

DROIT POSITIF ET IDÉOLOGIE

J. MIEDZIANAGORA

I. Philosophie positiviste du droit et philosophie du droit naturel.

La philosophie positiviste du droit s'est développée en opposition à la philosophie du droit naturel.

Le philosophe du droit naturel s'est préoccupé de concevoir un droit idéal ou un droit juste, un droit conforme à la nature de l'homme, ou à la nature en général, ou conforme à la raison humaine, ou à la raison divine.

Dans la mesure où le philosophe du droit naturel s'occupe du droit positif, du droit qui existe, dans les sociétés humaines, il le fait pour apprécier ce droit, le critiquer ou le justifier, y voir un droit en opposition avec les principes du droit idéal, ou, au contraire, un droit qui incarne ces principes.

Ce qui importe, avant toute chose, pour ce philosophe, dans la mesure où il examine un droit positif et qu'il le confronte avec un droit idéal, c'est le contenu des règles de l'ordre juridique positif.

Il se pose des questions comme celles-ci: ce droit garantit-il la liberté de l'individu ou la propriété des richesses? assure-t-il que les promesses seront tenues? que les torts faits à autrui seront réparés?

La préoccupation du philosophe positiviste du droit est toute différente. Il se veut un homme neutre, indifférent à l'égard de toute appréciation du droit positif auquel il s'intéresse. Il veut faire œuvre objective, œuvre de science, il ne cherche pas à déceler les mérites ou les défauts d'un droit positif. Par conséquent, ce qu'il cherche à réaliser c'est une théorie ou un concept dans lequel on trouverait la description du droit qui existe, tel qu'il existe: LE DROIT POSITIF.

Pour mettre en évidence la différence entre ces deux attitudes, envisageons un exemple: les droits d'un régime fasciste,

libéral ou communiste, sont du point de vue du philosophe du droit naturel, à coup sûr des droits *essentiellement* différents.

Par contre, du point de vue du philosophe positiviste, qui fait œuvre de théoricien du droit, ces droits sont au contraire *essentiellement* semblables en tant que droits positifs.

Par ailleurs, en tant que citoyen, en tant qu'individu, le philosophe positiviste peut juger tel droit particulier juste ou injuste et, le cas échéant, le combattre.

En tant que philosophe de ce droit positif, ces droits sont essentiellement semblables à ses yeux.

Si les positivistes ne s'intéressent pas à la valeur morale, politique ou idéologique du droit positif, ils ne s'intéresseront pas non plus au droit positif en tant que droit particulier d'un état déterminé. KELSEN n'est pas particulièrement concerné par le droit autrichien, ou HART par le droit anglais, ils cherchent tous deux à décrire le droit positif en général et tentent, par conséquent, de concevoir une structure formelle qui comporterait les caractéristiques partagées par tous les droits positifs quels qu'ils soient.

II. *La recherche d'une structure formelle du discours juridique*

Comment les philosophes positivistes du droit vont-ils procéder pour délimiter le champ de leurs investigations ?

Pour répondre à cette question, demandons-nous comment, selon le sens commun, nous faisons usage du mot droit.

On pourrait ranger l'ensemble des choses que nous nommons de ce mot sous deux rubriques: dans la première nous mettrions des conduites humaines, des comportements humains, des situations, des états de choses; dans la seconde, nous mettrions des énoncés linguistiques, un langage, un discours, une pensée.

Dans la réalité d'un droit positif, le discours est corrélatif des pratiques, des situations dont il est un élément essentiel.

Ce qui intéresse le philosophe positiviste, c'est la seconde rubrique, c'est le discours, le langage, la pensée juridique.

Que ce langage et ce discours soient solidaires d'une pratique qui existe effectivement, telle est la condition suffisante pour faire de ce discours l'objet de ses recherches et pour le considérer comme un droit positif.

Il faut que le discours du droit positif soit efficace. Mais, ceci étant établi, le positiviste ne s'intéresse pas à la recherche des causes par lesquelles ce droit existe ni à celle des relations entre d'autres phénomènes sociaux et ce droit, laissant ces tâches aux sociologues, aux psychologues ou aux autres spécialistes des sciences sociales.

La tradition philosophique des auteurs tels que Kelsen (¹), et Hart (²), est selon les historiens de la philosophie du droit celle d'Austin qui considérait que le droit était le "commandement du souverain" et ces historiens caractérisent cette école en disant qu'il s'agit de l'école "positiviste analytique". Le fait que ces philosophes se préoccupent essentiellement du discours juridique explique cette appellation.

Friedman (³), dans sa théorie générale du droit, nous dit qu'il pense que cette méthode positiviste analytique accompagne et reflète l'avènement de l'Etat moderne. En effet, normalement, tout état moderne se présente à nous doté d'une Constitution, de lois, d'une administration et de Juges. La Constitution fonde les lois, l'administration et le juge les appliquent. Cet état semble donc présenter pour le philosophe positiviste un objet qui comporte déjà, du moins en apparence, une STRUCTURE toute faite.

En réalité, lorsqu'une Constitution est élaborée et adoptée, elle l'est dans un contexte idéologique qui détermine le contenu des règles de cette Constitution. C'est-à-dire que ceux qui écrivent cette Constitution se font une certaine idée de la nature de l'homme et de la société et poursuivent la réalisation de certains buts, la satisfaction de certaines valeurs qu'ils croient pouvoir maintenir ou établir dans la société grâce à cette Constitution qu'ils posent. Cela est certainement aussi le cas pour le législateur. Le législateur qui pose une loi, le fait

dans un contexte idéologique, selon une certaine conception du milieu dans lequel cette loi doit avoir pour effet d'amener des résultats qui concordent avec les buts qu'il poursuit, avec les valeurs qu'il veut réaliser. Mais, puisque le philosophe positiviste recherche une structure formelle, il négligera ces faits et il ne considèrera dans le droit que la Constitution, les lois, les décisions administratives et les jugements, en les isolant du contexte idéologique où ils sont créés, posés.

Il s'intéressera à la forme dans sa «pureté». Il se demandera de quelle nature sont les «propositions» du langage juridique. KELSEN dira que ce sont des «normes», HART considèrera que ce sont des «règles» et ils s'intéresseront, l'un et l'autre, à l'ordre «logique» que l'on peut projeter sur elles.

III. *Le Modèle de KELSEN.*

Voyons comment KELSEN établit un tel modèle du droit positif.

Pour KELSEN, l'énoncé linguistique ou le contenu de signification caractéristique du discours et de la pensée juridique, c'est la NORME.

La «norme» est une proposition qui établit entre des événements une relation particulière. Cette relation, KELSEN la nomme une IMPUTATION.

L'imputation est une proposition du type: si quelque chose *est* le cas, autre chose *doit* être le cas.

Selon KELSEN, cette relation d'imputation est la relation fondamentale des sciences normatives, c'est-à-dire de celles qui étudient les normes, et elle joue à leur égard le même rôle que joue le principe de causalité à l'égard des sciences causales, des sciences de la nature.

La norme ou l'imputation relie les événements en disant que si un événement se produit, un autre doit se produire; le principe de causalité, en disant que si un événement se produit, un autre se produira.

Une norme est posée par un acte de volonté humaine situé dans le temps et dans l'espace et ne peut être fondée que sur

une norme supérieure. Si bien qu'ayant déterminé l'élément linguistique, caractéristique du droit, pour établir entre les énoncés du droit un ordre logique, KELSEN ramènera l'ensemble des normes, par paliers hiérarchiques successifs, à une norme fondamentale «présupposée».

Voici de quoi il s'agit: Si un huissier veut saisir vos meubles, pourquoi lui obéir. Réponse de KELSEN: parce que le juge a donné mission à l'huissier de saisir vos meubles.

Pourquoi obtempérer au jugement de ce juge ? Parce que le juge a pris ce jugement en conformité avec la loi. La norme de la loi valide la norme que pose le juge. Sans oublier que la capacité et la compétence d'une personne nommée juge sont établies par cette nomination conformément à une loi de compétence.

Et pourquoi obéir à la loi ? Parce que la loi elle-même est posée par le législateur dont l'acte de volonté a été validé par une norme qui se trouve à un niveau encore supérieur, c'est-à-dire dans la Constitution.

Et pourquoi, enfin, faut-il obéir à une norme qui est dans la Constitution ? Ici, il faut, selon KELSEN envisager deux hypothèses; soit une Constitution plus ancienne demandait qu'on observe celle-ci, soit cette Constitution étant première, il faut y obéir pour observer une norme fondamentale qui, elle, n'est pas posée par un acte de volonté humaine, mais est «présupposée» par la pensée juridique parce que la pensée juridique ne peut se concevoir qu'en reconnaissant l'existence d'une telle norme.

IV. *Le Modèle de HART.*

Voici à présent le modèle, ou la structure formelle, que HART établit. Pour Hart, si nous voulons bien distinguer les deux types de règles qu'il nous propose, tout ordre juridique nous deviendra parfaitement intelligible.

Il y a, selon lui, un premier groupe de règles qu'il nomme les règles *primaires*. Une règle *primaire*, c'est une règle d'obligation, une règle qui impose à un individu une conduite. Mais

qu'est-ce qui valide une règle primaire ? Comment peut-on savoir si une règle est effectivement une règle d'un système juridique ? C'est précisément la fonction du second groupe de règles, celui des règles secondaires de déterminer l'existence des règles primaires.

Les règles secondaires comportent donc les critères qui permettent de reconnaître les règles primaires, elles fixent les procédures à suivre pour les changer et elles déterminent les personnes qui sont chargées de les appliquer. En outre, elles comportent des critères de subordination des règles primaires, c'est-à-dire les critères selon lesquels, lorsque ces règles seraient antinomiques, il y aurait lieu de résoudre l'antinomie et de préférer telle règle à telle autre.

V. *Lacune de ces modèles*

Le fait que ces auteurs aient négligé, dans leur description du droit positif, le contexte idéologique qui détermine le contenu des règles qui sont posées dans la pratique, peut sembler indifférent, peut paraître dépourvu d'inconvénients. En effet, on pourrait dire, pour défendre ce point de vue: il est vrai que la Constitution a été écrite en raison d'une idéologie, mais une fois qu'elle a été écrite, pourquoi ne pourrait-on pas la considérer indépendamment de cette idéologie ?

L'erreur qui résulte de leur description peut ne pas apparaître immédiatement mais elle se décèle lorsqu'on pense à des situations de crise. Ainsi, en Belgique, entre 1914 et 1918, et entre 1940 et 1945, l'occupation du territoire eut pour conséquence qu'on n'appliqua plus les règles de la Constitution et cependant par la suite les juges acceptèrent les procédures dites inconstitutionnelles qui avaient été suivies en justifiant ces procédures au nom de principes tels que la *continuité de l'état ou de la nation, préférant ainsi ces principes à la Constitution elle-même* et montrant par là qu'elle n'était pas le fondement ultime du droit.

On pourrait de même essayer de défendre la théorie formaliste à l'égard des lois. Le législateur pose une loi dans un con-

texte idéologique, mais la loi une fois posée, pourquoi ne pas la considérer en elle-même, isolée de ce contexte ?

VI. *Méthode d'infirmation de ces théories.*

Lorsqu'une loi est enfreinte, l'auteur de l'infraction peut être attrait devant un tribunal où un juge appliquera les sanctions qui sont prévues par la loi. C'est donc à ce moment-là que l'on connaîtra exactement la portée des règles qui sont dans la loi et c'est aussi à ce moment-là que l'on pourra observer des règles de droit positif effectives. En quelque sorte, la vie du droit se situe d'une manière essentielle dans les décisions judiciaires, puisque c'est au moment des décisions judiciaires qu'on peut savoir quel est exactement le contenu d'une loi et quelles sont les conséquences précises qui s'attachent à une infraction à cette loi. Par conséquent, pour savoir si l'on est fondé à envisager la loi indépendamment de tout contexte idéologique, il faut se demander comment, en fait, les juges déterminent le contenu des règles qui sont dans les lois et comment ils les appliquent. C'est pourquoi, si l'on veut vérifier au niveau de la loi la vérité ou la fausseté des théories positivistes sur le contenu du discours juridique, il faut étudier la jurisprudence des tribunaux.

L'article 97 de la Constitution belge s'énonce :

«Tout jugement est motivé; il est prononcé en audience publique.» Ce texte comporte deux dispositions: Ces deux dispositions, ces deux règles sont inscrites dans deux phrases, ces deux phrases ont le même sujet logique: «tout jugement».

En étudiant (*) la jurisprudence de la Cour de Cassation sur une période d'environ 70 ans, voici ce que nous avons pu observer:

La Cour de Cassation, malgré la syntaxe du texte, a donné une extension différente à chacune des deux dispositions de cet article.

On a imposé la règle de la motivation à l'ensemble des juridictions pour la plupart de leurs jugements, par contre, la seconde disposition a reçu une application plus restreinte: on

a imposé l'obligation de prononcer les jugements en audience publique à certaines juridictions et on ne l'a pas imposée à d'autres.

Ce que nous avons observé, c'est que ce traitement différent des deux phrases de l'article 97 a été justifié par la Cour de Cassation de la manière suivante: elle a apprécié la valeur et l'importance de chacune des deux règles en fonction de la *valeur et de l'importance qu'elle attribuait aux conséquences de l'application de chacune de ces deux règles.*

Ces faits ne concordent pas avec les théories de l'interprétation de KELSEN et de HART. C'est ce que nous voulons démontrer à présent.

VII. *Infirmation de la théorie de l'interprétation et des «lacunes» de KELSEN*

Selon KELSEN, le juge est chargé d'appliquer les normes posées par le législateur, c'est-à-dire des normes générales. Selon lui, le juge procédera de la manière suivante: par un jugement de fait, il établira si une conduite ou une situation comportent les propriétés requises par la loi. Par un jugement que KELSEN appelle un jugement de valeur, il individualisera la norme ou si l'on préfère, il posera la norme particulière qui se déduit de la norme générale.

Ainsi, par exemple, la loi disant: les voleurs doivent subir un emprisonnement de deux mois à deux ans et: le voleur est celui qui soustrait frauduleusement une chose, le juge posera un jugement de fait: Dupont a soustrait frauduleusement des choses, Dupont est un voleur et, ensuite, ce que KELSEN appelle un jugement de valeur: Dupont doit subir une peine d'emprisonnement d'autant.

Il arrive, comme dans cet exemple, que le législateur laisse au juge le choix de la peine à appliquer puisque la norme parle d'un emprisonnement qui va de deux mois à deux ans. Dans ce cas, le juge pourra choisir arbitrairement, par un acte de volonté, le temps d'emprisonnement qu'il imposera à Dupont. En somme, le législateur délègue son pouvoir au juge pour ce cas.

Les défauts de la théorie de l'interprétation de KELSEN apparaissent lorsqu'il nous dit ce qu'il entend par une norme douteuse et qu'il nous décrit la conduite que le juge tient lorsqu'il doit appliquer une telle norme.

Selon KELSEN, une norme douteuse est celle dont un ou plusieurs termes sont équivoques. Un terme est équivoque, pour KELSEN, lorsqu'il peut avoir plusieurs sens. Selon lui, lorsque le juge aura devant lui une norme douteuse, il choisira n'importe lequel de ces sens et fera ce choix par un acte de volonté arbitraire. Il n'y aura pas lieu pour lui de justifier sa préférence et quel que soit le sens qu'il choisira, ce sera le droit positif qu'il appliquera.

En vérité, une NORME dont un terme peut avoir plusieurs sens, ce n'est pas une *norme*, ce sont plusieurs *normes*, et ces normes, pour certains cas, sont antinomiques, c'est-à-dire qu'on ne peut pas appliquer à la fois la norme selon un sens du terme et celle selon un autre sens du terme.

Si le mot "jugement" signifie toutes les juridictions quelconques, la norme s'applique à toute juridiction quelconque. Mais si elle signifie seulement les *cours et tribunaux* organisés pour l'exercice du pouvoir judiciaire par la Constitution, certains tribunaux (les députations permanentes par exemple) ne devront pas prononcer leurs décisions en audience publique.

Si le juge peut choisir arbitrairement, indifféremment, n'importe quel sens de la norme, il peut donc appliquer indifféremment et arbitrairement chacune des normes, afférentes à chacun des sens, et il peut tantôt appliquer l'une, tantôt appliquer l'autre.

La conséquence de cette théorie est immédiate. L'antinomie, la contradiction, le désordre des décisions judiciaires considérées dans le temps, est justifiable et justifiée par la théorie de KELSEN.

S'il est vrai que la Cour de Cassation a appliqué différemment deux normes de l'article 97 que l'on pourrait définir, pour soutenir la thèse de KELSEN, comme une norme douteuse, il n'est pas vrai que le choix des espèces pour lesquelles on a appliqué la deuxième règle et sanctionné l'obligation de pro-

noncer a été déterminé arbitrairement ni qu'une fois on leur aurait imposé l'obligation de prononcer, tandis qu'une autre fois on ne la leur aurait pas imposée. Ce sont les motivations des arrêts, dans lesquelles on trouve l'appréciation de ces règles qui expliquent, au contraire, la régularité que recherche la Cour de Cassation et qui pourtant ne devrait pas être recherchée au nom du droit positif si l'on en croyait KELSEN et si l'on se fiait à sa théorie de l'interprétation.

Par ailleurs, selon KELSEN, le droit positif serait nécessairement complet, ne comporterait pas de «lacunes». En effet, selon lui, ce qu'aucune norme n'interdit est permis et garanti par le droit positif.

Autrement dit, à une conduite indirectement permise parce qu'une norme ne la détermine pas correspond un droit de tenir cette conduite, et à ce droit correspond l'obligation pour les autres sujets du droit de ne pas empêcher cette conduite.

Puisque toutes les manières d'empêcher une conduite permise directement ou indirectement ne peuvent pas être prévues par le législateur et puisque certaines de ces conduites qui n'ont pas été prévues sont, selon KELSEN, indirectement permises, il en résulte que sa théorie devient contradictoire sur ce point. Le juge devrait garantir le droit de celui qui tient une conduite qui n'est dans aucune norme contre l'empêchement de l'autre, et en même temps garantir la conduite d'empêchement contre le défenseur de la conduite qu'elle empêche.

Il est clair que le juge devant des conduites indirectement permises ou des empêchements de conduites indirectement permises devra apprécier les intérêts en présence et ne pourra le faire que par une appréciation que l'on doit bien appeler «idéologique» appréciation de la valeur des intérêts en présence ou des conséquences sociales de la règle qu'il posera.

Résumons donc: le défaut de la théorie de l'interprétation de KELSEN et de sa théorie du droit complet est dû au fait qu'il a négligé le contexte idéologique des règles, contexte idéologique dont le juge tient compte dans son interprétation et dans les cas où il comble une lacune.

VIII. *Discussion de la théorie de l'interprétation de HART*

La théorie de l'interprétation de HART est la suivante: Les règles juridiques, les lois sont composées de mots du langage naturel. Les mots d'un langage naturel comportent un «noyau de clarté» et une «zone de pénombre». C'est un défaut inhérent au langage naturel. Par conséquent, les lois comportent-elles aussi, un «noyau de clarté» et une «zone de pénombre» dans la mesure où les termes qui forment l'énoncé de la loi comportent eux-mêmes ce «noyau de clarté» et cette «zone de pénombre».

Au noyau de clarté correspondent des «cas standards» et, généralement, le juge se trouve en présence de «cas standards». A la pénombre des lois correspondent des «cas limites» et exceptionnellement le juge se trouve en présence de «cas limites». Lorsqu'il se trouve en présence de «cas limites», et alors seulement, le juge, afin de juger intelligemment, est autorisé par HART à utiliser des critères normatifs qui ne sont pas des règles générales posées par l'autorité qui lui est supérieure.

Remarquons que ce serait une raison suffisante pour intégrer ces critères au droit positif, puisque c'est à partir d'eux, autant qu'à partir de la loi dans sa zone obscure, que la règle est déterminée. Mais il y a plus, si l'on analyse la notion de «noyau de clarté» auquel correspondent des «cas standards» et de «zone de pénombre» à laquelle correspondent des «cas limites», on s'aperçoit qu'en réalité, le «noyau de clarté», le noyau de sens solidement établi que toute règle comporte selon HART, n'est pas préalable à l'interprétation mais est, au contraire, le résultat des interprétations diverses de la même règle ou d'un terme de cette règle. Lorsque diverses interprétations d'une règle aboutissent à déterminer les cas «standards», cela signifie que ces cas comportent la somme des propriétés requises par toutes les interprétations.

Lorsque nous sommes en face d'un «cas limite», nous sommes en présence d'un cas qui ne comporte les propriétés requises pour l'application de la loi que selon une ou plusieurs des interprétations, mais non selon toutes. Il en résulte qu'on construira le «noyau de clarté» bien établi, dès qu'on connaîtra, toutes les manières d'interpréter la loi. Connaissant toutes les ma-

nières d'interpréter la loi, on fait la somme des propriétés requises pour qu'un cas corresponde à toutes les interprétations, et on obtient un «cas standard».

Si l'on considère, au contraire, *une* des interprétations ou *un certain nombre* d'entre elles, *mais pas toutes*, on obtient un «cas limite».

Puisque les interprétations peuvent être de nature linguistique, exégétique, peuvent tenir compte des buts de la loi, de certains buts sociaux que le juge apprécie, et que c'est de la somme de ces interprétations que résulte la constitution du «noyau de clarté», il faut en conclure que les limites du noyau lui-même dépendent des critères idéologiques, des buts sociaux, des objectifs du juge ou de ceux qu'il attribue à la loi. Par conséquent, même lorsque le juge applique la loi à un «cas standard», on ne peut pas dire que le contexte idéologique n'intervient pas dans la détermination du droit positif.

HART devrait donc intégrer dans sa définition du droit positif non seulement les règles à l'état brut mais aussi le contexte idéologique sur lequel se fondent les diverses interprétations de la loi.

IX. Conclusions

De cette discussion des théories de l'interprétation de Kelsen et de Hart nous pouvons conclure que, contrairement au point de vue formaliste de ces auteurs, on ne saurait considérer que la règle positive que sanctionnent les juges est réductible à la loi en son énoncé, mais, qu'au contraire, les juges interprètent, complètent, voire modifient les lois et cela en fonction de l'appréciation idéologique.

Il y a plus, il faut aussi admettre que dans la mesure où ces théories formulent des règles d'interprétation, alors que ces règles ne sont pas celles de la pratique, elle nous parlent non pas du droit qui est, mais du droit qui «doit être». Tout se passe comme si ces théories avaient une portée normative ou idéologique, contrairement au projet de leurs auteurs.

Cet aspect des choses se manifeste encore autrement.

KELSEN et HART décrivent l'ordre entre les normes en lui donnant un fondement logique qui se substitue au fondement idéologique qui dans la pratique est conçu pour ces règles. Tout se passe comme s'ils substituaient leur logique à l'idéologie réelle des gouvernants, d'un groupe juridique.

La conclusion la plus fâcheuse à l'égard du projet de ces auteurs, c'est que dans le modèle structurel formel que ces théories élaborent pour décrire le discours juridique, elles ont laissé une part essentielle de ce discours en dehors de leur description.

En effet, si la règle posée par un juge émane d'une loi et si c'est bien pour cette raison que la loi est dite être un élément de droit positif, ne faut-il pas que les autres éléments sur lesquels on se fonde pour établir la règle soient eux aussi considérés comme des parties du droit positif ?

Nous avons reconnu que d'autres prémisses que les seules lois avaient cours dans l'application du droit positif, et reconnu par là même que l'étendue du discours et de la rationalité juridique était plus vaste et était différente de celle que leur attribuaient HART et KELSEN.

Ces théories ont donc un double défaut: elles ont un caractère normatif dans la mesure où elles substituent leurs règles à celles qui régissent la pratique et elles négligent une partie des prémisses normatives qui constituent le droit positif.

NOTES

(1) KELSEN: «*Théorie pure du droit, Etre et pensée*» Neuchâtel, 1953 et aussi «*Théorie pure du droit*», traduction française de la 2^e édition de la «*Reine Rechtslehre*», par EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962.

(2) HART (H.L.A.): «*Positivism and the separation of law and morals*», *Harvard law review*, vol 71, n° 4, février 1958. «*The concept of law*», Oxford University Press, 1961.

(3) FRIEDMANN, «*Théorie générale du droit*», p. 205.

(4) MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, L.G.D.J. Paris 1970.