

La question de l'application en Droit Au-delà d'une approche herméneutique

par

Jacques LENOBLE

INTRODUCTION

La question de l'application de la règle par le juge a, depuis longtemps, préoccupé le juriste. Dès la fin du 19^{ième} siècle, nombre d'auteurs n'ont pas manqué de dénoncer l'irréalisme des prétentions formalistes de ceux qui, dans la foulée de Hobbes, avaient voulu réduire l'opération du juge à une simple opération de déduction.

Ces quarante dernières années, cette orientation de réflexion a fait l'objet d'un regain d'intérêt et a suscité de nouveaux développements. Elle s'est appuyée sur l'observation de la transformation récente de l'office du juge et du renforcement de son rôle au sein de nos démocraties. Ainsi, s'agissant du droit belge, J. van Compernelle a bien montré combien ce renforcement s'est principalement marqué par une augmentation des pouvoirs discrétionnaires du juge, issue de l'usage accru de notions normatives à contenu variable, par un essor "spectaculaire"¹ de la magistrature présidentielle au provisoire et, enfin, par une extension du contrôle des actes administratifs d'abord et des actes législatifs ensuite. Ces phénomènes, en tout cas en ce qui concerne le premier et le dernier, sont étroitement liés, notamment, à l'importance prise, depuis la seconde guerre mondiale, au sein de nos ordres juridiques démocratiques, par les règles de protection des droits fondamentaux et par le respect dû au principe de proportionnalité. Les causes de cette extension du rôle du juge sont cependant multiples et se constatent non seulement en droit public (développement du contrôle marginal des actes administratifs et développement de la justice constitutionnelle) mais aussi en droit privé et économique². Au-delà d'un

¹ J. van Compernelle, *Crise du Juge et Contentieux Judiciaire Civil en Droit Belge*, in *La Crise du Juge*, J. Lenoble (ed.), Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1996, p.19.

² Citons ainsi, en matière de gouvernance d'entreprise, l'émergence, dans divers droits européens, d'un contrôle marginal par le juge des actes du management au regard de "l'intérêt

phénomène conjoncturel, cette transformation a été perçue par la réflexion juridique comme mettant en lumière une dimension propre à la nature même de l'opération de juger. Quel que soit le degré aujourd'hui pris par le pouvoir "discrétionnaire" du juge et les "balances d'intérêts" que celui-ci est éventuellement amené à devoir trancher, c'est plus fondamentalement le caractère illusoire des prétentions formalistes de la pensée juridique moderne qui apparaît: il est de la nature de toute opération d'application d'une règle de ne pouvoir être toute entière conditionnée ou prédéterminée par la règle à appliquer. C'est qu'en effet, observe-t-on, la "règle ne peut pas ...aller jusqu'à énoncer ses propres cas d'application"³. Une irréductible indétermination sémantique existe qui tient à la fois à la nature du langage et aux limites de capacité d'anticipation humaine. Ces limites, en effet, entraînent une indétermination essentielle des fins qui obligera le juge, lorsqu'un cas particulier imprévu survient, à confronter "les finalités en jeu" et, ainsi, à "résoudre la question en opérant un choix entre les intérêts en conflit de la manière la plus satisfaisante"⁴.

Cette orientation de pensée ne traverse pas seulement la réflexion théorique. On la retrouve, sous une formulation qui varie, tant dans la dogmatique juridique que chez les praticiens du droit. S'observe ainsi aujourd'hui chez tous les juristes une forme de sens commun que J. van Compernelle a récemment bien exprimée: "le juge cesse de correspondre à l'image classique d'un simple exécutant d'une volonté légale préétablie". Dorénavant, poursuit-il, "l'idée selon laquelle les juges appliqueraient simplement des normes préexistantes à des situations de fait par des démarches logiques est dépassée. Fréquemment sa décision doit opérer un choix entre plusieurs solutions possibles en procédant à des délicats arbitrages mettant en cause des valeurs contradictoires"⁵.

Mais, ce sens commun n'est pas sans poser problème et n'est pas dénué d'ambiguïtés que masquent d'ailleurs mal les formules utilisées⁶. Bien entendu,

de l'entreprise" ou, encore, le rôle dévolu au juge par le droit français en matière de licenciement collectif et de fermeture d'entreprise.

³ H. Hart, *Le Concept de Droit*, Bruxelles, FUSL, 1976 (trad. fr. par M. van de Kerchove), p.157; les réflexions de Hart sur cette question du "Formalism" et du "Rule-Scepticism" en droit. n'ont pas été modifiées dans la seconde édition de cet ouvrage, publiée à titre posthume en 1994 (*The Concept of Law*, 2d edition, with a new postscript edited by P. Bulloch and J. Raz, Oxford, Clarendon).

⁴ *Ibid.*, p.161.

⁵ *Ibid.*, p.28.

⁶ Ainsi, il est dit que "dans un nombre croissant de cas, la règle sur laquelle se fonde la décision est générée par la décision elle-même". Mais, ajoute-t-on aussitôt, en conclusion, pour autant, "que le juge n'est plus soumis à la loi" ou "que la loi est soumise au juge est sans doute

LENOBLE J. (2004), "La question de l'application en droit: Au-delà d'une approche herméneutique", in *Mélanges J. van Compernelle*

personne ne contestera l'irréversible dénonciation des anciennes et illusoire représentations formalistes de l'opération de juger que ce sens commun traduit. Mais, est-ce à dire que les représentations qu'on leur substitue sont théoriquement satisfaisantes? Notre hypothèse est, au contraire, qu'elles sont elles-mêmes insatisfaisantes pour une double raison. Développons rapidement cette double raison (I) pour ensuite nous concentrer, dans le présent article, sur la première d'entre elles et sur l'éclairage qu'apporte, sur ce plan, l'analyse de certains débats contemporains de philosophie du droit (II).

exagéré" (cité par J. van Compernelle, *Ibid.*, p.29). De même, il est devenu banal de souligner que la tâche du juge "est non seulement juridique mais aussi politique" (Ch. Perelman, *Logique Juridique*, in *Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p.84) et que le juge mobilise non seulement les contraintes de la légalité, mais aussi celles de la légitimité et de l'efficacité. Mais, en même temps, on souligne que cette tâche reste une tâche subordonnée et, ainsi à propos des principes généraux du droit, que "le juge ne crée pas ces principes de toutes pièces, même (s'il) ne se limite pas non plus à les constater" (R. Andersen, *Crise du Juge et Contentieux Administratif en Droit Belge*, in *La Crise du Juge*, *op.cit.*, p.113).