affaires très faibles, mais son association avec des litiges douteux ajoute une odeur de pourriture à toute expédition de pêche métaphorique. Ainsi, chaque fois que les plaideurs ou les tribunaux utilisent la métaphore, ils laissent entendre que le « pêcheur » agit de manière inappropriée ou inepte. Lorsque la métaphore est appliquée à toute une série d'affaires, elle crée et renforce une présomption d'irrégularité, obligeant les plaideurs dans toutes les affaires défavorisées à remonter le courant. (p.40)

En effet, les affaires qui présentent de graves problèmes sur le fond ou de sérieuses lacunes en matière de droit attirent les métaphores de la pêche. Parfois, les faits entourant la demande d'un plaignant sont si peu attrayants qu'il est surprenant qu'un avocat ait accepté l'affaire, en supposant que le tribunal ait raconté avec précision les forces et les faiblesses des demandes des parties. Dans d'autres cas, les avocats ont fait un si mauvais travail de plaidoirie qu'on se demande pourquoi ils n'ont pas abordé la communication préalable avec plus de diligence. Parfois, le refus des tribunaux d'autoriser la communication préalable rend l'affaire intenable, car sans les informations demandées, le plaignant n'a aucune preuve. Toutefois, selon la même auteure, le fait de qualifier ces affaires d' « expéditions de pêche » ne précipite probablement pas leur disparition, mais ajoute une connotation de mauvais comportement à tout ce qui est placé dans la catégorie des expéditions de pêche. Toutefois, la « *fishing expedition* » est inadmissible dans le système inquisitoire.

La déclaration des témoins : Il existe des différences importantes entre la *Common Law* et le droit civil en ce qui concerne la déposition des témoins. L'un des principes de base de la *Common Law* est le contre-interrogatoire « *The cross-examination* » des témoins, qui permet un examen approfondi de l'affaire. Les preuves orales ont un poids considérable et l'emportent généralement sur les preuves écrites. Dans un procès de *Common Law*, les témoins sont interrogés et contre-interrogés en présence du juge et du jury. Les motions et les objections sont souvent présentées oralement par les avocats, et le juge statue oralement sur celles-ci. (El Ahdab & Mainguy, 2021, p. 727)

Le contre-interrogatoire des témoins est pratiquement inconnu en droit civil. Cependant, dans certains pays de droit civil, l'avocat est autorisé à interroger directement le témoin, tandis que dans d'autres pays de droit civil, l'avocat peut seulement formuler des questions et demander au juge de les poser au témoin¹. Le juge a un droit discrétionnaire de décider de poser ou non les questions proposées. Le juge a également le pouvoir de poser d'autres questions que celles proposées par les parties, si cela est nécessaire pour établir la vérité. La pratique habituelle dans la plupart des pays de droit civil est que les témoignages ne sont pas enregistrés textuellement, mais que le juge dicte un résumé du témoignage dans le dossier avec ses propres mots. En *Common Law*, cette pratique serait considérée comme un déni de l'équité procédurale de base.

Une autre différence importante entre la *Common Law* et le droit civil, en ce qui concerne les témoignages, est ce qu'on appelle la « préparation des témoins » « *The preparation of witnesses* ». En *Common Law*, l'avocat « prépare » normalement ses témoins pour l'audience afin d'éviter les surprises pendant le procès et de s'assurer que les déclarations des témoins sont exactes. Toutefois, En droit civil, cette pratique comme il a été mentionné plus haut, est strictement interdite. Les avocats ne sont normalement pas autorisés à discuter des questions liées au procès avec les témoins en dehors du tribunal et peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires s'ils enfreignent cette règle.

Les experts judiciaires et témoins experts : Les tribunaux invitent souvent des experts dans certains domaines à témoigner sur les faits qui requièrent des connaissances très techniques, tels que des ingénieurs, des médecins, des comptables, experts en écriture, etc. Ils sont

¹ En ce qui concerne l'interrogatoire des témoins, « l'article 294 » du code japonais de procédure civile combine des éléments du droit civil et de la *Common Law* en prévoyant l'examen direct et le contre-interrogatoire des témoins sur demande du tribunal, en plus de l'examen par le tribunal, <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/2834/en>

considérés comme des témoins dont la tâche est de fournir au tribunal des informations relatives à un domaine spécialisé. Ils sont considérés comme des témoins dont la tâche est de fournir au tribunal des informations relatives à un domaine spécialisé.

En *Common Law*, les experts sont nommés et payés par les parties. Par conséquent, les experts sont généralement partiels et leur tâche consiste à soutenir la position de la partie qui les a nommés. Comme les autres témoins, ils sont interrogés et contre-interrogés par les avocats. (Pejovic, p. 834)

Conclusion :

De cette distinction procédurale, force est de constater que les systèmes accusatoire et inquisitoire présentent tous les deux des avantages et des inconvénients. Toutefois, nous sommes d'accord avec *Van Caenegem* sur le fait que les discussions sur la question de savoir lequel est meilleur que l'autre se concentrent presque invariablement sur un seul aspect de chaque système, plutôt que sur une évaluation équilibrée du système dans son ensemble, et sont donc trompeuses et inutiles. (Van Caenegem, 1999, p. 71)

Toutefois, en matière d'arbitrage international, si le résultat substantiel n'est pas généralement pas fondé sur des attentes culturelles, la procédure l'est. Le droit substantiel et même les normes de base diffèrent non seulement d'une culture à l'autre, mais aussi d'un pays à l'autre (Pair. J.D, p.60). D'où le clivage Civil Law/ Common Law et qui se fait plus flagrant comme on l'a vu, en matière de preuve et qui reflète l'une des lacunes les plus importantes en la matière. En réponse à ce problème, certains instruments de soft Law procédurale ont été élaborés dont les Lignes Directrices de l'IBA² sur l'administration de la preuve sont les plus connues et qui ont d'ailleurs réussi avec succès, à combler cette lacune et jeter le pont entre les deux systèmes juridiques. Par ailleurs, les Règles de *Prague*³ qui sont un autre instrument de

² Les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve sont conçues pour être disponibles pour une application en tant que règles contraignantes par les parties ou par le tribunal arbitral, à leur discrétion. C'est ce qu'indique « l'article 1.1 » aux termes suivants : « *Lorsque les Parties ont prévu, ou que le Tribunal Arbitral a décidé, d'appliquer les Règles IBA sur la preuve, les Règles régissent l'administration de la preuve, sauf si une ou plusieurs des dispositions spécifiques qu'elles contiennent entrent en conflit avec une disposition impérative du droit applicable choisi par les Parties ou que le Tribunal Arbitral estime applicable.* », [2010-IBA-Rules-on-Taking-Evidence-in-Int-Arbitration.pdf \(acerislaw.com\)](https://www.acerislaw.com/2010-IBA-Rules-on-Taking-Evidence-in-Int-Arbitration.pdf)

³ Comme il est indiqué dans la note du groupe de travail des Règles de Prague, « L'idée principale qui sous-tend les Règles de Prague, est de rendre la procédure arbitrale plus efficace et ce en encourageant les tribunaux à jouer un rôle plus actif dans la gestion de la procédure comme c'est traditionnellement le cas dans de nombreux pays de droit civil ». Ainsi, Par ailleurs, les parties et les tribunaux arbitraux peuvent se mettre d'accord sur l'application impérative des *Règles de Prague* ou s'en servir comme principes directeurs pour toute la procédure ou pour seulement une partie de la procédure. Il est également possible d'exclure l'application d'une partie quelconque des *Règles de Prague* ou de décider de n'en appliquer qu'une partie spécifique. Ainsi, selon le



soft Law procédural qui ont été élaborées pour la même fin suite aux appels en faveur d'une alternative aux règles de preuve de l'IBA qui favorisent ce mouvement d' « américanisation » des procédures arbitrales qui en résulte par conséquent, des arbitres passifs responsables de l'augmentation constante du temps et du coût de l'arbitrage. Toutefois, ces derniers n'ont pas réussi jusqu'ici à atteindre le même degré de succès que les Règles de l'IBA probablement en raison de leur nature inquisitoire. Néanmoins, nous pensons que ces dernières ont parvenu à diversifier le champ de la « *soft Law* » quant à la réglementation de l'administration de la preuve en arbitrage international. Et nous pensons ainsi, qu'elles pourraient bien contribuer à rappeler à la communauté arbitrale qu'une approche plus inquisitoire impliquant une production limitée de documents et de témoignages auraient des bénéfices sur la procédure arbitrale et ce en ralentissant cette fièvre actuelle de production de documents en paquets, et en incitant par ailleurs, les arbitres à jouer un rôle plus actif dans l'obtention de preuves au lieu de l'approche passive répandue à cause de l'influence des traditions de *Common Law*.

préambule de ces dernières, « *les tribunaux arbitraux et les parties peuvent également modifier les dispositions des Règles de Prague en tenant compte des circonstances particulières de l'affaire* », <https://praguerules.com/upload/medialibrary/c94/c94e4e931e6eb75017d82e6ab26b1712.pdf>

Bibliographie :

- **Ainsworth, J. (2017)**. Procedural Justice and the Discursive Construction of Narratives at Trial. *Lingue Culture Mediazioni - Languages Cultures Mediation (LCM Journal)*, 4(1). <https://doi.org/10.7358/lcm-2017-001-ains>
- **C. Hazard Jr, G. (1998)**. From Whom No Secrets Are Hid. *Texas Law Review*, (76), 1665. https://repository.uclawsf.edu/faculty_scholarship/965
- **Contributeurs aux projets Wikimedia**. (2005, 20 juillet). **Procédure inquisitoire** Wikipédia. Wikipédia, l'encyclopédie libre. https://fr.wikipedia.org/wiki/Procédure_inquisitoire, consulté le 23/7/2024.
- **Dasser, F. (2021)**. *Soft law in international commercial arbitration*. BRILL.
- **El Ahdab, J. & Mainguy, D. (2021)**. *Droit de l'arbitrage : théorie et pratique*. LexisNexis.
- **Finegan, S. (2009)**. Pro Se Criminal Trials and the Merging of Inquisitorial and Adversarial Systems of Justice. *Catholic University Law Review*, 58(2), p. 466.
- **Goldstein, A.S. (1974)**. Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure. *Stanford Law Review*, 5(26), 1009. DOI: <https://doi.org/stable/1227689> consulté le 23/9/2023.
- **G. Thornburg, E. (2006)**. Just Say "No Fishing": The Lure of Metaphor. *Michigan Journal Law Reform*, 40 (1): 1-57.
- **Jeuland, E. (2005)**. Preuve judiciaire et culture française. *Droit et cultures*, 50 | 2005-2, mis en ligne le 06 juillet 2009, URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/1151> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/droitcultures.1151>; consulté le 23/9/2023.
- **Kaplan, B., Von Mehren, A. T., & Schaefer, R. (1958)**. Phases of German Civil Procedure II. *Harvard Law Review*, 71(8), 1443. <https://doi.org/10.2307/1337922>; consulté le 23/9/2023.
- **Langer, M. (2014)**. La portée des catégories accusatoire et inquisitoire. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, N° 4(4), 707. <https://doi.org/10.3917/rsc.1404.0707>, consulté le 23/9/2023.
- **Damaška, M. R. (1986)**. *The Faces of Justice and State Authority : A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press.
- **La preuve. (2017-2018)**. Dans *Lexique Des Termes Juridiques*. Lefebvre Dalloz.



- **Marcus, M. (1992).** Above the Fray or Into the Breach: The Judge's Role in New York's Adversarial System of Justice. Brooklyn Law Review, 57 (4), 1193. <https://brooklaw.edu/blr/vol57/iss4/4> consulté le 23/9/2023.
- **M. Redgrave, J. & S. Hiser, T. (2001).** The Information Age, PART I: Fishing In The Ocean, A Critical Examination Of Discovery In The Electronic Age. THE SEDONA CONFERENCE JOURNAL, (2), 195. thesedonaconference.org consulté le 23/9/2023.
- **N. Subrin, S. (2002).** Discovery in Global Perspective: Are We Nuts? DePaul Law Review, 52 (2), Article 4, 299. <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol52/iss2/4>, consulté le 23/9/2023.
- **Pair, L. M. (2002).** Cross-Cultural Arbitration : Do The Differences Between Cultures Still Influence International Commercial Arbitration Despite Harmonization ? ILSA Journal of International & Comparative Law, 9(1), Article 2. <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol9/iss1/2>, consulté le: 23/9/2023.
- **Pejovic, C. (2001).** Civil Law and Common Law : Two Different Paths Leading to the Same Goal. Victoria University of Wellington Law Review, 32(3), 817. <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v32i3.5873>, consulté le : 23/9/2023.
- **Singh, S. (2022).** Adversarial Role of Magistrate in Common Law Countries. International Journal Of Law Management & Humanities, 5 (3), p.1038, DOI: <https://doi.org/10.1000/IJLMH.113150>, consulté le 24/9/2023.
- **Teacher, Law. (November 2013).** Adversarial and Inquisitorial Systems of Justice. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/criminal-law/adversarial-and-inquisitorial-systems-of-justice.php?vref=1>
- **Van Caenegem, W. (1999).** Advantages and disadvantages of the adversarial system in criminal proceedings. Bond University publications.

Textes Juridiques :

- The American Federal Rules Of Civil Procedure, disponible sur : https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_december_1_2022_0.pdf
- Le code japonais de la procédure civile traduit en anglais, disponible sur : <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/2834/en>
- Les Lignes Directrices De l'IBA sur l'administration de la preuve, 2010, Disponible sur :



[2010-IBA-Rules-on-Taking-Evidence-in-Int-Arbitration.pdf \(acerislaw.com\)](#)

- Les Règles De Prague sur l'administration de la preuve, 2018, Disponible sur :

<https://praguerules.com/upload/medialibrary/c94/c94e4e931e6eb75017d82e6ab26b1712.pdf>

Jurisprudence :

- **Joan Vs National Coal Board**, Court of Appeal, 17 avril 1957, EWCA Civ J0325-3 (England & Wales). <https://swarb.co.uk/jones-v-national-coal-board-ca-17-apr-1957/>