

## JUGES, LACUNES ET IDÉOLOGIE

J. MIEDZIANOGORA

### I. — INTRODUCTION DES NOTIONS DE «LACUNE<sub>1</sub>» ET «LACUNE<sub>2</sub>»

Le mot : lacune, n'a pas toujours un sens suffisamment précis dans les controverses juridiques et philosophiques où l'on parle des lacunes en droit positif. Je commencerai donc par préciser le sens que je donnerai ici à ce mot.

Pour tous ceux qui traitent le problème la notion d'une lacune en droit positif est celle d'un manque.

Que manque-t-il dans les lois lorsqu'on dit d'elles qu'elles comportent des lacunes et qu'est-ce qui ne manque pas dans les lois lorsqu'on dit d'elles qu'elles ne comportent pas de lacunes? Des règles. Ce point n'est pas controversé. Je veux introduire ici une distinction entre deux sortes de lacunes, qui aidera peut-être à éclairer la discussion. Je me servirai d'exemples avant de définir exactement la portée de cette distinction.

Un juge décide que Monsieur P doit payer la somme s à Monsieur R et fonde sa décision sur la règle d'une loi selon laquelle le débiteur doit exécuter les prestations propres aux obligations qu'il a valablement contractées. La loi comporte, selon le juge, une règle spéciale. Cette règle est spéciale en ce qu'elle concerne le cas des débiteurs. Une loi par laquelle on punit un voleur d'emprisonnement, est également, en ce sens, une loi qui comporte une règle spéciale.

Le juge qui s'en tiendrait à la doctrine de certains exégètes selon laquelle le code civil est complet, et qui débouterait un plaideur pour le motif que celui-ci ne peut invoquer aucune règle qui fasse l'objet d'un texte de loi, n'invoquerait pas une règle spéciale. Il invoquerait une règle générale. Cette règle est générale en ce qu'elle concerne la décision des juges dans les cas où l'on ne pourrait trouver dans une loi aucune règle spéciale.

A la question «quelle est la règle pour telle situation?» on peut répondre en indiquant une règle spéciale ou au contraire en constatant qu'il n'existe pas de règle spéciale.

A la question «lorsqu'il n'y a pas de règle spéciale, quelle est la règle?», on peut répondre en indiquant une règle générale qui concerne précisément la décision à prendre dans les cas pour lesquels n'existe pas de règle spéciale, ou au contraire, en disant qu'il n'existe pas de règle générale de ce genre.

Je distinguerai donc deux cas d'absence de règle. Le premier cas est celui de l'absence de règle spéciale, le second est celui de l'absence de règle générale.

Je nommerai «lacune<sub>2</sub>», l'absence d'une règle générale.

Je nommerai «lacune<sub>1</sub>», l'absence d'une règle spéciale.

Certains peuvent croire que le problème des lacunes se ramène à celui de la lacune<sub>2</sub> ou au contraire à celui de la lacune<sub>1</sub>. Quand les philosophes du droit nous parleront du droit comme d'un «système» légal, ils seront enclins à ne considérer que la question suivante : «le système comporte-t-il une règle générale» c'est-à-dire une règle qui comble une lacune<sub>2</sub>?

Si la réponse à leur question est affirmative, ils diront souvent que le «système» est complet.

Je pense, pour ma part, que la question mérite un examen plus précis. Il faut se demander s'il n'est pas vrai, au contraire, que, une fois les lacunes<sub>2</sub> comblées, il pourra subsister des lacunes<sub>1</sub>.

## II. — LACUNE<sub>2</sub>. ABSENCE DE LACUNE<sub>2</sub> ET LACUNE<sub>1</sub>

### *Lacune<sub>2</sub>*

Supposons qu'un «système» légal ne comporte aucune règle générale concernant le traitement des situations pour lesquelles il y aurait une lacune<sub>1</sub>. Supposons que la question : «Quelle est la règle pour la situation S?» est posée devant un juge; supposons que les règles de procédure réglant la manière de présenter la question lors d'un procès ne sont pas telles que cette question doive être réglée avant que le juge n'intervienne.

Le juge, placé devant la situation S pour laquelle il ne voit pas de règle spéciale préétablie, et qui estime qu'il y a une lacune<sub>2</sub>, décidera *quelque chose*.

Par exemple il dira, pour prendre une solution chère à M. Julius Stone <sup>(1)</sup>, «non liquet»; ou encore, il débouterà, il posera une règle de son propre chef, ou il suspendra le procès, etc...

Quoi qu'il fasse, la maxime de sa décision pourra, au moins à propos d'un cas, être analysée comme appliquant une règle pour résoudre une lacune<sub>2</sub> du «système». La règle de «non liquet» indique, elle aussi, une conduite du juge face à une lacune<sub>1</sub> et joue par conséquent le rôle d'une règle qui comble la lacune<sub>2</sub> du «système» à propos de tel cas de lacune<sub>1</sub>.

Quant à la lacune<sub>1</sub>, la décision du juge relative à la lacune<sub>2</sub>, lui apportera une solution elle aussi : solution négative ou positive. Là où il y a lacune<sub>1</sub>, le juge ou bien posera une règle, ou bien n'en posera pas.

### *Absence de lacune<sub>2</sub> et lacune<sub>1</sub>*

Supposons qu'un système légal comporte une règle générale concernant la manière de traiter les situations pour lesquelles il y aurait une lacune<sub>1</sub>. Nous devons examiner plusieurs cas.

#### 1. «Systèmes» fermés

Selon MM. Julius Stone et Tammelo <sup>(2)</sup> qui, dans ce cas, examinent la situation du point de vue de la logique déontique, un «système» fermé est un «système» qui comporte, soit la règle «tout ce qui n'est pas interdit est permis», soit la règle «tout ce qui n'est pas permis est interdit».

Dans de tels «systèmes», subsiste-t-il ou ne subsiste-t-il pas, et en quel sens précis dans chaque cas, des lacunes<sub>1</sub>?

a) *Règle de la «liberté»*. Si l'on ajoute à la règle «tout ce qui n'est pas interdit est permis», la règle «tout ce qui est permis est garanti

(1) Julius STONE, *Legal system and lawyers' reasonings*, 1964, pp. 188 à 192. «The phenomenon of absence of law and the open legal order».

(2) Julius STONE, cf. note 1. Ilmar TAMMELO, On the logical structure of the law field, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, pp. 95 à 101.

par le droit positif», on aboutit à des lacunes<sub>1</sub> (3).

Voici pourquoi. Ce qui, dans cette hypothèse, est garanti par le droit, c'est que personne ne sera empêché par un autre de faire ce qu'aucune règle ne lui interdit de faire.

A moins de supposer que toute forme quelconque d'empêchement a été prévue et interdite — prévision impossible pratiquement —, le juge devra apprécier si tel ou tel acte d'empêchement non prévu doit être sanctionné. Il subsiste dès lors des lacunes<sub>1</sub>.

Les règles qui manquent sont celles qui apporteront dans chaque différend à propos d'un acte d'empêchement non prévu la détermination exacte de la portée de la garantie.

Si l'on supprime de cette solution la règle de garantie, on doit reconnaître que le «système» légal ainsi imaginé ne comporte ni lacune<sub>2</sub> ni lacune<sub>1</sub>, quitte à discuter de la qualité pratique ou idéologique de la solution.

#### b) Règle de l'interdiction

Si dans le «système» légal existait la règle : «tout ce qui n'est pas permis est interdit», comment la question des lacunes<sub>1</sub> se présenterait-elle?

Si l'on prend la règle au pied de la lettre, si vraiment *tout* ce qui n'est pas permis dans une règle préétablie est interdit, il n'y aurait plus de lacune<sub>2</sub> ni de lacune<sub>1</sub>. Mais on se représente assez difficilement l'existence des «sujets» d'un tel «système» de droit. Si l'on admet qu'il n'y a que certaines situations, celles qui, — comme on dira alors, — relèvent du droit positif, qui sont concernées par la règle générale de l'interdiction, on devra conclure qu'un tel «système» continue à comporter des lacunes<sub>1</sub>. En effet, devant une

(3) Kelsen dans la *Théorie pure du droit*, traduction de 1953 de THEVENAZ, adoptait la solution liberté plus garantie. «En d'autres termes, chacun est libre d'agir à sa guise quand sa conduite n'est pas déterminée par le droit. Cette liberté lui est garantie par l'ordre juridique, car celui-ci n'établit pas seulement l'obligation de se conduire d'une manière déterminée (dans la mesure où la conduite contraire est la condition d'une sanction), il garantit aussi la liberté de faire ou de ne pas faire ce à quoi l'on n'est pas obligé puisqu'il impose à chaque sujet la double obligation de ne pas empêcher autrui à faire ce qui n'est pas interdit et de ne pas le contraindre à faire ce qui est interdit» (*Théorie pure du droit*, traduction de THEVENAZ, 1953, page 143). Dans la traduction de 1963 de EISENMAN, il a supprimé la garantie p. 326.

situation quelconque pour laquelle n'existe pas une règle spéciale de permission, le juge devra se demander si elle relève du droit positif et par conséquent si elle est soumise à la règle d'interdiction. Chaque fois qu'il écartera la relevance de la règle d'interdiction, il posera une règle spéciale de permission, comblant ainsi une lacune<sub>1</sub>.

Je crois que l'hypothèse de l'interdiction universelle est une hypothèse d'école, alors que l'hypothèse de l'interdiction limitée est peut-être celle d'un régime dit «de privilèges».

Dans le second cas, où la règle d'interdiction a une portée limitée, il subsistera des lacunes<sub>1</sub>.

## 2. Le juge est chargé par une règle de combler les lacunes<sub>1</sub>

La dernière hypothèse que j'examinerai est celle de la règle de l'article 4 du code Napoléon (4), à supposer que l'on interprète cet article comme le faisaient ceux qui en discutèrent l'adoption. Le juge doit donc poser une règle lorsqu'il est en face d'une lacune<sub>1</sub>.

On voit que dans un tel «système» légal, les lacunes<sub>1</sub> n'ont pas disparu. Quelqu'un, le juge, a été chargé de supprimer, lors des procès particuliers qui se présentent devant lui, la lacune<sub>1</sub>, éventuelle à propos d'une situation en cause lors de ces procès.

Remarquons que si l'on pense à ces codes qui indiquent qu'il faut conduire le raisonnement à partir des lois réglant des cas semblables ou à partir des principes généraux du droit, de l'équité, ou en tenant compte du style de la curie romaine, comme c'est le cas en droit canon (5), ou qui proposent au juge de décider comme s'il avait été législateur, on peut dire qu'ils indiquent au juge ce qui doit l'inspirer en présence des lacunes<sub>1</sub> mais on doit néanmoins admettre que les lacunes<sub>1</sub> subsistent.

(4) Voici le texte de cet article : «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.»

(5) Canon 20. *Codex canonici Benedictii XIII*. Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus; a generalibus juris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum.

Nous pouvons donc tirer une première conclusion. Sauf le cas de la liberté sans «garantie» et celui de l'interdiction universelle, les règles qui suppriment les lacunes<sub>2</sub> laissent subsister des lacunes<sub>1</sub>.

### III. — LACUNES ET IDÉOLOGIE

*A quoi reconnaît-on une lacune<sub>1</sub>? — En quoi une lacune<sub>1</sub> diffère-t-elle d'une absence de règle?*

Lorsque pour supprimer une lacune<sub>2</sub>, nous avons une des règles :

1. liberté plus garantie;
2. interdiction limitée;
3. le texte de l'article 4, (auquel on peut avoir ajouté ou non des indications sur les sources d'inspiration auxquelles le juge doit puiser la règle qui manque),

comment le juge distinguera-t-il les situations pour lesquelles il «manque» une règle spéciale, des situations pour lesquelles il «manque» une règle spéciale que sa décision doit produire? Autrement dit, parmi le nombre indéfini de situations pour lesquelles il n'existe pas de règle spéciale, quelles sont les situations qui méritent une règle spéciale?

Pour éviter des développements trop longs, pensons à la règle de l'article 4 du code civil.

Cette règle parle d'obscurité, d'insuffisance ou de silence des lois. Envisageons ici le silence des lois.

Les lois «se taisent» sur un nombre indéfini de situations, de conduites humaines, de conflits, etc...

Pour poser ou pour ne pas poser une règle nouvelle le juge devra décider que telle situation doit être régie par une règle ou, au contraire, qu'elle ne doit pas l'être, la situation méritant ou ne méritant pas, selon lui, que le juge pose une règle.

Peu importe que l'on dise ici que le juge «sent ou voit tout de suite que», ou que son bon sens lui indique qu'il faut une règle. Il se peut qu'il n'explicite pas ce qui le fait ainsi sentir ou juger. Néanmoins dans chaque cas l'analyse nous permet de mettre à jour les présupposés qui constituent la base de cette manière de sentir ou de juger. Pour désigner ces présupposés, j'utiliserai le terme : «idéologie».

Les juristes du droit canon (dont la tradition doctrinale est très élaborée) nous diront que, lorsque le juge appliquera le canon 20 qui est écrit pour lui enjoindre de poser une règle en cas de lacune<sub>1</sub> (sauf dans certaines matières réservées), il ne posera une règle que s'il *importe* qu'on pose une règle pour ce cas <sup>(5)</sup>.

Monseigneur Onclin, à la question : comment le juge saura-t-il s'il importe ou non de poser une règle, m'a répondu : en considérant le bien commun de l'Église <sup>(6)</sup>.

L'idéologie dont le juge tiendra compte pour sentir ou décider que dans tel cas il importe de poser une règle qui va sanctionner une décision judiciaire, fait donc partie du contenu de sa pensée. La présence de cette idéologie nous permet de comprendre comment il peut distinguer les cas non régis par une règle des cas pour lesquels il y a *manque* de règle, et parmi ces derniers, ceux auxquels il convient que lui-même, et non le législateur par exemple, apporte la règle qui manque.

Nous devons ici tenir compte de ce qui, dans cette idéologie, nous semble aller de soi. Nous pouvons trouver ridicule de présenter certaines considérations à nos juges sans, pour autant, trouver ridicule que des hommes d'une autre culture les soumettent aux leurs.

La politique juridique est ici en cause et le «bon sens» ne saurait apporter de réponse qu'une fois que celui qui serait ainsi de ce «bon sens» aura assumé une telle politique juridique. On comprend que le bien commun de l'Église est tout autre chose que le bien commun des juges des U.S.A., et que ce dernier diffère à son tour sensiblement du bien commun des juges d'U.R.S.S. ou des juges aztèques.

#### *Un cas spécial : les lacunes techniques*

Dans certains cas, il apparaît qu'étant donné ce que le législateur a voulu faire, son œuvre est restée insatisfaisante. Il a créé par exemple un collège habilité à prendre des décisions mais n'a pas indiqué quelle majorité est requise pour la validité de ces décisions.

<sup>(5)</sup> Monseigneur ONCLIN, exposé (inédit) fait au *Centre National de Recherches de Logique* à Bruxelles, en mars 1965.

C'est à propos de ces cas qu'on parle de lacunes techniques. Supposons que le juge, soit pour obéir à une règle qui comble une lacune<sub>2</sub>, soit pour toute autre raison, estime qu'il doit s'inspirer des règles posées par le législateur à propos de cas qu'il juge semblables à ceux pour lesquels il n'y a pas de règle.

Comparant la *ratio legis* de la loi techniquement lacunaire à celle d'une autre loi dans laquelle on a prévu une règle de décision, le juge décidera alors comme aurait décidé un législateur qui traiterait de la même manière ces situations que le juge estime mériter le même traitement. Dans un tel cas, son jugement prendra la forme d'un raisonnement qui conclut que la *ratio legis* d'une loi complète et celle d'une loi incomplète sont essentiellement semblables.

Le législateur peut obéir à d'autres impératifs que ceux de la règle de justice, par exemple à des compromis électoraux ou parlementaires, à des pressions de groupe, etc..., et par conséquent le raisonnement qui se fonde sur la similitude idéologique des deux lois en vue de leur efficacité n'est jamais certain. Il constitue donc une décision de politique juridique, puisqu'une autre décision de la part du législateur serait possible.

L'étude de la question des lacunes montre que, même dans des cas où il n'y a pas de lacune<sub>2</sub>, l'idéologie de la politique juridictionnelle est une des composantes du droit positif, une des sources des règles du droit positif appliqué lors des procès.

*Bruxelles*

J. MIEDZIANOGORA