



HAL
open science

Rapport de synthèse : Droit substantiel et droit processuel : influences croisées

Benjamin Ferrari

► **To cite this version:**

Benjamin Ferrari. Rapport de synthèse : Droit substantiel et droit processuel : influences croisées.
Revue Lexsociété, 2022, 10.61953/lex.3206 . hal-03688093

HAL Id: hal-03688093

<https://hal.science/hal-03688093>

Submitted on 3 Jun 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Rapport de synthèse : Droit substantiel et droit processuel : influences croisées

in C. CHAPELLE et E. OLIVERO (dir.), Th. GOUJON-BETHAN (coord.), *Droit substantiel et droit processuel : influences croisées*, Université Côte d'Azur, 2021

BENJAMIN FERRARI

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
Membre du Centre de recherche interdisciplinaire en sciences de la société
Université Polytechnique Hauts-De-France*

Résumé : Les interventions réunies pour ce colloque démontrent une convergence des droits « substantiel et processuel » vers des objectifs communs. Ce constat ne surprend guère, puisque ce mouvement repose, en réalité, sur celui plus général de la « fondamentalisation » du droit. Dans ce contexte, la matière processuelle protège, d'une part, les droits des personnes et constitue, d'autre part, la garantie de l'effectivité des règles et de reconnaissance des droits substantiels.

Mots-clés : Droit substantiel; Droit processuel; Vulnérabilité; Efficacité; Proportionnalité

1. Poser la question de l'influence croisée des droits substantiels et processuels — thème choisi pour la sixième édition du colloque des doctorants du Centre de recherche en droit des procédures¹ — était pour le moins audacieux². De l'audace, il en fallait, car au vrai, la thématique est de celle pour lesquelles le chercheur peut éprouver une sensation de vertige. En effet, l'immensité du sujet a de quoi faire frémir, puisqu'*a priori* n'importe quelle norme relève soit d'un droit substantiel soit d'un droit processuel. Partant, en exagérant volontairement le propos, doit-on au moment d'entamer ce rapport de clôture, tenter de synthétiser — péniblement — l'état de toute la matière juridique ?

2. Nous forçons là sciemment le trait et assurément, la réponse à cette interrogation est négative. Quand bien même le sujet revêt les traits d'une montagne dont on peine à apercevoir le sommet, son ascension est néanmoins permise.

3. Revenons quelques années en arrière : nous voilà dans l'un de nos premiers amphithéâtres et face à l'un de nos premiers enseignants. Le Professeur consacre un pan de ses développements aux différentes distinctions possibles du droit : il y parle de droit privé et de droit public; il évoque encore le droit interne et le droit international; il souligne surtout la différence entre droit substantiel et droit processuel. À ce propos, une phrase nous avait marqués : *l'action* — entendue comme étant l'action en justice — *ne serait que le droit subjectif à l'état de guerre*³.

4. Retournons au présent et constatons que cette vision, dénigrante pour la procédure, en ce qu'elle serait réduite au rôle de « servante » neutre du droit substantiel, n'est plus ! Aujourd'hui, la procédure est « au pinacle et rien ne

¹ Nous remercions chaleureusement le CERDP (EA n° 1201) pour leur invitation et, plus particulièrement, notre collègue et ami le Professeur THIBAUT GOUJON-BETHAN d'avoir pensé à nous pour la tenue de ce rapport.

² Le style oral de l'intervention a été conservé.

³ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, n° 338 – P. CUCHE et J. VINCENT, *Précis de procédure civile*, Dalloz, 1960, 12^e éd., n° 9 à 11 – H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, *Introduction, Notions fondamentales*, Sirey, 1961, n° 15, p. 21

serait plus grands, plus nobles, plus dignes d'être exportés que l'accès au juge et les droits de la défense »⁴. Pour le dire autrement, l'essentiel aurait glissé du droit substantiel au droit processuel et à un auteur d'affirmer que « la procédure n'est plus l'intendante transparente des prérogatives substantielles des personnes »⁵, c'est le socle vanté du système juridique (...) »⁶.

5. Qu'en est-il de ce rapport de force entre droit substantiel et processuel à l'aune des interventions de cette journée d'étude? Bien que cela n'ait pas été dit directement, nous avons relevé en filigrane les deux tendances qui innervent le rapport « droit substantiel / droit processuel ». Ainsi a-t-il été montré, de façon classique, que la matière processuelle s'adaptait aux droits substantiels mis en œuvre. Au contraire, il a également été énoncé que, sous un certain angle, la matière processuelle imposait ses propres limites aux droits substantiels. Or, si nous affirmions que le choix du sujet était marqué du sceau de l'audace, la façon de le traiter revêt, quant à elle, les habits de l'originalité! Originale, car et aussi surprenant que cela puisse paraître, l'étude du combat d'influence entre les droits nous intéressant ne se retrouve pas immédiatement au sein des interventions jalonnant ce colloque. Et c'est heureux! Ce parti pris met en exergue une nouvelle façon de penser le sujet comme si son centre de gravité s'était déplacé d'un point à un autre.

6. Au fond, comme l'exprimait HAYEK, de temps en temps, il faut sans doute prendre du recul vis-à-vis des arguments techniques pour se demander, simplement, qu'est-ce que tout cela ? Par leurs interventions, les participants ont montré que le temps n'était peut-être plus à régler uniquement les questions de lutte de pouvoir entre droits substantiel et processuel, car aujourd'hui,

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », *in* *procédure(s) et effectivité des droits*, actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002 organisé à la Faculté de droit de Strasbourg, Bruylant, coll. Droit et Justice, t. 49, p. 1 s.

⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », *préc.*, n° 1.

⁷ F. HAYEK, *Economics and knowledge*, *Economica*, vol. IV, 1937, p. 54 : "From time to time, it is probably necessary to detach one's self from technicalities of the argument and to ask quite naively what it is all about".

l'étude des interactions entre ces droits imposerait de raisonner davantage en termes de finalités.

7. De cette supposition, un constat est apparu : l'influence croisée, supposée au départ de l'analyse, se mue, en réalité, en une certaine convergence des droits vers des objectifs communs. Surtout, cette convergence est loin d'être anodine. Elle provient d'une lame de fond présente au sein de chaque matière se matérialisant par les exigences relatives au respect des droits fondamentaux. Pour s'en convaincre, chacune des interventions nous a montré que dans certaines hypothèses les droits fondamentaux constituaient une limite à ne pas dépasser, tandis que dans d'autres, ils étaient forces de proposition, voire moteurs de réformes influant tant sur les droits substantiels que sur le droit processuel.

8. Finalement, c'est donc dire que nous assistons, en premier lieu, à la convergence des droits (I), laquelle repose, en second lieu, sur la fondamentalisation du droit (II).

I. La convergence des droits

9. Un regard intuitif sur les différentes interventions fait apparaître un constat qui peut sembler décevant pour le chercheur en quête d'innovation : la matière processuelle demeure la servante des droits substantiels. Cela étant, prenons garde à ce jugement hâtif ! Certes, le rôle d'intendante de la matière processuelle existe toujours, mais il a été démontré que l'essentiel n'était plus là. En effet, le caractère d'intendance de la procédure ne constitue pas (ou plus) une servitude neutre par rapport aux droits substantiels. En réalité, l'interaction entre ces droits est guidée par la recherche de certaines finalités. Plus précisément, si l'on peut constater que les droits substantiels et processuels convergent vers des objectifs communs, c'est que les différentes branches du droit évoquées lors de cette journée se rejoignent sur deux idées : d'une part, il s'agit de protéger les

situations de vulnérabilité par le droit (A) et, d'autre part, il faut garantir l'efficacité de la réalisation du droit (B).

A. Protéger les situations de vulnérabilité par le droit

10. Les droits substantiel et processuel se rejoindraient donc autour d'un premier objectif commun se matérialisant par la protection de celui qui est faible. Au vrai, il n'y a rien d'étonnant à cela, puisque comme l'indiquait DEMOGUE, « le droit apparaît comme une chose infiniment belle, comme étant en quelque sorte la communion, le terrain de rapprochement de ceux qui peuvent souffrir. Le droit apparaît comme un immense syndicat de lutte contre les souffrances, entre tous les êtres qui sont pitoyables, parce qu'il peut leur être fait du mal (...) bien qu'ils soient souvent par la force même des choses, les artisans de leurs propres malheurs (...)»⁸. La liste de ces « artisans » n'est d'ailleurs pas exhaustive et pour n'en citer que quelques-uns, nous retrouvons « l'enfant, le vieillard, le malade, le handicapé, l'idiot, le pauvre type, le fou, l'exclu social, le clochard, l'alcoolique (et) le drogué (...)»⁹. En bref, autant de situations susceptibles de faire naître une association étroite entre le substantiel et le processuel!

11. Cette convergence des matières donne un sens particulier à l'influence « ordinaire » du droit substantiel sur le droit processuel où le premier devient vecteur des logiques innervant le second. L'exemple le plus prégnant à cet égard est à rechercher dans la force conférée au concept d'intérêt supérieur de l'enfant.

12. Cette notion, d'ordre substantiel, dicte sa logique à une réforme d'ampleur matérialisée par l'avènement en droit positif du Code de la justice pénale des mineurs¹⁰. Or, il nous a été exposé qu'afin de protéger la notion cadre d'intérêt supérieur de l'enfant, les règles de procédure ont été simplifiées et les mesures

⁸ R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences », *RTD. civ.* 1909. 611.

⁹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 10^e éd., 2018, n°493.

¹⁰ Sur la question : E. GALLARDO, « Les apports du code de la justice pénale des mineurs », *Gaz. Pal.*, 28 sept. 2021, n° 42614, p. 11

probatoires renforcées. D'une façon plus générale encore, l'intérêt supérieur de l'enfant permettrait de justifier chacun des choix procéduraux en la matière.

13. Las, nous savons qu'un exemple ne suffit pas à transformer une idée en un principe. Au vrai, le rayonnement de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant serait même peut-être dû à son fameux aspect « magique » mis en exergue par le doyen CARBONNIER¹¹. Pourtant, l'idée d'une convergence des droits vers un objectif de protection des situations de vulnérabilité nous semble devoir être affirmée au regard d'autres enseignements tirés des échanges du jour. Par exemple, lorsqu'était évoqué le mouvement de *processualisation du droit des contrats*, le rôle accru du juge en la matière n'a qu'un but. Si le magistrat peut intervenir dans la sphère contractuelle, c'est bien pour protéger la partie présumée faible. Nous constatons ici l'immixtion du processuel dans une sphère substantielle où le juge a pourtant la réputation d'être « l'ennemi contractuel numéro 1 »¹².

14. Cette première étape de notre synthèse s'articule donc autour de la personne, car il s'agit du sujet de la protection. Mais plus encore, s'il faut préserver les situations de vulnérabilité par la règle de droit, encore faut-il que cette règle soit appliquée dans les meilleurs délais. Nous voyons ici poindre un autre aspect du sujet : le temps. Précisément, il s'agit du temps qui sépare la souffrance de l'absence de droit et la restauration de celui-ci¹³. Mais quel est alors « le bon temps » ? Intuitivement, nous répondrions le temps nécessaire. Ceci est exact, mais il s'agit plus précisément du temps efficace, d'où le second objectif de la convergence des droits substantiel et processuel : garantir l'efficacité de la réalisation du droit.

B. Garantir l'efficacité de la réalisation du droit

¹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, la famille, l'enfant, le couple*, T. 2, PUF, 21^e éd., 2002, p. 85

¹² Selon l'expression critique employée couramment par le Professeur D. MAZEAUD.

¹³ M.-A. FRISON-ROCHE, *préc.*, n° 18.

15. Nous partons ici d'un postulat célèbre : la procédure est le chemin d'effectivité des règles et de reconnaissance des droits¹⁴. Or, c'est ici vérifier que l'essentiel est dans la concrétisation des droits et non dans leurs attributions. Concédonsons qu'il n'y a rien d'innovant à dire cela, car c'est ce qu'affirmait déjà MOTULSKY au sein de sa thèse¹⁵. Toujours est-il que la finalité de la réalisation de la règle de droit semble transcender les matières substantielles et processuelles.

16. L'efficacité est devenue le maître mot de la mise en œuvre des droits substantiels au moyen de la matière processuelle. Posons-nous la question : quel droit de nature processuelle ne tend pas à l'efficacité ? Nous pensons, peut-être, au droit de se taire sans que le juge puisse y voir un aveu, mais hormis cette hypothèse, la procédure est efficacité¹⁶. C'est, en tous les cas, ce que l'on a pu vérifier, grâce aux interventions portant sur les mouvements de contractualisation de la justice ou du procès. En outre, l'idée d'une recherche d'efficacité est encore plus prégnante, lorsque l'on voit la manière dont certains circuits procéduraux s'adaptent à la matière contractuelle.

17. D'une façon, peut-être, plus surprenante, nous nous sommes également aperçus que l'efficacité était susceptible d'impliquer un effacement de la procédure. L'idée étant que si l'on peut faire l'économie d'un jugement et que l'objectif de retour à la paix sociale peut tout de même être rempli, alors la procédure s'arrête. Cet autre versant de l'objectif de réalisation efficace de la règle de droit est visible au sein de la philosophie même du développement des modes amiables de résolution des différends. Il nous a été démontré que ces derniers sont fondés sur l'efficacité et, plus spécialement, sur la volonté d'accélérer le traitement des litiges. D'une manière encore plus spectaculaire, c'est encore l'émergence des concepts liés à la justice restaurative qui montre à quel point les concepts de droit substantiel et processuel sont perméables et

¹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *préc.*, n° 18.

¹⁵ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002.

¹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *préc.*, n° 18.

malléables, et ce, dans un seul but : la recherche de la pleine efficacité de la réalisation du droit.

18. Pour sortir quelque peu du cadre des seules interventions de cette journée, il nous semble que plusieurs autres exemples peuvent illustrer le propos. Le premier se situe dans la matière de la procédure civile. La généralisation de l'exécution provisoire des décisions de première instance tient ¹⁷, en partie, de l'idée simpliste que les droits des personnes sont mieux concrétisés par une exécution immédiate du jugement les intéressant que par une exécution reportée. Dans la même veine, le droit des entreprises en difficulté — matière substantiellement procédurale ou procéduralement substantielle, c'est selon ! — est un témoin privilégié de cette recherche d'efficacité. Ce faisant, les règles les plus classiques de la procédure civile sont parfois bouleversées par le droit de la faillite, et ce, afin de servir un seul objectif : le traitement efficace des difficultés de l'entreprise.

19. À ce stade, procédons à un point d'étape : protéger la vulnérabilité par le droit, d'un côté, et de l'autre, garantir l'efficacité de la réalisation du droit. Voici les deux points de convergence entre droits substantiel et processuel qui apparaissent à l'issue de ce colloque. En allant plus avant dans l'analyse, il faut se demander si ces mouvements n'auraient pas une source unique. Or, à cette question, nos intervenants ont mis en lumière le rôle moteur des droits fondamentaux, parfois, ou, au contraire, leur rôle de barrière à la réalisation de certains droits. Par conséquent, si nous constatons une convergence des droits, le fil directeur de ce mouvement se situe dans la fondamentalisation du droit.

II. La fondamentalisation du droit

20. Lorsque nous évoquons le mouvement de fondamentalisation du droit, il s'agit de constater l'influence des droits fondamentaux sur le sujet qui nous

¹⁷ Sur la question : J. PELLERIN, « La généralisation de l'exécution provisoire de droit », *Gaz. Pal.*, 28 janv. 2020, n° 369g9, p. 85

intéresse. Or, les interventions ont montré qu'il s'agissait d'une véritable lame de fond bouleversant la relation « droit substantiel / droit processuel », puisqu'elle justifie la réunion de ces droits vers des objectifs communs. Ce propos se vérifie, puisque nous nous sommes aperçus que, d'une part, les droits fondamentaux sont vecteurs de protection (A) et qu'ils sont, d'autre part, la mesure de l'efficacité de la réalisation de la règle de droit (B).

A. Les droits fondamentaux comme vecteur de protection

21. Le premier point ayant retenu notre attention s'articulait autour de l'idée selon laquelle les droits substantiel et processuel convergeaient vers l'objectif de protection des situations de vulnérabilité. Cela étant, derrière ce constat, se cache, en vérité, l'influence des droits fondamentaux.

22. Il a été souligné que l'un des objectifs premiers de l'introduction en droit positif d'un code de justice pénale des mineurs était le traitement de la délinquance des mineurs dans le temps afin d'aboutir à une réduction de celui-ci. Or, s'il a été relevé à juste titre que le procédé répondait à l'impératif de préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant, cette idée repose, en réalité, sur le droit à l'accès au juge et sur le droit à être jugé dans un délai raisonnable, notamment garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

23. De la même façon, nous avons appris que le dispositif légal concernant le statut pénal des majeurs protégés était régulièrement sujet à des critiques provenant soit du Conseil constitutionnel soit de la Cour de cassation. Or, si des critiques en la matière peuvent être formulées, c'est que les règles actuelles ne permettent pas d'endiguer de façon concrète le risque d'atteinte aux droits fondamentaux du majeur protégé. Il a même été souligné que les droits fondamentaux pourraient être des moteurs de réforme en la matière. Ainsi, au-delà de l'influence concrète des droits fondamentaux sur les droits

substantiel et processuel, il y a là un bel exemple démontrant que cette influence ne peut être également que latente et force de proposition.

24. Plus généralement, grâce à ce dernier élément, nous voyons que l'influence des droits fondamentaux sur nos droits substantiels et processuels est protéiforme. À ce propos, s'il était ici question de montrer que les droits fondamentaux se présentaient comme vecteurs de l'objectif de protection, certaines des interventions de cette journée ont mis en lumière un autre aspect : les droits fondamentaux constitueraient également la mesure de l'efficacité de la réalisation du droit.

B. Les droits fondamentaux comme mesure de l'efficacité

25. Avant d'achever ce rapport, un dernier trait de la fondamentalisation du droit se doit d'être relevé. Les droits fondamentaux se présenteraient comme la mesure de l'efficacité de la règle de droit. En effet, si l'on a constaté au cours de ce colloque une convergence des droits substantiel et processuel tendant notamment à garantir l'efficacité des règles, les droits fondamentaux ne sauraient être sacrifiés sur cet autel.

26. C'est en tous les cas ce constat qui a justifié l'angle d'approche de certaines des interventions de ce jour, car s'interroger sur le couple « droits fondamentaux / modes de résolution amiable des différends » supposait de se demander, préalablement, si ces modes de résolution des conflits ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit à l'accès au juge. Or, il nous a été dit, justement, que si les droits fondamentaux pouvaient constituer une limite au traitement amiable des litiges, cette dernière était seulement apparente.

27. Toutefois, ce propos témoigne de ce que les droits fondamentaux constituent effectivement la mesure de l'efficacité prônée. Il s'agirait en quelque sorte d'un filtre permettant de vérifier la légitimité du résultat attendu par la mise en œuvre de la règle de droit.

28. En s'éloignant du cadre des interventions, relevons que cette réserve est particulièrement prégnante au sein de certaines matières. Tel est par exemple le

cas en droit économique. En ce domaine, nous savons que la production de la norme et la sanction de sa violation passent par la régulation. Or, les entités en charge de cette régulation, comme peuvent l'être l'Autorité des marchés financiers ou encore l'Autorité de la concurrence, placent l'efficacité au cœur de leur fonctionnement et de leur raison d'être. Pourtant, elles n'en demeurent pas moins soumises aux exigences relatives aux droits fondamentaux du procès, comme peut l'être, par exemple, l'application du principe pénal *non bis in idem*. Dans la même veine, les mesures prises en droit des entreprises en difficulté, qui, au départ, semblent justifiées par l'objectif de sauvegarde ou de redressement de l'activité, sont parfois censurées par les plus hautes juridictions en raison de la violation d'un droit fondamental, et particulièrement, sous couvert de la violation du droit à l'accès au juge.

29. En définitive, notre propos était de constater, grâce aux interventions, une certaine convergence des droits substantiel et processuel vers des objectifs communs. Rien d'étonnant à ce constat, car cette convergence repose, en réalité, sur le mouvement plus général de fondamentalisation du droit. Dans ce contexte, la matière processuelle, puisqu'il s'agit de sa raison d'être, protège les droits des personnes. Pour autant, il ne faut pas renoncer à y voir de l'intendance par rapport aux droits substantiels dont la mise en œuvre est envisagée. Nous avons vu, en effet, que le droit processuel constituait un chemin d'effectivité des règles et, partant, de reconnaissance des droits substantiels. Humblement, tentons alors une réconciliation en entonnant un slogan : *Protéger et garantir et que vive le droit substantiel! Protéger et garantir et que vive le droit processuel!*