

DROIT POSITIF, LOGIQUE ET RATIONALITÉ (Une analyse jurisprudentielle)

J. MIEDZIANAGORA

Les philosophes du droit contemporains d'inspiration logico-positiviste ou empirico-logique ont établi un certain nombre de modèles d'intelligibilité du droit. Un des traits caractéristiques de ces philosophes est de ne connaître du droit qu'en tant qu'il s'agit de droit «positif», «en vigueur» dans un État dont les autorités promulguent les règles et contrôlent leur observation par les citoyens. Un autre trait qui me semble leur être commun, consiste en ceci: le droit est décrit comme un ensemble de règles ordonné selon une hiérarchie rigoureuse des pouvoirs, qui permet à cet ordre d'être à tout moment cohérent. Les pouvoirs eux-mêmes, jouant ce jeu et en observant les règles, soit promulguent des règles nouvelles, soit appliquent, s'il s'agit du pouvoir judiciaire, les règles existantes. Si les énoncés des règles (tributaires du langage usuel dans lequel ils sont formulés) comportent des imprécisions, leur traitement doit être conçu à partir des exigences de la logique formelle — dont la validité universelle concerne aussi *ce* domaine du discours. Si du point de vue de cette logique les termes des énoncés ne permettent pas, après qu'une analyse du langage (comportant éventuellement des recherches dans le contexte spécial où ils furent articulés) en ait établi le sens, une décision et une seule, on ne peut plus considérer la décision qui passe au droit positif que comme arbitraire.

Il me paraît que l'observation de la pratique du droit positif ne montre pas qu'elle soit une interprétation de ces modèles, mais que ces philosophes ont en somme fait œuvre normative à l'égard du droit positif en posant des modèles logiquement satisfaisants de son fonctionnement.

Lorsqu'on observe la jurisprudence belge, par exemple, on se rend compte qu'elle n'est intelligible dans sa dynamique que dans et par le contexte «idéologique» où elle se pratique. Ni les constituants, ni les législateurs, ni les juges, ni encore les citoyens ordinaires, ne créent, ne modifient, n'appliquent ou ne se soumettent au droit comme s'il s'agissait d'un jeu dont ses propres règles sont le seul fondement. Les règles d'un droit positif sont, à mon sens, pratiquées dans un contexte «idéologique» où elles trouvent leur jus-

tification ultime. Cette justification n'est pas un fondement dans le sens précis où l'on dirait d'un axiome qu'il est un fondement pour des théorèmes, mais plutôt en ce sens que ce sont des justifications qui ne sont pas mises en question, non en ce sens qu'elles ne pourraient pas rationnellement être mises en question, ou que par convention cela aurait été exclu, mais simplement parce qu'à un moment précis de la pratique positive des règles elles ne sont pas mises en question.

Par ailleurs, mais dans le même ordre d'idées, si l'on considère le plus important modèle philosophique du droit de ce siècle, celui de Kelsen, on peut dire de lui qu'il est à la fois un modèle normatif pour le droit et une prise de position «idéologique» à son égard. Si la raison ultime pour justifier une règle de droit réside dans la norme présumée, selon laquelle il faut se conformer au commandement des «pères de la Constitution», ou si cette raison ultime réside dans les buts que la société de ce droit, en la personne de ses pouvoirs, recherche actuellement (par exemple cent ans après la mort des «pères constituants»), *cela n'est pas un problème «logique» qui comporterait nécessairement, à ce titre, une seule réponse: c'est une question «idéologique».*

Dans le droit belge, l'idée de la Norme fondamentale, est une des valeurs de l'idéologie officielle mais elle est loin d'être la seule ou même celle qui serait suprême. Elle peut entrer en conflit avec d'autres valeurs de cette idéologie. Par exemple, lorsqu'au cours des deux dernières guerres le fonctionnement constitutionnel des institutions fut devenu impossible, les tribunaux (après ces guerres) reconnurent la validité de règles édictées sans se conformer à la Constitution et le fondement de cette validité n'est plus alors la norme présumée mais d'autres exigences comme celle de la continuité de la Nation ou de l'État.

Par ailleurs l'idéologie officielle évolue, et par là, si on admet comme je crois qu'il faut le faire, qu'elle fait partie du droit positif, certaines prémisses de ce droit peuvent changer et par conséquent la relation qui existe entre ces prémisses et celle qui existe entre elles et le droit écrit déjà promulgué. (Ceci permet une grande souplesse sémantique et donc une grande souplesse d'action juridique). Si bien que plutôt que de parler de la cohérence d'un système juridique par analogie avec celle d'un système axiomatique, il faut essayer de voir comment se construit effectivement la rationalité d'un droit positif, c'est-à-dire comment s'élabore et se justifie un discours juridique dans sa pratique.

Dans l'étude qui suit on sentira que les modèles, autour desquels

se déroulent les controverses philosophiques actuelles, manquent des moyens nécessaires pour expliquer ce qui se passe effectivement lorsqu'on envisage la réalité juridique dans son déroulement autonome (c'est-à-dire sans trop se hâter de la traduire, voire de la juger au nom du modèle qu'on en a imaginé en logicien ou en philosophe).

Cet exposé fait partie d'un ensemble d'études de jurisprudence qui serviront de point de départ à une analyse de la rationalité du droit à effectuer dans cet esprit. Je me contente donc de livrer ici une étude jurisprudentielle en l'accompagnant d'observations et de réflexions que la suite de l'expérience confirmera ou infirmera. Bref, il s'agit de quelques hypothèses parmi lesquelles, bien entendu, celles que présuppose cette introduction.

I.

L'Article 97 de la Constitution belge, titre II, chapitre 2, dit: «Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique» (1).

Nous nous trouvons en présence d'un texte dont la portée ne peut être précisée par l'examen des travaux préparatoires du congrès national, puisque son adoption n'a pas donné lieu à discussion (2).

Ce texte énonce deux règles de procédure qui devraient s'appliquer toutes les deux à tous les cas auxquels l'une d'elles s'applique. Les deux phrases ont le même sujet, lequel est exprimé au début de la première, «Tout jugement», et repris au début de la seconde par le pronom «Il».

Si l'on se place au point de vue d'une conception «logico-positiviste» du droit, la seule opération requise pour l'application de ce texte à un cas serait sa qualification de «jugement».

C'est ainsi que semble procéder la Cour de Cassation dans son

(1) a — Sous l'ancien régime, les jugements ne devaient pas être motivés. «L'édit du roi de France du 8.5.1788 intervint qui défendit aux juges de prononcer des décisions non motivées». MERLIN, Rép. V° Motifs des jugements. A. BRAAS, *Précis de procédure civile* n° 22, p. 25.

b — «On dénomme *motifs*, les raisons de droit ou de fait par lesquelles la juridiction saisie s'est décidée à statuer ainsi qu'elle l'a fait». A. BRAAS, *ibid.* p. 26».

«Le juge motive sa décision quand il fait connaître les moyens qui l'ont déterminée». Cass. belge 9.12.1930 — Pas. 1931, I, 47.

(2) HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*. T. II p. 229.

arrêt du 12 juillet 1872: «Attendu que les décisions que les députations permanentes rendent en degré d'appel sur les contestations portées devant les conseils de recensement de la garde civique, *ont le caractère de jugements*; ces décisions doivent dès lors, aux termes de l'art. 97 précité, non seulement être motivées, mais aussi prononcées en audience publique»⁽³⁾. Cet arrêt décide d'appliquer les règles de procédure édictées par la Constitution dès qu'une décision a le caractère de jugement. Il supprime par là la portée d'un argument de pourvoi⁽⁴⁾ dont voici la substance: Une loi du 5 mai 1869 exigeait explicitement que les députations permanentes prononcent leurs jugements en audience publique (cette loi organisait la compétence de ce pouvoir en matière électorale). Ne fallait-il pas qu'une loi exigeât cette formalité de procédure pour qu'elle fût obligatoire? Or, la loi fixant la compétence du même pouvoir en ce qui concerne l'appel des décisions des conseils de recensement de la garde civique, était muette sur ce point.

Un arrêt antérieur de la Cour (16 mars 1868) avait rejeté le même argument, mais ayant cette fois-là à statuer à propos de la première disposition de l'art. 97. Cet arrêt rejette explicitement l'argument et déclare: «Vu le paragraphe 1^{er} de l'art. 97 de la Constitution; — attendu que les décisions des députations permanentes en matière de patentes sont soumises à la règle édictée par le dit paragraphe; — attendu que cela résulte: 1° de la nature même de ces décisions dont l'objet est de juger les réclamations des contribuables; (N.B. seul critère retenu par l'arrêt de 1872 ci-dessus.) 2° de ce qui est prescrit par les art. 13 de la loi électorale et 2. de la loi du 18 juin 1849 pour des cas où les députations permanentes font également acte de juridiction;» (L'objection devient une raison supplémentaire.)⁽⁵⁾.

L'avocat général Cloquette expliquait devant la Cour que la présence d'un texte spécial dans la loi du 18 juin 1849 «n'était qu'un rappel surabondant». C'est selon lui «en vertu d'une disposition constitutionnelle et comme une conséquence de la loi même», que la matière de la loi (sous examen) est régie par la règle de la motivation.

Ces deux arrêts décident donc que l'art. 97 s'applique même si une

⁽³⁾ Pasicrisie belge, 1872 I, 452. (C'est moi qui souligne.)

⁽⁴⁾ «Pourvoi» est le nom des conclusions déposées par les avocats auprès de la Cour de Cassation.

⁽⁵⁾ Pas. 1868, I, 286 et 287. Au lieu de raisonner «a contrario» (comme on le fera en 1880 et comme le fait le pourvoi) on raisonne «par analogie» (au sens juridique de ces expressions).

loi vient à organiser des compétences juridictionnelles sans reprendre les termes de cet article parmi ses propres dispositions.

Cette application du texte est conforme à l'avis du commentateur de la Constitution belge, Thonnissen, dont l'ouvrage est très souvent cité auprès de la Cour de Cassation. Celui-ci écrit dans «*Constitution belge annotée*» (1879) à l'art. 97, que les deux règles sont d'application, même si la mission du juge est spéciale. Il écrit à propos de la seconde disposition de l'art. 97: «La règle est absolue.»

Des arrêts concernant la seconde disposition interviennent en 1875, 1876 et consacrent des solutions tout-à-fait conformes à celles des arrêts que nous avons examinés ci-dessus ⁽⁶⁾.

Mais voici qu'en 1880, le 2 janvier, la Cour statue à propos de l'obligation, pour la Cour des Comptes, de prononcer des décisions en audience publique. Contre toute attente cet arrêt déclare «logique» ce qui suit: «Attendu que la disposition constitutionnelle qui prescrit de prononcer tout jugement en audience publique ne concerne que les tribunaux qui sont investis de l'exercice du pouvoir judiciaire,... aucun texte ne déclare obligatoire, pour les séances de la Cour, le principe de la publicité» ⁽⁷⁾. Et la Cour refuse en conséquence de casser l'arrêt de la Cour des Comptes, bien qu'il n'ait pas été prononcé en audience publique. Modification de la portée de l'art. 97 ? Non, puisqu'en 1900 la Cour déclare derechef: «Attendu qu'il ne conste pas que l'arrêt dénoncé rendu par la députation

⁽⁶⁾ Pas. 1875, I, 268. Pas. 1877, I, 44.

⁽⁷⁾ Pas. 1880, I, 48 et seq.

Voici quelques arguments invoqués par le procureur avant cet arrêt qui lui donne raison: «Lors donc que la constitution décrète la publicité des audiences, aussi bien pour les débats que pour les jugements, cela s'entend des juridictions de droit commun statuant en matière contentieuse, à ce point que toutes les fois que la loi a jugé à propos d'étendre le bienfait de cette publicité au contentieux administratif, notamment aux décisions des Députations Permanentes sur des réclamations électorales, elle l'a déclaré en termes exprès (loi du 5.5.1869 — Art. 17)». M. MESDACH DE TER KIELE ne souffle mot de la jurisprudence contraire à cette argumentation! «... depuis 70 ans que cette juridiction (la Cour des Comptes) fonctionne parmi nous, jamais elle n'a procédé en présence du public, sous aucun des trois régimes politiques qui nous ont gouvernés». «... la Loi Fondamentale de 1815, Art. 174, portait également que «tout jugement est prononcé en audience publique». Placés tous les deux (les art. 96 et 97) au chapitre du pouvoir judiciaire, ils empruntent à ce titre cette interprétation significative qu'il ne régissent que les audiences et les jugements qui sont l'œuvre de ce pouvoir».

permanente en matière contentieuse ait été prononcé en séance publique conformément à l'art. 97 de la Constitution..., casse...»⁽⁸⁾.

On ne peut «logiquement» concilier ces deux dernières arrêts que si l'on pose que les jugements visés en 1900 sont ceux de Tribunaux investis de l'exercice du pouvoir judiciaire, ce que ni la Cour, ni aucun juriste n'affirme.

Si l'on veut concevoir le droit positif comme le résultat de l'application des axiomes et des règles du calcul logique à des énoncés autoritaires hiérarchisés selon des critères non ambigus⁽⁹⁾, (ce qui nous paraît une bonne manière de déterminer l'idée logico-positive du droit), on doit accepter les conséquences qui résultent d'un tel modèle. Or, la cohérence d'un système axiomatique est définie par le fait que ce système ne permet pas de démontrer une proposition et sa négation. Or, on peut conclure des motifs de ces arrêts: a) Les décisions de la Cour des Comptes ne sont pas des jugements (si on applique le critère de l'arrêt de 1872 au cas de l'arrêt de 1880) b) Les députations permanentes sont des tribunaux investis de l'exercice du pouvoir judiciaire (si l'on applique le critère de l'arrêt de 1880 au cas de 1900 ou aux cas des arrêts de 1872-75-76 et 79).

Et partant, le droit positif admettrait à la fois que les députations permanentes font et ne font pas partie du pouvoir judiciaire et qu'une décision de la Cour des Comptes est et n'est pas un jugement.

II.

Voyons comment l'une des difficultés que ces arrêts confrontés présentent pour une «rationalité» des règles juridiques sera résolue

⁽⁸⁾ Pas. 1900, I, 162.

⁽⁹⁾ Ulrich KLUGG, *Juristische Logik*, Berlin 1951 — P. 6 «Es handelt sich also um die Ableitung der auf den bestimmten Einzelfall anzuwendenden Richtlinien aus den generellen Direktiven, die in den gesetzlichen Bestimmungen — mit Einschluss des anerkannten Gewohnheitsrechts — enthalten sind». «Die juristische Logik ist die Lehre von den im Rahmen der Rechtsfindung zur Anwendung gelangenden Regeln der formalen Logik».

OPPENHEIM F. élabore l'idée d'une axiomatique juridique au sens propre.

BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*. P. 35 «... per decidere se una norma sia valida (cioè esista come regola giuridica appartenente ad un determinato sistema), bisogna di solito compiere tre operazioni ... 1) accertare se l'autorità que l'ha emanata aveva il potere ... 2) ...se non sia abrogata... 3) ...se non sia incompatibile con altre norme del sistema...»

par la jurisprudence elle-même⁽¹⁰⁾. Il faut remarquer à cet égard une particularité de la formation de la rationalité juridique au niveau ici examiné, elle se note par ceci, que les arrêts de la Cour de Cassation statuent sur une question précise que les pourvois posent devant elle et que, bien souvent, il lui est possible de décider dans une espèce en n'explicitant pas le critère de sa décision. Prenons par exemple l'arrêt du 19 décembre 1876, il se contente de déclarer qu'aux termes de l'art. 97 de la Constitution: «Tout jugement doit être prononcé en audience publique... Cette disposition est applicable aux décisions des députations permanentes statuant comme juridiction contentieuse entre l'administration et le contribuable» et comparons-le à l'arrêt conforme à celui-ci et daté du 22 juillet 1872 (cf. supra). L'arrêt de 1876 se contente de ce que j'appellerais volontiers une *qualification ostensive* (à raison de l'analogie que je vois entre ce type de qualification et ce que les analystes du langage, notamment Mme Kotarbinska, nomment une définition ostensive.) Dans une telle décision nous trouvons à la fois une qualification autoritaire de certains faits, êtres ou événements, etc..., et l'ébauche au moins implicite d'une définition d'un ou de plusieurs termes de l'énoncé de la règle, définition ostensive précisément.

(La spécificité de la qualification judiciaire par rapport à la définition ostensive réside peut-être en ceci: 1°) que d'une part, certains termes du «définiens» sont déjà intégrés dans un énoncé normatif et que d'autre part, pour certains cas du «definiendum», d'autres décisions sont déjà intervenues; 2°) Le motif, la raison de qualifier n'est pas principalement, comme l'est souvent celui de définir, de caractériser une partie du réel pour le distinguer, mais d'assurer un certain traitement d'un conflit ou d'un cas en vue de garantir ou d'éviter certaines conséquences qu'entraîne précisément telle ou telle qualification de ce conflit ou de ce cas.)

C'est, du point de vue de la Cour, un arrêt prudent qui ne va pas au delà de la subsumption immédiate d'un cas à une règle en disant: ceci est un cas de telle règle (voyez d'ailleurs combien la désignation du cas est précisée dans cet arrêt). L'arrêt de 1872 pose en plus le critère qui conduit à la subsumption du cas (je parlerais alors de qualification extensive). Il dit: «Ceci a les caractères d'un jugement et doit dès lors être non seulement motivé mais prononcé.» Il n'est pas toujours simple d'expliquer pourquoi tel arrêt s'engage

⁽¹⁰⁾ «Rationalité», c'est à dire ici en conformité avec la règle de justice. A ce propos voyez *La Règle de Justice* de PERELMAN C., *Dialectica* V. 14. N° 2/3. 15.6-15.9.1960.

vers la fixation d'un critère et tel autre se contente laconiquement d'une désignation. Cela peut dépendre de la formulation des précédents (comme on peut supposer que c'est le cas dans notre exemple) ⁽¹¹⁾ des arguments du pourvoi auxquels la Cour estime avoir à répondre (cf. supra, l'argument de la présence de la règle dans certaines lois, et la réponse de l'arrêt) et sans doute aussi (et ceci n'est pas négligeable) de la qualité des critères ou des principes qu'à un moment donné elle, ou son procureur, ont été capables d'élaborer, ou encore de son désir de faire cesser des controverses, ou simplement celui de poser un arrêt de principe. (Cf. aux U.S.A. l'arrêt Marshal qui proclame, sans nécessité dans l'espèce, le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par la Cour suprême, comme un important exemple du désir de poser vite un principe ⁽¹²⁾.)

Ainsi dans notre problème il faut attendre un arrêt du 9 octobre 1959 pour trouver une justification jurisprudentielle à la disparité de traitement des deux phrases couplées de l'art. 97 ⁽¹³⁾. Nous allons dans cet arrêt assister à la quasi ⁽¹⁴⁾ naissance officielle d'un «principe général» du droit belge, grâce auquel principe la difficulté rationnelle sera supprimée.

Le procureur posera le problème devant la Cour: pourquoi une extension différente aux deux règles du même article de la Constitution ?

J'é mets l'hypothèse que pour lui, il s'agit à la fois 1°) d'établir la cohérence des décisions antérieures (tant que faire se peut), 2°) de fournir à cet effet des critères justifiés des distinctions opérées par ces arrêts et 3°) d'appliquer ces critères à l'espèce du pourvoi en cause. Notons que sa solution ne rétablit la règle de justice ⁽¹⁰⁾, la rationalité de la jurisprudence, que pour une des infractions à cette règle et ne donne pas de solution quant à la différenciation du traitement de certains tribunaux administratifs en ce qui concerne l'obligation du prononcé.

La solution est simple: il faut considérer la première disposition de l'art. 97 comme une consécration particulière d'un principe géné-

⁽¹¹⁾ Le précédent ayant, lui, fixé un critère, on estime ne plus avoir à le rappeler.

⁽¹²⁾ DUPRIEZ, L., *Le Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois aux États-Unis*. — Bulletin de l'Académie Royale de Belgique. 5° série, T. XIV, p. 166-169.

⁽¹³⁾ Voyez l'article consacré à cet arrêt par M. P. de VISSCHER dans la *Revue Critique de Jurisprudence Belge*. 1960.

⁽¹⁴⁾ «quasi», puisque le procureur général sera seul à employer le mot.

ral du droit, et la seconde, comme une disposition pure et simple qui crée une règle. La première disposition applique une règle mais ne la crée pas, elle la consacre; la seconde crée une règle; et c'est pour ces raisons qu'il faut exiger la motivation pour tout jugement et le prononcé seulement pour ceux qui émanent de l'ordre judiciaire stricto sensu.

Mais ce qui est très important pour notre objet, c'est que cette solution *ne résulte ni d'une analyse logique mieux faite du texte, ni d'une nouvelle analyse des intentions des constituants, ni d'une analyse linguistique laquelle interdirait l'affirmation du procureur, mais simplement de l'appréciation de la valeur et de l'importance respectives des deux règles*. Cette valeur différente de deux règles résulte, selon la théorie de l'arrêt, de ce qu'elles sont des moyens pour des buts d'inégale importance. L'on aperçoit qu'en effet les conséquences de l'absence de motivation des décisions sont plus graves et plus nombreuses à se présenter à l'esprit du juriste belge contemporain que celles qui résultent de l'absence de leur prononcé public. D'autre part, cela permet de comprendre pourquoi la jurisprudence a admis de ne pas toujours étendre l'application de la seconde règle, mais a toujours consacré la première (du moins en matière contentieuse). Que, partant, ce que le juge de 1959 décide reste, en un sens, conforme à l'appréciation portée par ses prédécesseurs. Pour toutes ces raisons, il ne reste plus qu'à admettre la théorie du procureur pour transformer le statut des deux dispositions constitutionnelles. La manière dont la jurisprudence a traité différemment les deux textes est dès lors justifiée par le fait que ces deux textes sont de nature juridique différente.

Cette dernière opération permettra même d'invoquer, malgré les curieux traitements qu'on lui a fait subir, l'article 97 comme le fondement écrit de la décision. (La loi belge exige, on le sait, que le pourvoi en Cassation précise les dispositions légales enfreintes par les décisions attaquées, c'est une raison importante pour amener la Cour à indiquer elle aussi les textes enfreints par les jugements qu'elle casse).

Voici comment s'est exprimé Maître Hayoit de Termicourt: «La première disposition de l'art. 97 n'est qu'une application d'un principe général du droit, principe dont le respect s'impose partant à toutes les juridictions contentieuses, tandis que dans sa seconde disposition, l'art. 97 tout comme l'art 96 établit lui-même une obligation et est partant la seule base de celle-ci. Or, une fois admis que cette dernière disposition n'est pas la simple expression d'un principe général du droit, mais établit une règle spéciale, il en découle qu'elle n'est de

plein droit applicable qu'au tribunaux spécialement visés dans le même chapitre de la Constitution, c'est-à-dire les «Tribunaux» au sens de ce terme dans les art. 92 et 93... faisant partie de l'ordre judiciaire.

Et la Cour qui accepte de donner une solution de principe à cette «question délicate» déclare: «Attendu que l'art. 97 de la Constitution, en tant qu'il dispose que tout jugement est motivé, énonce une règle qui constitue pour les parties une garantie essentielle contre l'arbitraire du juge et est partant inséparable de la mission de juger une contestation; que cette règle est dès lors applicable à toute juridiction contentieuse;

Attendu qu'en tant qu'il dispose que le jugement est prononcé en audience publique, l'article précité a pour but de permettre un contrôle public de la décision rendue; que ce contrôle n'étant pas inséparable de la mission de juger, la dite disposition, comme celle de l'art. 96 qui prescrit la publicité des audiences, n'est applicable de droit qu'aux tribunaux au sens de ce terme dans les articles 92 et 93 de la Constitution, c'est-à-dire, aux tribunaux de l'ordre judiciaire ⁽¹⁵⁾.

III.

Si nous disons qu'une règle sanctionnée par une décision de la cour de cassation (laquelle comporte au moins le rattachement d'un cas à un énoncé normatif et normalement un critère qui est à la base de ce rattachement) est une règle de droit positif, nous devons admettre que la double disposition à l'étude est en relation avec huit règles de droit positif (alors qu'elle n'en énonce que deux).

Avant de les énumérer, il faut compléter notre examen de la jurisprudence ⁽¹⁶⁾. On distingue en doctrine belge les jugements gracieux

⁽¹⁵⁾ Certains juristes contestent la valeur de cette distinction entre l'importance des deux règles établies par la Cour. Maître LALLEMAND R. déclare à ce propos, dans une note, «l'argument de la Cour de Cassation prête le flanc à la critique si l'on songe que le Constituant a considéré que le contrôle de l'acte juridictionnel devait être fait par le public. La motivation et le prononcé étant deux conditions nécessaires et inséparables pour le contrôle de l'activité des tribunaux. Les constitutions libérales ayant toutes voulu briser le corporatisme de la Justice, tout autant que l'arbitraire du juge. Pour sauver la cohérence de sa jurisprudence, la Cour est amenée à violer l'esprit du Pacte fondamental».

et les jugements contentieux. Les premiers sont ceux qui interviennent sur la requête unilatérale, non critiquée par un adversaire, de la personne intéressée (tel est le cas par exemple en matière d'adoption ou de divorce par consentement mutuel). Les seconds sont ceux où un conflit juridique existe au contraire entre les adversaires. L'arrêt de 1959 parle de «la mission de juger une contestation» précisément en ce sens. La jurisprudence est en effet fixée sur ce point là. Les obligations de motivation et de prononcé, en question dans cet arrêt, ne concernent en tout état de cause que les décisions contentieuses, mais en ce qui concerne les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, la cour exige la motivation des causes contentieuses et gracieuses, et le prononcé des seules décisions contentieuses.

Si nous répertorions à présent le nombre de règles positives, en considérant chaque traitement d'un cas par la cour, selon un critère distinct en fonction duquel, soit elle écarte, soit elle impose l'obligation de motiver ou de prononcer, nous pouvons former le tableau suivant.

A.- «Tout jugement est motivé».

- | | | | | |
|--------------------------|-------|-----------------|--------------------|------------|
| I.- Ordre judiciaire | (1) } | contentieux | { | obligation |
| | | gracieux | | |
| II.- Autres juridictions | | | | |
| | | (2) Contentieux | — Obligation | |
| | | (3) Gracieux | — Pas d'obligation | |

B.- «Il est prononcé en audience publique».

- | | | | | |
|--------------------------------------|--------------------------|-------------------------|--|--|
| I.- Ordre judiciaire | (1) Contentieux | — Obligation | | |
| | (2) Gracieux | — Pas d'obligation | | |
| II.- Autres juridictions | | | | |
| | | Contentieux. | | |
| | (3) 1. Déput. permanente | — Oblig. | | |
| | (4) 2. Autres juridic. | — Pas oblig. | | |
| | (5) Gracieux | — Pas d'obligation. | | |
| 1. Ordre judiciaire | | | | |
| | | } Obligation de motiver | | |
| 2. Autres juridictions contentieuses | | | | |
| | | } Obligation de motiver | | |
| 3. Autres juridictions gracieuses | | | | |
| | | } Liberté de motiver | | |

- | | |
|---------------------------------------|---------------------------|
| 4, Ordre judiciaire et
contentieux | } Obligation de prononcer |
| 5. Ordre judiciaire et gracieux | } Liberté de prononcer |
| 6. Députation permanente | } Obligation de prononcer |

Contentieux

- | | |
|---------------------------------|------------------------|
| 7. Autres (sauf déput. perman.) | } Liberté de prononcer |
|---------------------------------|------------------------|

Contentieux

- | | |
|--|------------------------|
| 8, Autres (y compris dép. perm.)
Gracieux | } Liberté de prononcer |
|--|------------------------|

Ces règles ne sont pas dans la même relation avec le texte.

Les règles dont le seul «fondement» est le sens de l'énoncé même du texte sont:

- 1) la règle de motivation obligatoire des décisions gracieuses de l'ordre judiciaire, et
- 2) le prononcé des décisions contentieuses des mêmes instances⁽¹⁷⁾.

En effet, si l'obligation de motiver les causes contentieuses de l'ordre judiciaire est bien inscrite au texte, celui-ci n'étant que l'application du principe général, celui-ci est également fondement pour cette règle, dans une partie de son extension, à savoir les causes contentieuses. Deux «sources» ou deux autorités se superposent.

Le principe général ne reçoit pas son fondement du sens de l'énoncé même du texte; ce texte est une preuve, un indice, son existence est employée comme un argument supplémentaire en vue d'établir l'existence du principe général, lequel tire sa «validité» de son importance comme moyen d'éviter l'arbitraire du juge⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ BRAAS, *ibid.*, 1135 P. 593.

⁽¹⁷⁾ Lorsque la Cour de Cassation déclare dans son arrêt de 1959 que «la première disposition énonce une règle etc...» ou que son procureur parle de la «simple application d'un principe général du droit», ces affirmations ne sont pas tout à fait précises puisque la première disposition comporte, outre le champ du principe, une extension propre: les décisions gracieuses de l'ordre judiciaire.

⁽¹⁸⁾ Et non pas comme une conséquence logique des normes écrites comme semble le croire WROBLEWSKI, dans son article *The general principles of*

IV.

En 1879, nous avons un état du droit positif (textes et jurisprudence) qui, à condition de ne pas tenir compte ici des distinctions établies par la jurisprudence selon qu'il s'agit de décisions contentieuses ou gracieuses, semble se conformer au modèle de Kelsen par exemple⁽¹⁹⁾.

Le juge s'est prononcé sur la signification du mot «jugement» dans l'art. 97 en se fondant sur le statut hiérarchique supérieur des normes constitutionnelles.

Que se passe-t-il en 1880, après l'arrêt de principe qui limite l'application de l'art. 97 par. 2 «aux tribunaux investis de l'exercice du pouvoir judiciaire» ?

Kelsen pourrait encore défendre son modèle en avançant que cet arrêt interprète la disposition constitutionnelle et qu'il fixe son sens après une analyse plus fouillée. (Toutes les dispositions qui figurent dans une constitution n'ont pas nécessairement tous les caractères de «grundnorm» posée, mais seulement celles dont le sens révèle ce caractère de fondement).

Mais il faudrait alors 1° reconnaître la même portée à la première disposition, 2° considérer les arrêts antérieurs comme désormais corrigés en ce qu'ils avaient donné un autre sens et un autre statut aux deux dispositions.

Or, l'examen de la jurisprudence ultérieure ne confirme, comme nous l'avons vu, aucune de ces deux «prévisions».

Mais le positivisme logique pourrait se tenir sur une position différente. Il pourrait reconnaître certes la valeur «axiomatique» des énoncés émanant des autorités législatives ou constitutionnelles, mais aussi que le champ de variation des mots qui y figurent sont l'œuvre du pouvoir judiciaire⁽²⁰⁾.

Le juge serait détenteur du pouvoir de poser des définitions, dans la mesure par exemple où celles-ci n'ont pas été explicitement posées par le législateur ou le constituant, et du pouvoir de décider

law (Rapports polonais présentés au 6^e Congrès International de Droit comparé).

(19) KELSEN, H., *Théorie pure du Droit* et aussi *Eine Realistische und die reine Rechtslehre*.

(20) OPPENHEIM décrit la transcription du droit en un langage formalisé en intégrant la jurisprudence et ses décisions comme des «définitions» dans le langage du calcul logique.

arbitrairement du sens des mots qui figurent aux énoncés (lorsque ceux-ci ne sont pas définis dans l'énoncé lui-même).

Le tenant de cette thèse semble pouvoir expliquer la situation de 1880.

Le juge peut décider à sa guise de l'extension du mot «jugement», établir pour chaque décision juridictionnelle si elle est un cas de la règle et se contenter même de qualifications ostensives qui ne le lient que pour l'espèce de décisions juridictionnelles désignée.

Selon un tel modèle les contradictions que je relève dans la jurisprudence étudiée s'évanouissent. Le juge peut en effet décider que la cour des Comptes fait partie de l'extension de la règle 2 de l'art. 97 et en vertu du pouvoir qui lui permet de décider cela aujourd'hui, décider demain qu'elle n'en fait pas partie.

Si l'on recule devant cette conséquence du modèle, il faut par exemple exiger que les décisions soient irréversibles, mais cette affirmation n'est ni facile à fonder en droit belge — qui n'impose pas le respect des décisions antérieures — ni confirmée dans le cas que nous étudions.

Mais cette thèse se heurterait encore à d'autres objections très graves.

D'abord, elle ne peut retenir de nos arrêts que la désignation des cas à subsumer sous la règle et doit négliger une part importante des motivations de ces arrêts, dans la mesure où ceux-ci posent des critères qui, pris au sérieux, conduisent aux contradictions relevées.

Mais ceci équivaut, pour sauver le modèle énoncé, ci-dessus à concevoir une jurisprudence imaginaire dont l'existence ne résulte que de l'essence qu'on en conçoit.

Et le logicien peut alors être conduit à considérer l'irrationalité des motifs des jugements comme un fait certain⁽²¹⁾ mais sans conséquence pour la rationalité juridique, si je puis m'exprimer aussi brutalement.

Mais je ne vois vraiment pas comment ce modèle pourra expliquer que les juges puissent traiter, non seulement en toute liberté l'extension d'un terme, mais aussi la structure grammaticale de l'énoncé des règles.

Les deux règles énoncées ont le même sujet et dès lors chaque fois que le juge exerce son pouvoir arbitraire de définition pour ap-

⁽²¹⁾ Ce point de vue est soutenu dans l'ouvrage (fort intéressant par la richesse du donné sur lequel il porte ses efforts) de O. C. JENSEN, *The nature of legal argument*.

plier ou refuser d'appliquer une des règles, la construction de la phrase l'oblige au moins à appliquer ou à refuser d'appliquer aussi l'autre.

Le logicien modifiera-t-il son modèle pour accorder aussi ce pouvoir-ci au juge ?

Dès lors, le juge devient le seul pouvoir, puisqu'il ne doit même plus respecter la structure des «axiomes» eux-mêmes !

V.

Voici quelques hypothèses méthodologiques.

- 1) Les arrêts de la Cour de Cassation peuvent être classés du point de vue de l'élaboration de la rationalité juridique
 - a) en arrêts ostensifs: ceux-ci ont un degré de généralité variable selon l'étendue de la classe d'êtres désignés.
ex.: 1876 — Députation permanente en matière de etc..
1900 — Députation permanente en matière contentieuse.
 - b) en arrêts extensifs: ceux-ci ne désignent pas une classe de cas plus ou moins étendue, mais posent le critère de toute l'étendue de la règle.
ex.: 1872 — 1875.
1880.
 - c) en arrêts théoriques ou de rationalité juridique: arrêts qui donnent une solution à un «problème» ou qui suppriment la contestation légitime de la rationalité de la jurisprudence.
ex.: 1959.
- 2) La Cour de Cassation n'est pas en chaque arrêt, capable ou désireuse ou forcée de justifier la compatibilité de ses décisions *dans leur ensemble*.
Si bien que la rationalité de la jurisprudence est une exigence, non un fait, à laquelle la Cour satisfait dans certaines circonstances, non à tout moment.
- 3) Les Prémisses d'une argumentation devant la Cour comportent:
 - Le droit écrit.
 - La jurisprudence de la Cour (par l'exigence de rationalité et non parce que une règle écrite l'impose).
 - Les fondements idéologiques du droit.
 - Les catégories juridiques traditionnelles.

— Les prémisses d'un auditoire universel.

Etant donné la coexistence de ces classes de prémisses, on peut arriver à modifier l'une ou l'autre à partir des autres et cela par une construction (soutenue par une argumentation) qui lie les prémisses en question, ou certaines d'entre elles, dans chaque cas.

- 4) L'élément déterminant lors de l'élaboration d'une règle nouvelle c'est le choix des conséquences juridiquement désirées. Mais il faut intégrer toute règle nouvelle aux prémisses par une construction vraisemblable et «cohérente» (ou harmonieuse) pour que la rationalité juridique soit assurée.

J. MIEDZIANAGORA
Asistant du prof. Perelman