

Pour le droit processuel.

L'enseignement du droit processuel, dont le doyen Henri Vizioz suggéra la dénomination (1), fut instauré en 1968. Il se définit comme la description synthétique et comparée des règles de procédure, applicables aux différents contentieux, civil, administratif, pénal, disciplinaire, communautaire, etc. Mais cet enseignement n'a pas perduré dans toutes les Universités au sein desquelles il avait été organisé. L'ouvrage d'Henri Motulsky (2), à l'inspiration duquel cet enseignement avait été créé, s'il eut des prédécesseurs (3), n'a pas eu d'imitateur, même s'il a inspiré des ouvrages (4), colloques et articles (5), dont un fameux démontrait l'existence d'un « ordre juridique processuel » (6). La matière est donc encore vivante mais ne jouit pas de la diffusion académique à laquelle elle était destinée.

Or, cela est très dommage. Outre l'intérêt théorique de la matière, qui a toujours été bien perçue, l'utilité d'applications pratiques du droit processuel sont de plus en plus évidentes : que l'on songe aux nouveaux contentieux qui se développent devant les autorités indépendantes apparues depuis 1968 qui suscitent des problèmes procéduraux complexes et sans précédent pour lesquels le droit processuel serait, faute de texte *ad hoc*, un précieux outil (7).

L'affirmation novatrice d'où est né le droit processuel, à savoir l'indépendance des règles procédurales par rapport aux normes substantielles, est maintenant communément admise. On n'en tire pourtant pas toujours les conséquences. La raison en est que la méthode convenable — le comparatisme — est ardue. De là résulte que les règles communes aux différentes procédures ne sont pas aussi bien dégagées qu'elles pourraient et devraient l'être, regroupées dans un ensemble autonome, propre à combler les lacunes des procédures particulières.

(1) In J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *La justice et ses institutions*, Précis Dalloz, 3^e éd., 1991, n° 2, p. 2.

(2) *Droit processuel*, Les Cours du droit, 1973.

(3) V. par exemple, H. Lalou, *Le Code de procédure civile et la procédure pénale*, D. 1951. Chron. 33 ; C. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, contribution à l'étude de l'instance*, thèse, 1962 ; R. Chapus, *De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile*, EDCE 1977-78, n° 29.

(4) Cf. par exemple, R. Martin, *Théorie générale du procès (droit processuel)*, 1984 ; M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire, étude de droit processuel*, thèse Paris II, 1988.

(5) V. par exemple, P. Estoup, *Informatique, droit processuel et professions judiciaires*, JCP 1988.I.3368.

(6) G. Rouhette, *L'ordre juridique processuel, Réflexion sur le droit du procès*, Mélanges P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 687 s.

(7) J. Revuz et P. de Fontbressin, *Réflexions sur l'affaire des Galeries Lafayette : principes de droit boursier et principes fondamentaux du procès et du droit des obligations*, Gaz. Pal. 1991.2. Doctr. 791. — Cf., notamment, les difficultés liées au choix de la compétence en matière de responsabilité de l'État à l'occasion des agissements de la COB, T. confl. 22 juin 1992, *Compagnie diamantaire d'Anvers*, D. 1992.IR.217 ; *Rev. dr. bancaire et bourse* 1992.210.

I. — L'autonomie du droit processuel.

L'autonomie du droit processuel s'observe à deux points de vue : par rapport aux règles substantielles et par rapport aux droits procéduraux particuliers.

Plus personne n'ose affirmer sans nuance que l'action n'est que le droit subjectif à l'état de guerre (8). L'action est un droit d'ordre processuel, autonome du droit substantiel (9). On sera d'ailleurs sensible au fait que, auteurs de droit processuel avant la lettre, ce furent des spécialistes de droit public qui dégagèrent l'action du droit mis en œuvre, y compris en matière civile (10). Certes, le plus souvent, le droit d'action conforte l'effectivité du droit substantiel. Mais, d'une part, cette alliance de circonstance peut être défaite, lorsque l'action s'éteint alors que le droit perdure, par le jeu notamment de la prescription. Plus profondément et d'autre part, on connaît des droits d'action qui ne correspondent à aucun droit subjectif, tels ceux détenus par le ministère public ou par des groupements qui agissent dans un intérêt collectif, particulièrement devant les juridictions administratives (11).

Si l'on vient à examiner les règles de l'instance, du jugement ou des voies de recours, l'indépendance de la procédure par rapport au fond est encore plus évidente et moins controversée. La computation de délais, les modes de notification des actes, l'exercice des voies de recours sont peut-être variés, mais ne doivent que peu au droit substantiel en cause.

L'organisation des enseignements dans l'Université, qui distingue les procédures, suivant qu'elles sont civile, pénale ou administrative, et les lie ainsi au droit substantiel correspondant, masque cette indépendance naturelle. Il ne s'agit pourtant pas de nier les rapports entretenus entre le fond et la forme des différentes branches ni de négliger les ambitions professionnelles de l'enseignement (12). Ainsi, la procédure pénale est le lieu naturel du droit pénal qui ne se réalise qu'à travers le procès ; de la même façon, historiquement, le droit administratif s'est construit d'une façon prétorienne et reste imprégné de règles proprement procédurales. Mais, pour les raisons déjà énoncées, subsiste une indépendance de nature qui permet la mise au jour de règles procédurales communes, alors même que les matières substantielles restent distinctes. Ces différences peuvent même être utilisées pour la construction du droit processuel qui les justifiera ou en révélera les faiblesses.

Le droit processuel ne peut être la compilation de toutes les règles procédurales, mais la découverte de leur signi-

(8) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, n° 338 ; P. Cuche et J. Vincent, *Précis de procédure civile*, Dalloz, 12^e éd., n°s 9 à 11.

(9) H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif en question*, Archives de Philosophie du droit, 1964, p. 215 s.

(10) Cf. par exemple, H. Vizioz, *Études de procédure*, éd. Bière, 1956, p. 127 s.

(11) R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Précis Domat-Montchrestien, 3^e éd., 1991, n°s 445 s., p. 307 s. — V. par exemple, les art. L. 121-8, L. 160-1 et R. 143-4 c. urb.

(12) J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 22^e éd., Précis Dalloz, 1991, n° 4-2, p. 5 s.

fication commune. Une telle somme serait tout à la fois ennuyeuse, inutile et titanique : que l'on songe à une énumération de tous les délais de procédure mis bout à bout...

Le droit processuel n'est pas non plus pure invention, matière académique, car il doit se nourrir des phénomènes observés dans les procès particuliers. Comment dès lors concilier cette diversité nécessaire des sources et cette autonomie de nature ?

L'objet du droit processuel est précisément d'opérer une distinction entre ce qui, dans la diversité des procédures, est contingent, héritage historique ou fruit des circonstances, voire de routine et de hasard, et ce qui constitue l'essence du contentieux. Cette distinction est malaisée, et heureusement servie par la méthode inhérente au droit processuel : le comparatisme.

II. — La méthode propre à la discipline.

Le droit processuel illustre, d'une façon unique jusqu'à présent, la méthode du droit comparé interne. Cette méthode s'éloigne du droit comparé, communément entendu, en ce que ce dernier s'attache à mesurer les parentés et les oppositions entre systèmes de droit autonomes, parce que nés dans des pays différents (13). Cela ne va pas sans des difficultés pratiques qui ont rebuté bien des juristes, notamment la connaissance de plusieurs langues et la nécessité de déplacements parfois lointains.

Le droit processuel se détacherait du droit comparé commun en ce qu'il borne son champ de comparaison aux limites de notre droit français. Il serait aussi plus facile à mener, puisque la langue est commune aux différentes branches. L'absence, à première vue, de ruptures, voire de fossés, rendrait l'étude certes plus aisée mais aussi sans doute moins fructueuse.

On doit au contraire affirmer que le droit comparé interne garde les vertus mais aussi les difficultés du droit comparé commun. En effet, le droit processuel permet à l'observateur, qui unit souvent les procédures dans la même enveloppe technique, de prendre conscience que chacune des procédures constitue un système autonome de pensée, de vocabulaire et, en conséquence, de règles. Dès lors, l'existence de corps de règles procédurales constituant des systèmes distincts est le résultat de l'étude processuelle et non son point de départ.

Ainsi, la simple confrontation des vocabulaires, développés d'une façon quasi insulaire par les diverses branches de la procédure, éclaire sur les *a priori* de principes et de méthode. Par exemple, lorsque la demande en justice ne peut être soumise au juge pour un examen au fond, faute d'un droit d'action correctement mis en œuvre, la procédure civile utilise le vocabulaire de la « fin de non-recevoir », la procédure pénale utilise les termes d'« irrecevabilité » ou « immunité », et le contentieux administratif, qui a réuni des autres contentieux les expressions d'irrecevabilité et de fin de non-recevoir, distingue néanmoins les notions d'« irrecevabilité susceptible — ou insusceptible — d'être couverte en cours d'instance ».

Cette simple confrontation des termes permet de dégager les différents esprits que chaque procédure insufflé dans des techniques identiques, première impression que l'étude plus minutieuse des règles confirme. Ainsi, le contentieux administratif, qui précise le caractère réparable ou non de l'irrecevabilité, vise à limiter les rejets de demande pour défaut formel et, d'une façon prétorienne, le Conseil d'État

demande au juge administratif d'inviter les parties à régulariser, lorsque cela est possible (14). Le contentieux civil fait preuve d'une rigueur beaucoup plus grande qui a donné au langage courant l'expression sévère de la « fin de non-recevoir » comme désignant un rejet sans regret et sans appel, sévérité exprimée dans les termes mêmes, et l'on sait que les fins de non-recevoir doivent être soulevées d'office par le juge lorsqu'elles sont d'ordre public (15). Quant à la procédure pénale, la notion d'immunité y signifie qu'aucune peine n'est encourue par l'éventuel défendeur, ce qui atteste la préoccupation essentielle du contentieux pénal pour la personne susceptible d'être poursuivie et sanctionnée. Autre exemple, la faveur, en matière répressive, de l'expression « droits de la défense », même lorsque la technique concernée croise le principe du contradictoire (16), et sans vouloir dénier les différences techniques entre droits de la défense et principe du contradictoire, est néanmoins symptomatique du souci constant des intérêts de la personne que la procédure et le jugement attendu mettent en danger. Il n'y a ni cette chaleur ni cette urgence dans le principe de la contradiction.

Par cette méthode, plus générale, de mesure et de confrontation, le droit processuel peut aboutir à deux résultats, l'un de nature scientifique, l'autre de nature programmatique, entretenant entre eux des rapports de progrès dialectique.

En effet, en premier lieu, le droit processuel permet de dégager de la multiplicité des règles techniques léguées par l'histoire des pratiques et celle des réformes les mouvements fondamentaux des procédures. Ainsi, les procédures accusatoires nées spontanément les premières, lorsque le procès se dégageait encore peu de la dispute devant témoin, cèdent historiquement le pas devant les procédures inquisitoires, nées du projet théologique d'un juge apte à dégager seul la vérité judiciaire d'essence divine (17). Le troisième terme du processus est la procédure mixte, association naturelle et performante entre, d'une part, l'inquisitoire qui permet au juge d'utiliser la puissance de l'appareil judiciaire afin de reconstituer le plus fidèlement possible la vérité des faits et d'appliquer la règle de droit la plus adéquate, ce qui, par là même, rétablit l'équilibre entre des parties reconnues de forces inégales, et, d'autre part, le contradictoire qui permet à ces parties de participer à cette découverte dialogale de la justice (18). A ce titre, le projet actuellement discuté du code de procédure pénale, ne concevant les droits de la défense qu'à travers le modèle accusatoire, fait preuve, au-delà de l'anglomanie, d'un certain archaïsme.

Le second résultat de l'étude processuelle est d'ordre plus programmatique. En premier lieu, s'il est constaté que la procédure est soumise à des exigences, des techniques, des notions et des mouvements qui sont communs à toutes les procédures spéciales, mais distincts des droits substantiels en cause, alors c'est une distinction, que l'on continue à enseigner, qui est directement remise une nouvelle fois en cause : la distinction entre droit public et droit privé ; et, dans un second temps, l'insertion étonnante du droit pénal dans ce droit privé.

La procédure est construite d'une façon autonome : ainsi, un juge peut appliquer une matière qui ne correspond pas

(14) R. Chapus, *op. cit.*, n°s 404 s., p. 278 s.

(15) J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n°s 46 s., p. 61 s.

(16) Cf. par exemple, G. Wiederkehr, *Droits de la défense et procédure civile*, D. 1978. *Chron.* 36.

(17) P. Ourliac, « L'office du juge dans le Droit canonique classique », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales, 1981, p. 627 s.

(18) Sur cette méthode à laquelle le procès s'identifie, cf. par exemple, *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de Philosophie du droit, t. 24, Sirey, 1984.

(13) Sur le point de savoir si le droit comparé est une science ou une méthode, V. notamment I. Zajtay, *Problèmes méthodologiques du droit comparé*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Pédone, 1975, t. 1, p. 69 s.

à la procédure mise en œuvre, le juge pénal appliquant au besoin le droit civil selon les règles qui doivent être celles de la procédure pénale (19), le juge civil appliquant au besoin le droit administratif selon les règles qui doivent être celles de la procédure civile (20), le juge administratif appliquant au besoin le droit privé, notamment le droit du travail, selon les règles qui doivent être celles du contentieux administratif.

En second lieu, le droit comparé interne que constitue le droit processuel peut, bienfait classique et appliqué du droit comparé, inciter à des emprunts de techniques pratiquées dans une procédure pour les acclimater dans une autre procédure, plus pauvre ou déficiente. C'est d'ailleurs un exercice auquel les avocats aux Conseils sont rompus de tout temps, leur formation juridique complète et la pratique de leur activité devant les deux Cours suprêmes leur permettant de plaider devant l'une l'adoption d'une technique éprouvée devant l'autre. Le référé, inventé et développé par le juge civil (21), mérite de s'implanter d'une façon plus profonde et unifiée en contentieux administratif (22), et sans doute ne serait-il pas sans objet en contentieux pénal, notamment en matière d'expertise.

Dès lors, le droit processuel a l'immense mérite de faciliter la reconnaissance d'un droit commun, latent, des procédures.

III. — La reconnaissance d'un droit commun de la procédure.

Il existe des principes sous-jacents aux textes techniques des procédures : ils régissent, et le droit d'action, pour lequel le titulaire doit toujours justifier d'un intérêt à former une demande en justice, et l'instance, qui doit toujours respecter le contradictoire et les droits de la défense, et le jugement, qui doit toujours être motivé, etc. On y ajoutera volontiers le double degré de juridiction ou, plus largement, l'ouverture d'une voie de recours, si l'on observe que les fermetures par la volonté de la loi des voies d'appel ou de cassation donnent lieu à une sorte de rebuffade de la part de la jurisprudence qui trouve, à travers l'appel-nullité ou le pourvoi pour excès de pouvoir, un moyen techniquement tortueux mais efficace de revenir à ce mécanisme naturel de recours (23).

Les principes de logique processuelle ont souvent trouvé leur première expression dans le contentieux civil. Aussi a-t-il été longtemps affirmé que la procédure civile constituait le droit commun des procédures, modèle et source des autres procédures qui devaient y puiser (24).

(19) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 2, *Procédure pénale*, 4^e éd., Cujas, 1989, n^{os} 8 à 10.

(20) Ce qui rend, dès lors et finalement, un peu vaine la question de la nature procédurale du contentieux économique soumis à des commissions et des conseils, administratifs ou professionnels : Cf. sur cette question, P. Delvolvé, *La cour d'appel de Paris, juridiction administrative*, *Mélanges Jean-Marie Auby*, 1992, Dalloz, p. 47 s. ; *Rev. dr. bancaire et bourse* 1992.74-75 et 210.

(21) R. Perrot, *L'évolution du référé*, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, préc., p. 645 s.

(22) V. par exemple, A. Rafatjah, *La procédure de référé-provision en contentieux administratif*, Mémoire DESS du Contentieux et de l'arbitrage, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992.

(23) Ce fut le cas lorsqu'il s'agit de contourner l'absence de voie de recours contre les décisions des juges de paix (cf. J. Carbonnier, *Le procès et le jugement*, Cours de sociologie juridique, 1961-1962, Corps, p. 190 s.). C'est le cas actuellement en matière de procédures collectives ou de recours en cassation contre les décisions des juridictions administratives statuant en dernier ressort.

(24) R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, t. 2, préc., n^o 7 ; H. Lalou, *op. cit.*

Aujourd'hui, cette hiérarchie doit être remise en cause. Non pas tant en considération du fait que la source formelle de la procédure civile n'est plus que réglementaire, ce qui porterait atteinte à sa puissance et son applicabilité, notamment dans la procédure pénale, régie quant à elle par le principe de la légalité des délits et des peines, mais parce que les autres contentieux ont atteint un degré de maturité suffisant pour couper avec la souche-mère. On relèvera d'ailleurs que ce processus de maturation est soumis à une accélération notable due au phénomène communautaire de l'intégration (25), à la prégnance grandissante en droit interne de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen (26), et à l'apport du droit constitutionnel, donnant des fondements identiques aux matières juridiques jusqu'alors dispersées (27).

Dès lors, il convient aujourd'hui de penser la hiérarchie des procédures entre les principes processuels et les procédures particulières qui les appliquent. Certes, la procédure civile a appliqué pendant de nombreuses décennies le plus clairement ces principes processuels, donnant parfois l'impression, aujourd'hui dissipée, de constituer elle-même le modèle. Mais, la maturation des autres procédures spéciales a permis de distinguer au sein de la procédure civile ses principes spécifiques des principes processuels, certes qu'elle appliqua en premier, mais qui lui sont essentiellement extérieurs. C'est pourquoi elle a cessé naturellement d'être le droit commun des autres procédures.

Il convient donc d'affirmer l'existence d'une structure inhérente à toute procédure, ensemble de règles minimales, présentant « un caractère original et irréductible » (28), sorte de droit logiquement nécessaire, en cela un droit naturel (29), que le droit positif déclare et met en œuvre, mais qu'il n'est pas en droit de limiter, de contraindre, et dont la promotion a vocation à se développer au besoin en marge des sources formelles du droit. C'est alors notamment la pratique et la jurisprudence qui assurent ce rôle déclaratif.

Que vive le droit processuel !

William BARANES,

Conseiller au Tribunal
administratif de Versailles,

Marie-Anne FRISON-ROCHE,

Professeur à l'Université
d'Angers.

Jacques-Henri ROBERT,

Professeur à l'Université de Paris II
(Panthéon-Assas).

(25) Cf. J.-C. Bonichot, Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle des États membres, *Mélanges Jean Boulouis*, 1991, p. 297 s. ; C. Debouy, *Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français*, *JCP* 1992.I.3616 (p. 437 s.).

(26) Cf. par exemple, R. Abraham, Les incidences de la CEDH sur le contentieux administratif français, *AIDA* 1990.1053 s. ; H. Angevin, Incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur la procédure pénale française et plus spécialement sur celle de la cour d'assises, *Dr. pén.*, juill. 1991, chron., p. 1.

(27) Cf. Rouhette, préc., et d'une façon plus générale, F. Luchaire, Les fondements constitutionnels du droit civil, *RTD civ.* 1982.245 s.

(28) J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n^o 4-2, p. 6.

(29) Cf. H. Motulsky, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Paul Roubier*, t. 1, p. 175 s.