

LA
PENSÉE
JURIDIQUE
MODERNE

La crise du juge

J. Lenoble, editor

Préface de P. Drai

Premier Président de la Cour de cassation de France

R. Andersen, F. Delpérée,
L. Favoreu, Y. Gaudemet, J. Lenoble, R. Perrot,
F. Terré et J. van Compernelle

BRUYLANT
L.G.D.J.

La crise du juge

J. LENOBLE, *editor*

Préface de P. DRAI

Premier Président de la Cour de cassation de France

Auteurs: R. ANDERSEN, F. DELPÉRÉE, L. FAVOREU,
Y. GAUDEMET, J. LENOBLE, R. PERROT,
F. TERRÉ et J. VAN COMPERNOLLE

L·G·D·J - BRUYLANT

Membres du Comité Scientifique

AARNIO, A. - Université d'Helsinki, Finlande

ACKERMAN, B. - Yale University, U.S.A.

ALEX, R. - Christian-Albrechts-Universität (Kiel), R.F.A.

AMSELEK, P. - Université de Paris II, France

ARNAUD, A.J. - Institut International de Sociologie Juridique d'Onat

BOBBIO, N. - Université de Turin, Italie

BROEKMAN, J. - Katholieke Universiteit Leuven, Belgique

FERRY, L. - Université de Caen, France

HELLER, T. - Stanford University, U.S.A.

KENNEDY, D. - Harvard University, U.S.A.

MACCORMICK, N. - University of Edinburgh (Scotland), U.K.

MONET, Ph. - University of California, Berkeley, U.S.A.

RAZ, J. - University of Oxford, U.K.

WROBLEWSKI, P. - Université de Lodz, Pologne

© 1994, Kluwer Éditions Juridiques Belgique
(Kluwer Éditions Juridiques Belgique, E. Story-Scientia Service)
L.G.D.J. (Librairie générale de droit et de jurisprudence)

© 1996, Bruylant (Belgique)
ISBN 2 8027 0722 1
et L.G.D.J. (14, rue Pierre et Marie Curie - 75005 Paris)
ISBN 2 275 00187 5

Aucun extrait de ce livre ne peut être reproduit d'aucune façon, soit imprimé, soit photocopié, sur microfilm ou de quelque manière que ce soit, sans l'autorisation écrite de l'éditeur.

LA PENSÉE JURIDIQUE MODERNE

La philosophie du droit est depuis trop longtemps conçue, dans le monde francophone, d'une telle façon qu'elle est coupée du double intérêt qui l'avait fait naître au moment même où les Grecs inventaient la démocratie: intérêt du philosophe pour la Raison pratique à l'œuvre dans le champ social et politique, intérêt du juriste pour une réflexion sur sa pratique et pour une reconstruction de la pensée qui - ne fût-ce qu'inconsciemment - l'anime. Jusqu'il y a peu en effet, soit les philosophes la considéraient comme réservée aux seuls professionnels de cette technique mystérieuse que serait le droit, soit, comme par un effet de miroir inversé, les juristes la situaient dans le champ des discours extérieurs et étrangers au droit.

Cette pensée connaît cependant aujourd'hui une mutation remarquable liée à l'évolution des questions philosophiques et à la reconstruction des modèles de démocratie. Ses paradigmes sont discutés. En même temps, son objet est souvent défini de façon à renouer les liens jugés indissolubles entre pensées juridique, politique et éthique.

La collection "La pensée juridique moderne" entend participer à ce mouvement en apportant au public les écrits qui en éclairent la compréhension. Il s'agit tout d'abord d'ouvrages classiques, depuis longtemps épuisés et devenus introuvables, ou encore de livres abondamment lus et commentés à l'étranger mais qui n'ont pourtant jamais fait l'objet d'une traduction. Il s'agit ensuite, sans être pour autant le moyen d'expression d'une école ou d'un courant théorique, de rendre accessibles à tous, les travaux contemporains français ou étrangers qui tentent de renouveler l'état des questions et de contribuer ainsi à ce renouveau du droit que semble exiger notre démocratie actuelle.

La collection est dirigée par J. LENOBLE, professeur à l'Université de Louvain, directeur du Centre de philosophie du droit, et par M. TROPER, professeur à l'Université de Paris X, directeur du Centre de théorie du droit. Le comité scientifique est composé de personnalités qui ont marqué la pensée philosophique et juridique contemporaine.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Préface</i>	VII
P. DRAI	
<i>Introduction: La Crise du Juge: Mythe ou Réalité?</i>	1
J. LENOBLE	
 CRISE DU JUGE ET CONTENTIEUX JUDICIAIRE.....	7
 <i>Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge</i>	9
J. VAN COMPERNOLLE	
1. L'élargissement de la notion de juridiction.....	12
A. La juridiction et le pouvoir discrétionnaire	13
B. La juridiction et le contentieux au provisoire.....	17
2. L'extension du contrôle des actes du pouvoir.....	21
A. Le contrôle de l'action administrative	21
B. Le contrôle de l'action législative	25
Conclusion	28
 <i>Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français</i>	31
R. PERROT	
1. Crise statutaire	34
2. Crise d'identité	37
3. Crise fonctionnelle	40
Conclusion	43

TABLE DES MATIÈRES

CRISE DU JUGE ET CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL	45
<i>Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit belge</i>	47
F. DELPÉRÉE	
1. Les fonctions traditionnelles	50
2. Les fonctions originales	54
<i>Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français</i>	61
L. FAVOREU	
1. La crise du juge (constitutionnel)?	65
A. Crise de croissance?	66
I. Les étapes de la montée en puissance	66
II. Une croissance trop forte?	67
B. Crise d'identité?	67
I. Le faux débat sur la nature juridique du Conseil constitutionnel	68
II. La véritable identité du Conseil constitutionnel	69
C. Crise de légitimité?	70
2. Le juge de la crise	71
A. Le juge constitutionnel désamorce les crises	72
B. Le juge constitutionnel est armé pour affronter la crise	80
C. La crise renforce le juge constitutionnel	81
3. Qui garde le gardien?	83
CRISE DU JUGE ET CONTENTIEUX ADMINISTRATIF	85
<i>Crise du juge et contentieux administratif en droit français</i>	87
Y. GAUDEMET	
1. La crise du juge: crise de légitimité	90
A. Un déclin du droit jurisprudentiel	90
B. Les faiblesses de la fonction juridictionnelle	92
C. Le "repli" de la juridiction	95
2. La crise du juge: une crise d'identité	97
A. La concurrence	98
B. Les incertitudes de statut	101

TABLE DES MATIÈRES

<i>Crise du juge et contentieux administratif en droit belge</i>	107
R. ANDERSEN	
1. L'évolution du rôle du juge	107
2. Le rôle créateur du juge administratif et les principes généraux du droit	112
3. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire et les principes généraux de bonne administration	121
4. Le juge administratif et le droit international	128
Conclusion	133
 CRISE DU JUGE ET PHILOSOPHIE DU DROIT	 137
 <i>Crise du juge et transformation nécessaire du droit</i>	 139
J. LENOBLE	
1. Une nouvelle hypothèse	140
2. La crise du juge et la crise contemporaine de la raison	143
3. La crise du juge et le débat contemporain sur le juge américain	147
 <i>Crise du juge et philosophie du droit: synthèse et perspectives</i>	 157
F. TERRÉ	
1. Une crise de confiance	158
2. Une crise de croissance	161
3. Une crise de conscience	165

INTRODUCTION

LA CRISE DU JUGE : MYTHE OU RÉALITÉ ?

Jacques LENOBLE

Professeur à la Faculté de Droit de l'U.C.L.
Directeur du centre de philosophie du droit

Depuis quelque temps, tant en France qu'en Belgique, un même diagnostic émerge: le juge, figure de proue de notre démocratie, est en crise. Les symptômes habituellement repérés sont bien connus: la lenteur de la justice et, par voie de conséquence, le manque de confiance de l'opinion publique à l'égard du juge; le risque de perte d'indépendance des magistrats engendré par les modalités actuelles de nomination, de promotion, d'instruction de certaines affaires criminelles ...

Ce constat est cependant profondément ambigu. En se concentrant sur les phénomènes les plus apparents, il manque l'essentiel. Bien plus, en plaçant le débat sur ce seul plan institutionnel, il confère au concept de "crise" une connotation critique qui en neutralise les virtualités dynamisantes. Il en résulte en effet une attitude "défensive" des magistrats qui est sans doute compréhensible et légitime mais qui se révèle peu propice à susciter une interrogation sur la représentation traditionnelle de leur fonction. Or, c'est sur ce dernier plan que des changements s'annoncent, qu'une "crise" du juge se profile. Telle est, en tout cas, l'hypothèse que ce livre entend mettre à l'épreuve.

Bien sûr, qui contesterait la crise institutionnelle et statutaire du juge ? Les symptômes déjà rappelés en sont la trace. Comme beaucoup l'ont noté, il s'impose tout à la fois d'adapter le statut et les moyens des magistrats aux

INTRODUCTION

exigences actuelles de notre société postindustrielle et de renforcer toujours davantage les garanties réelles d'indépendance du juge.

Quelles que soient l'importance et l'urgence de ces problèmes institutionnels (statut du magistrat - nomination, rémunération, promotion -, modernisation de ses moyens d'action et de sa gestion, réforme de l'instruction, meilleur contrôle des polices, maîtrise de la politique criminelle ...), ils ne traduisent cependant en aucune manière une fragilisation de la conception que notre démocratie a de la fonction de juger. Bien au contraire, ils ne sont mis en lumière qu'à l'effet de mieux en assurer la correcte application. Osons même aller plus loin: ceux qui contestent que de tels dysfonctionnements de la justice traduisent une réelle "crise" du juge ont assurément raison.

Mais d'autres mutations plus profondes ne s'annoncent-elles pas, qui obligent à dépasser les remous conjoncturels qui agitent pour l'instant la scène judiciaire? Quel est cet autre enjeu auquel correspondrait ainsi, en un sens second et non critique, la crise actuelle du juge? Sans le développer¹ ici, risquons-en l'esquisse. L'hypothèse que nous avons voulue mettre à l'épreuve du droit positif et qui fournit la cohérence du présent ouvrage est double.

Tout d'abord, la crise du juge identifie moins, selon nous, une quelconque "crise" institutionnelle ou statutaire qu'une transformation de notre conception traditionnelle de la fonction de juger qui est héritée, comme on le sait, de la Révolution française. Divers indices particulièrement représentatifs de ce déplacement peuvent être signalés. Citons ainsi le développement d'une juridiction constitutionnelle garante du respect par le législateur des "principes" fondamentaux des libertés constitutionnelles; l'évolution progressive de la jurisprudence administrative quant au respect par l'administration des principes d'une action raisonnable et enfin l'extension récente de la compétence de référé du juge judiciaire. Ces trois indices ne traduiraient-ils pas une modification du rapport classique du juge tant à la loi qu'aux autres pouvoirs dans l'Etat? Ne sont-ils pas le signe d'une rupture qualitative qui rend insuffisante et inadéquate la représentation traditionnelle de l'opération de juger? N'est-il d'ailleurs pas significatif que, depuis peu, resurgit ce vieux monstre du Loch Ness qu'est la crainte du gouvernement des juges? Tout se passe comme si, pressentant un changement à l'œuvre, on s'y opposait à l'aide des vieilles conceptualisations, restant ainsi toujours prisonnier d'anciennes catégories mentales, celles d'un juge arbitraire ou d'un juge "bouche

1. Cf. *infra* pour plus de développements, notre communication "La crise du juge et la nécessaire transformation du droit".

INTRODUCTION

de la loi". Or, les changements actuels n'appellent-ils pas l'émergence d'autres conceptions, irréductibles aux anciennes catégories?

Par ailleurs, ces indices, auxquels nous nous sommes limités dans le présent ouvrage, sont loin d'être exhaustifs et ne sont sans doute que l'amorce d'un mouvement à venir. Qu'il suffise ici de citer le rôle accru qu'on envisage de donner, en matière économique, à des organes "quasi juridictionnels" *sui generis*, telles que la Commission des opérations de bourse en France et la Commission bancaire en Belgique: ainsi, devant l'inadéquation des modèles classiques, de nouveaux mécanismes régulateurs du marché semblent s'instaurer et exigent une redéfinition du rôle du droit. De même, des secteurs en pleine mutation comme l'environnement, la communication ou la bioéthique portent la même exigence de renouvellement des mécanismes institutionnels et des modalités juridiques d'intervention. Le présent ouvrage s'attachera à décrire le contexte actuel du rôle du juge dans trois contextes spécifiques: celui des contentieux judiciaire¹, constitutionnel et administratif et cela tant en France qu'en Belgique.

Comment expliquer cette transformation actuelle de la fonction de juger? Pourquoi cette "crise du juge"? Pourquoi ce rôle à la fois accru et différent de ce pouvoir judiciaire qu'à la différence de la Révolution américaine, "notre" Révolution française avait voulu radicalement contenir? Ici apparaît l'enjeu de l'actuelle crise "fonctionnelle" du juge. Loin d'être négative, cette crise doit être vue comme positive. Elle est tout à la fois un signe et une tentative de réponse à la crise de notre Etat-providence. Mais en quel sens?

L'Etat-providence, qui émerge à la fin du XIX^{ème} siècle, a entendu dépasser les insuffisances du libéralisme classique en confiant au Pouvoir législatif et surtout au Pouvoir exécutif et à ses autorités administratives le soin de réguler directement le système social et, par là, d'instaurer un ordre de justice que le seul jeu du contrat et du marché s'était avéré insuffisant à instituer. A la croyance à la légitimité du seul contrat s'est substituée celle à la légitimité de l'Etat et de son administration: celle-ci par sa capacité d'expertise, garantirait l'efficacité du système social et la productivité économique, source de justice sociale.

Deux paradigmes du droit correspondent à ces deux formes historiques de notre démocratie. Le premier est celui du droit formel et est lié au libéralisme

1. Le texte relatif au "contentieux judiciaire" évoque la mutation de la fonction de juger notamment dans le contentieux économique.

INTRODUCTION

classique du début du XIX^{ème} siècle: l'Etat garantit les seuls droits formels, source de l'autonomie privée. Le second est celui du droit matériel et est lié à l'émergence de l'Etat-providence: l'Etat administrateur fournit réglementairement la "matière" assurant l'efficacité du système, censée garantir la justice sociale. Par delà leurs différences, ces deux paradigmes se réunissent sous une même figure, celle du juge et de sa fonction, toujours voilée par le spectre du gouvernement des juges.

C'est cette croyance, et, par voie de conséquence, les deux paradigmes du droit qui lui sont associés, que l'on interroge aujourd'hui au travers de la crise de l'Etat-providence. Cette crise révèle certes les limites empiriques de l'efficacité de la gestion de l'Etat administrateur. Mais elle met surtout en lumière la réduction induite des questions de justice au seul calcul technique, par des experts, des moyens les plus efficaces pour accroître la rationalité du système social.

A la base de l'Etat-providence repose une illusion et une erreur. Illusion dogmatique sur les capacités du savoir technique et scientifique à réguler le social. Erreur car cette illusion oblitère les limites et la nature de la Raison humaine. Les impasses politiques actuelles s'ancrent ainsi dans un débat plus théorique. Le politique et l'économique rejoignent la philosophie. De part et d'autre, de nouveaux choix sont à faire. La philosophie tente d'y procéder car si la Raison se fait ainsi moins orgueilleuse, elle se redécouvre aujourd'hui cependant des compétences oubliées: elle renoue, quoique sous une forme renouvelée, avec le continent éthique. La justice n'est pas simple calcul utilitariste du bien-être social. Elle est l'affaire d'un débat argumenté toujours à reprendre sur des valeurs. La morale pénètre, à nouveau, mais sans l'assurance dogmatique des anciennes certitudes moralisatrices, le champ du politique et du juridique.

Le nécessaire dépassement des impasses de l'Etat-providence implique une transformation du droit dans le double sens indiqué plus haut. Il s'agit d'abord de repenser l'opération du juge d'une manière qui permette d'en extraire les fausses certitudes dogmatiques qui sont à la base des représentations positivistes ambiantes. Le débat qui émerge progressivement aujourd'hui aux Etats-Unis et en Allemagne traduit d'ailleurs au mieux ce besoin. Il nous faut dépasser l'illusion dont se nourrit l'idée du juge lisant, soit dans la loi¹, soit dans le social², la vérité normative qui s'applique au litige. Il convient

1. Position légaliste du juge lecteur de la loi.

2. Position fonctionnaliste du juge ingénieur et lecteur de la réalité sociale.

INTRODUCTION

ensuite de rééquilibrer les pouvoirs dans l'Etat pour faire droit aux règles éthiques que le débat politique et le jeu économique doivent respecter pour ne pas méconnaître les limites et les exigences de la Raison moderne. Extension mais aussi redéfinition de la fonction de juger et de ses rapports avec les fonctions de réglementer et d'administrer sont donc les voies qui se profilent aujourd'hui. Elles résultent directement de la crise de l'Etat-providence et de celle de la Raison moderne qui dessinent le cadre actuel d'une démocratie en mouvement. La crise du juge apparaît ainsi liée à l'émergence d'un nouveau paradigme du droit: elle marque une rupture avec le présupposé commun des deux anciens paradigmes du droit, c'est-à-dire avec leur même conception dogmatique et syllogistique, pour ne pas dire frileuse, de l'opération de juger.

La nature des mutations dont la crise du juge est l'écho explique la nécessité d'un débat restauré et renouvelé entre spécialistes du droit positif et philosophes du droit. La crise du juge renvoie à une crise du droit qui elle-même s'alimente à la dynamique la plus profonde de notre modernité. Si cette double crise inaugure une valorisation croissante du rôle du juge et du droit dans les années à venir, ce ne sera qu'au prix d'une transformation des représentations traditionnelles qu'on en a¹. L'ouvrage qu'on présente entend faire droit à cette exigence. L'hypothèse qui en définit l'esprit et qui s'inscrit dans des recherches développées par ailleurs² devait être mise à l'épreuve du droit positif. Les études ici rassemblées sont la trace de ce premier dialogue. Celui-ci fut d'abord oral, puisque ce livre est une version remaniée d'interventions présentées au cours d'un colloque organisé à l'Université catholique de Louvain en décembre 1989³. Puisse ce dialogue n'être qu'une première étape. Son enjeu est l'amélioration de la démocratie: elle ne se réalisera que si les juristes prennent la véritable mesure de la crise du juge et du droit qui en est le ressort actuel. Les transformations qui seront ici décrites par les analyses de droit positif ne sont pas à interpréter comme de simples

1. Certains des problèmes institutionnels auxquels on réduit pour l'instant la crise du juge gagneraient aussi d'ailleurs à être réfléchis à la lumière des mutations plus profondes qu'ils oblitèrent si souvent.

2. Voy. pour les développements théoriques de cette hypothèse, *infra*. De même J. LENOBLE et A. BERTEN, *Dire la norme - Droit, politique et énonciation*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Story-Scientia, 1990; J. LENOBLE et J. BROEKMAN (eds.), *Vers un droit sans règles*, *ibid.* (à paraître au printemps 1991, en liaison avec un symposium organisé à l'U.C.L. en décembre 1990 sur "Critical interpretation and instrumentalisation of the law in the Welfare state"). Ces recherches développées au sein du centre de philosophie du droit de l'U.C.L., le sont dans le cadre de projets de recherche financés par le programme des actions concertées de la Communauté française et le fonds de recherche fondamentale collective du FNRS-NFWO.

3. Ce colloque a été organisé par le centre de philosophie du droit de l'U.C.L. sous le haut patronage de M. M. Watheliet, Vice-premier Ministre et Ministre de la Justice (Belgique) et de M. P. Arpaillange, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice (France) et en collaboration avec l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), l'Association française de philosophie du droit, le centre d'études constitutionnelles et administratives et le centre de droit judiciaire de l'Université catholique de Louvain.

INTRODUCTION

adaptations ponctuelles à des problèmes structurels. Elles sont à entendre comme la reprise en charge progressive par le droit des nouvelles exigences de la Raison pratique.