

DE LA MANIÈRE DE CONSTATER ET DE COMBLER LES LACUNES DE LA LOI EN DROIT ALLEMAND *

C. W. CANARIS

Le problème des lacunes de la loi est tellement complexe, que je ne puis que le traiter très incomplètement dans le cadre de cette conférence.

Je me bornerai dès lors à trois questions, qui me semblent particulièrement importantes :

1. Qu'est-ce qu'une lacune?
2. Comment constate-t-on une lacune?
3. Comment comble-t-on une lacune?

I. — LE CONCEPT DE LA LACUNE DE LA LOI

A la fin du siècle dernier, une théorie était très répandue en Allemagne, qui déniait tout simplement l'existence de lacunes dans la loi : d'après ce dogme, le droit était «logiquement fermé». On pensait que le développement logique des normes permettait de résoudre toute question juridique imaginable; si, par exception, la loi ne contenait pas de normes, cela signifiait, d'après cette théorie, que la question ressortissait du «domaine libre de droit» c'est-à-dire qu'elle ne relevait pas d'une réglementation juridique. Que c'était là une erreur, voilà qui est reconnu depuis longtemps. C'est le mérite de *Zitelmann*, d'avoir soumis en 1903, pour la première fois, le problème des lacunes de la loi à un examen scientifique approfondi. Peu après, les représentants de la «*Interessenjurisprudenz*», et en tête Philippe *Heck*, ont procédé à des examens étendus et de nos jours le problème des lacunes est l'une des questions les plus débattues de la doctrine allemande de la méthode.

* Communication présentée au *Centre National de Recherches de Logique*, Bruxelles, le 5 mai 1966.

Mais qu'est-ce qu'une lacune de la loi? Comme le mot l'indique lui-même, «lacune» implique l'idée «d'incomplet». Mais ce qui est incomplet n'est entaché de «lacune» que s'il provoque un sentiment positif de dissatisfaction, de désapprobation. Il y aura donc lacune, lorsque quelque chose fait défaut, alors qu'il devrait exister quelque chose.

Si nous voulons définir le concept de lacune de la loi, nous devons donc répondre à deux questions :

1. Quand une réglementation légale fait-elle défaut?
2. Quand l'absence de pareille réglementation justifie-t-elle cette désapprobation?

A. — Il est plus difficile qu'il n'apparaît à première vue de déterminer quand un règlement légal fait défaut. Il s'agit, en effet, de savoir ce qu'on entend par un règlement. La majorité de la littérature allemande admet que l'existence d'une *norme* est déterminante et que l'application directe d'une norme est déterminée *par son sens textuel*. Aussi longtemps qu'un cas ressortit à ce sens on parle „d'interprétation” de la loi : il ne s'agit pas encore de *combler une lacune*. Mais l'on peut aussi dire qu'il y a un règlement, lorsque la loi contient une *appréciation* pour décider du cas en question. Il existe alors une „interprétation” tant que nous trouvons une appréciation dans la loi; et comme cette appréciation n'est, bien entendu, pas limitée par le sens textuel, on ne comble pas une lacune, selon cette conception, dès qu'on dépasse le sens textuel, mais seulement lorsqu'on dépasse l'appréciation de la loi. C'est là la position adoptée par exemple par la majorité des auteurs suisses. C'est pourquoi ils considèrent l'analogie comme étant encore pour partie une interprétation, puisqu'elle se fonde sur la *ratio legis*, c'est-à-dire sur une appréciation de la loi; par contre, la doctrine dominante en Allemagne range l'analogie dans le comblement d'une lacune, parce qu'elle dépasse le sens textuel de la loi. A l'inverse, les Suisses parlent de lacunes quand il s'agit de ce que l'on appelle les clauses générales, alors que les Allemands n'y voient que des cas particulièrement difficiles d'interprétation. Aux termes de l'article 138 du B.G.B. (code civil) un contrat est nul s'il est contraire aux «bonnes mœurs». Puisque la loi ne permet pas discerner clairement ce que sont les «bonnes mœurs», le juge, lorsqu'il fait l'application de cette dispo-

sition, doit, plus que pour les autres normes, faire usage d'appréciation souveraine; ce défaut d'appréciation par la loi pourrait être qualifié de lacune. A mon avis cette question est sans portée pratique et ne présente qu'un intérêt de terminologie. Je ne m'y attarderai donc pas. Dans la suite, je dirai, avec la doctrine allemande dominante, qu'il y a lacune dès le moment où le juge dans la découverte du droit va au-delà du sens textuel de la loi; aussi traiterai-je par exemple l'analogie comme un cas de comblement de lacunes.

B. — Par contre la deuxième question que nous avons posée est de la plus haute importance pratique : quand l'absence d'un règlement justifie-t-elle un sentiment de dissatisfaction nous autorisant à parler d'une lacune? Si cette question est tellement importante c'est que l'on estime généralement que le juge peut combler une lacune. Ceci signifie cependant que le juge complète et développe la loi, et ainsi nous nous trouvons devant le problème de la délimitation de la compétence du juge et du législateur. Nous devons, par conséquent, déterminer le concept de lacune en tenant compte de la répartition de compétence entre le juge et la législation. Il en résulte que la question : «quand y a-t-il une lacune», n'est pas en premier ordre une question de méthode mais, avant tout, un problème de droit constitutionnel.

Lorsque nous considérons l'absence d'une norme comme non regrettable, il est évident que cela implique un *jugement d'appréciation*. De quel point de vue prononçons-nous ce jugement, quel est le critère que nous utilisons pour le faire?

Les réponses à cette question ont été très diverses au cours de ce siècle en Allemagne. Les adeptes de l'*école de droit libre* par exemple ont estimé qu'il y a une lacune lorsque le sens de la justice du juge lui fait ressentir l'absence d'un règlement comme regrettable. Mais il est clair que ceci est erroné. Car nous avons vu que le concept de lacune doit être déterminé en partant de la position constitutionnelle du juge et la «constitution» allemande proclame clairement que le juge est *lié par la loi*; ce qui est un principe valable sans doute dans chaque démocratie occidentale. Ainsi donc le juge ne peut compléter la loi en se fondant sur son sentiment subjectif. Pour la même raison, il ne peut pas admettre qu'il y a déjà une lacune lorsque les données tirées de la loi sont en contradiction avec une certaine *Weltanschau-*

ung. Car il n'appartient pas au juge de réaliser cette dernière, mais bien de réaliser le droit, et dès lors il ne peut pas, en dénonçant une lacune, substituer sa Weltanschauung à la loi. C'est pourquoi aujourd'hui en Allemagne il est presque généralement admis qu'il n'y a de lacune que lorsque *la loi* requiert un complément en partant de sa propre position, c'est-à-dire sur la base de son appréciation immanente.

Lorsque par contre la loi apparaît non satisfaisante d'un point de vue extérieur à elle-même, alors on ne parle pas de lacune, mais d'une «faute de politique juridique». Pour donner un exemple: selon le code civil allemand la position des enfants illégitimes est beaucoup moins avantageuse que celle des enfants légitimes, et il y a beaucoup de gens qui réprouvent cela. Mais c'est ainsi que le législateur l'a voulu et pas autrement, et ce n'est donc à regretter que d'un point de vue extérieur à la loi; aussi n'y a-t-il pas de lacune, mais seulement une faute. Ce n'est pas au juge mais au législateur qu'il appartient d'éliminer une telle faute. Il faut, dès lors, distinguer nettement le complément de la loi de la correction de celle-ci.

Il me paraît cependant douteux que l'on puisse réellement déterminer le concept de la lacune de la loi en ne partant que des appréciations de la *loi*. Car la jurisprudence allemande a déjà avant la dernière guerre, mais encore bien plus depuis celle-ci, développé la loi en se fondant sur des principes qui ne pouvaient plus être tirés de la loi. Ceci a été reconnu grâce aux investigations de *Esser*, *Larenz* et *Wieacker* et cela a pénétré dans la conscience générale. Que ces principes ne soient pas contenus dans la loi ne signifie naturellement pas qu'ils ne sont pas des éléments du *droit*. En effet, la jurisprudence n'a aucunement substitué arbitrairement son opinion subjective et personnelle à la loi, mais elle a eu recours aux principes de l'idée du droit et à la nature des choses, même lorsqu'elle n'en a pas expressément fait état. On retrouve des tendances analogues dans la doctrine. Il me paraît justement caractéristique pour le développement de la doctrine juridique après 1945 que celle-ci, en raison sans aucun doute de l'expérience du national-socialisme, ait de nouveau examiné la question de savoir *s'il n'y a pas de droit au-delà de la loi*. Ainsi au cours des dernières années une quantité de livres ont paru qui traitent des «principes généraux du droit» et de «la nature des choses».

Ces tendances trouvent un appui dans la constitution de la république fédérale : dans son article 20 § 3 celle-ci dispose que le juge est lié par «la loi et le droit». La signification de cette disposition et plus particulièrement le rapport de la loi et du droit sont certes l'objet de controverses ; mais la prescription devrait avoir une fonction double. Elle signifie d'abord que la loi doit être mesurée par un droit suprapositif, et que dans certains cas elle doit être rejetée comme une «injustice légale» ; mais elle signifie aussi que la loi doit être expliquée et développée par le droit non écrit. Nous n'avons à nous préoccuper aujourd'hui que de la deuxième fonction, car la première vise le problème de la recherche du droit *contra legem*, autrement dit la *correction* de la loi, alors que la deuxième fonction est d'importance pour le développement et le complément du droit *praeter legem*. C'est dans ce sens que la Cour fédérale a compris l'article 20 III GG, en ce qu'elle a fondé sa compétence pour la création ultérieure du droit sur sa liaison au droit en tant qu'il est autre chose et plus que la loi. C'est dans le même sens que s'est exprimé l'ancien président de la Cour fédérale, Herman Weinkauff : «Le juge peut en premier lieu créer le droit en expliquant le droit positif plus ou moins librement, en comblant ses lacunes par une application analogique de la loi et par la libre création du droit, et en adaptant ainsi le droit positif au développement progressif. Il peut en second lieu créer le droit en mesurant le droit positif aux critères du droit supra-ordonné et en le déclarant nul dans des cas donnés pour violation de ces critères».

Considéré du point de vue de la philosophie juridique, l'ordre juridique est toujours autre chose et plus que la somme des dispositions légales. Ceci est vrai dans un double sens. D'une part, la loi veut ne pas seulement valoir par elle-même, elle ne veut pas seulement constituer un ordre *arbitraire*, mais elle a la prétention d'être un ordre *juste* : chaque loi est de par sa nature soumise à l'exigence de l'*idée du droit* et reçoit dès lors de celle-ci un sens et un contenu qui la dépassent. D'autre part, la loi est aussi créée dans le but de constituer un ordre *raisonnable*, pertinent ; et cela signifie qu'elle vise à tenir compte de la «*nature des choses*» et qu'elle doit dès lors être expliquée et complétée par cette dernière. Le rapport de la loi avec l'idée du droit et de la loi avec la nature des choses me paraît d'ailleurs être un rapport d'échange, qui ne peut être compris

que dialectiquement : puisque tout droit appartient au monde de l'histoire, l'idée du droit ne peut pas être comprise seulement historiquement mais, bien au contraire, elle est concrétisée largement par les principes les plus élevés du droit positif, mais elle influence ensuite à son tour le droit positif. Et semblablement les solutions qui répondent à la nature des choses ne sont jamais autogènes par rapport au cas, mais elles sont en rapport avec des éléments d'appréciation ou des règlements qui sont d'abord posés par le législateur et puis sont à leur tour modifiés par la nature des choses.

Mais c'est là une question de philosophie juridique que je ne veux pas examiner plus avant, mais que j'indique seulement pour clarifier le fond de ma pensée méthodologique.

Nous nous trouvons ainsi en présence d'un triple fait : socio-juridique, constitutionnel et philosophico-juridique. Du point de vue socio-juridique, il est prouvé que la jurisprudence allemande ne se borne pas à compléter la loi lorsque l'appréciation propre de celle-ci la fait apparaître incomplète, mais qu'elle la complète aussi lorsque les principes généraux du droit, qui ne sont pas contenus dans la loi, ou la nature des choses, exigent une création.

Du point de vue constitutionnel, le juge allemand est expressément soumis non seulement à la loi mais aussi au droit. Et du point de vue de la philosophie juridique, l'ordre juridique que le juge a la mission de réaliser est plus que le simple ensemble des diverses dispositions légales. Je pense qu'il faut en tirer méthodologiquement les conséquences et renoncer au concept trop étroit de la lacune qui a prévalu jusqu'à maintenant.

Ceci me paraît aussi être dans la ligne du développement de la méthodologie allemande. *Zitelmann* était encore à ce point prisonnier de l'idée du positivisme qu'il ne parlait d'une «véritable» lacune que lorsque la loi ne pouvait être appliquée sans être complétée, donc que là où les *normes* de la loi même exigeaient le complément; par contre, là où la création juridique n'était requise que par l'appréciation de la loi, donc dans les cas principaux de l'analogie, il parlait encore de «fausses» lacunes et de correction de la loi. Heck et les autres adeptes de la «*Interessenjurisprudenz*» reconnaissaient par contre que le juge n'est pas seulement lié par la norme, mais aussi par l'*appréciation* du législateur, et que par conséquent le juge ne corrige pas la loi, mais ne fait que «penser celle-ci

jusqu'au bout», lorsque le complément est exigé non par la *lex* mais par la *ratio legis*. Ceci correspond pour l'essentiel encore à un concept de lacune tel qu'il est représenté aujourd'hui dans la littérature méthodologique : une lacune n'est dès lors reconnue que lorsque la «téléologie immanente de la loi» exige le complément.

Mais la *Interessenjurisprudenz* est actuellement largement dépassée en Allemagne et s'est transformée en ce qu'on appelle la *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudence d'appréciation). Un des progrès décisifs réside précisément dans la reconnaissance du fait que, pour l'explication et le développement du droit, non seulement les dispositions et les appréciations du législateur, mais, au-delà de celles-ci, les principes d'éthique juridique, les valeurs fondamentales comme la dignité de l'homme et la pensée juridique qui résulte de la nature des choses, sont décisives.

Ce progrès devrait à mon avis se traduire aussi dans le contenu du concept de lacune, et *l'éloignement du positivisme* devrait aussi se manifester dans un élargissement correspondant du concept de lacune. Je propose donc comme définition : *il y a lacune lorsque un règlement légal fait défaut alors que l'ordre juridique dans son ensemble — c'est-à-dire y compris les principes supra-légaux et les idées juridiques tirées de la nature des choses — exigent un règlement.*

II. — LA CONSTATATION DE LACUNES DANS LA LOI

Cette définition n'est encore que de peu d'aide pour le juge parce qu'elle est trop imprécise et trop compliquée pour pouvoir servir dans un cas individuel. Il faut donc trouver des critères et élaborer des méthodes à l'aide desquels le juge puisse *constater* une lacune. Malheureusement, si on le compare au comblement des lacunes, le problème de la constatation des lacunes a été presque complètement négligé. Je ne puis donc sur ce point que vous présenter mes propres réflexions.

A. — *Les critères et les moyens de la constatation des lacunes*

Pour autant que je le vois, il existe trois espèces de lacunes dont la constatation se fait chaque fois d'une manière différente.

1. Un premier groupe est caractérisé par le fait que la loi n'est pas applicable sans un complément. A ce groupe appartiennent en premier lieu les cas dans lesquels la conséquence juridique n'est pas entièrement réglée. On peut par exemple imaginer que la loi ordonne que la dette porte intérêt, mais ne fixe pas le taux de l'intérêt, qu'elle fixe un délai, mais n'en détermine pas la durée, qu'elle prescrive un choix, mais n'en règle pas la procédure. Dans ces cas le juge se trouve placé devant trois possibilités : ou refuser toute décision juridique ou ne pas appliquer la norme incomplète, ou la compléter. La première possibilité lui est cependant défendue par l'interdiction du déni de justice; la deuxième lui est défendue parce qu'il est soumis à la loi et qu'une norme n'est pas, en général, nulle pour la seule raison qu'elle serait incomplète (sauf dans des cas exceptionnels, par exemple en droit pénal) ⁽¹⁾. Il ne lui reste donc que la troisième possibilité : compléter la norme. — Or parfois ce qui manque dans la loi, ce n'est pas seulement une conséquence juridique complète, mais bien toute une norme sans laquelle la décision est impossible. Un exemple classique tiré du droit allemand est le défaut de toute disposition concernant le «statut des obligations» en droit international privé. Lorsque, par exemple, un Anglais et un Français concluent à Rome un contrat, et qu'un d'eux intente sur la base du contrat une action devant un tribunal allemand, alors ce dernier est, d'après notre droit procédural, compétent pour statuer. Mais dans notre droit international privé rien n'indique quel droit matériel le juge doit appliquer au contrat : le droit anglais, le français, l'italien ou l'allemand. Or le juge ne peut pas refuser pour ce motif de rendre sa décision, parce qu'il commettrait un déni de justice. Il doit donc lui-même décider quel ordre juridique est applicable, c'est dire qu'il y a une lacune que le juge doit combler. Pour tous les cas de ce genre il est caractéristique que le juge se trouve placé devant l'alternative du déni de justice ou du com-

(1) Pour les détails voir CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Schriften zur Rechtstheorie, N° 3, Dunker & Humboldt, Berlin, 1964, p. 176 et 178.

blement des lacunes. Comme en ce cas le danger du déni de justice fait apparaître l'existence d'une lacune, et que l'interdiction de commettre un déni de justice force à combler la lacune, je parle en ce cas d'une «*lacune de déni de justice*».

2. Dans un deuxième groupe de cas, la loi est applicable sans que le juge ne la complète, mais ses *appréciations* exigent une création juridique. C'est le cas lorsque le texte de la loi et la *ratio legis* ne se couvrent pas complètement. Le texte peut être trop étroit ou trop large au regard du sens de la loi. S'il est trop étroit, le fait qui n'est pas couvert par le texte mais bien par le sens de la loi est traité par la voie de l'*analogie*; s'il est trop large, le fait couvert par le texte, mais non par le sens de la loi, est traité par la voie d'une «restriction» ou d'une «réduction téléologique». Ce qui est décisif dans tous les cas c'est le sens de la loi. Pour les deux cas, je peux vous donner un exemple tiré du droit allemand. Aux termes de l'article 463 B.G.B. le vendeur doit indemniser l'acheteur lorsqu'il a gardé le silence sur un défaut de l'objet vendu. La loi est muette quant au cas où le vendeur fait croire astucieusement à l'existence d'une qualité favorable de la chose qui en réalité n'existe pas. Il est cependant clair que le sens de la loi est de créer une sanction particulière pour le cas où le vendeur a induit l'acheteur à conclure le contrat en utilisant astucieusement une erreur quant à la qualité de la chose. Ce sens de la loi s'applique aussi au deuxième cas qui n'a pas été réglé et qu'on lui assimile par analogie. Au fond c'est le principe d'égalité qui dicte cette assimilation : Puisque les deux cas sont juridiquement de même valeur, ils doivent avoir la même conséquence juridique. L'analogie comme procédé juridique trouve donc en dernière analyse sa justification dans le commandement de l'idée du droit de traiter de la même manière ce qui est égal. Du point de vue méthodologique il est intéressant de noter que dans de tels cas, contrairement à la conception générale, l'analogie n'est pas en premier lieu un procédé pour combler la lacune, mais qu'elle sert déjà à constater l'existence de celle-ci.

En effet, si la suggestion astucieuse d'une qualité absente n'était pas juridiquement semblable au cas réglé dans le § 463 B.G.B., nous pourrions peut-être ressentir comme non satisfaisante d'après *notre sentiment du droit* l'absence d'une action en indemnisation pour un tel cas, mais nous ne pourrions pas prouver que *du point de vue du*

droit en vigueur une telle prétention doit exister. Cela sera plus aisé si nous avons recours à une appréciation incorporée dans une norme et si nous démontrons alors que cette appréciation s'applique aussi au cas non réglé par la loi; en d'autres termes, si nous prouvons que celui-ci est semblable au cas réglé. Or l'analogie n'est rien d'autre que la constatation d'une similitude. Dans de tels cas *le critère* de la constatation de la lacune est donc *le principe d'égalité positive* : Celui-ci exige que la loi soit complétée par la mise en égalité d'un cas non réglé avec un cas réglé; le *moyen* de la constatation de la lacune c'est *l'analogie*. C'est le procédé au moyen duquel nous démontrons la similitude entre les deux faits ou plus précisément l'égalité des éléments essentiels.

Dans les cas de l'analogie le texte de la loi est trop étroit à l'égard du sens de la loi. Il peut aussi être trop large et englober alors des cas qui ne tombent pas du tout sous le coup de la norme d'après le sens de celle-ci.

Voici aussi un exemple tiré de la jurisprudence allemande. D'après l'article 400 B.G.B. une créance ne peut être cédée lorsqu'elle ne peut pas être saisie. Ceci s'applique par exemple au droit à une pension. Le but de la loi est manifestement de conserver en tout cas pour le créancier les moyens nécessaires à sa subsistance. La Cour (BGH) a eu à décider d'un cas où quelqu'un avait cédé à autrui sa revendication d'une pension, mais, à titre de contreprestation, l'autre s'engageait à fournir tous les moyens nécessaires à sa subsistance. Dans un tel cas, le but poursuivi par l'article 400 B.G.B. est manifestement atteint : la subsistance du bénéficiaire de la pension est assurée, sinon par le paiement de la pension, du moins par la prise en charge de l'entretien par le cessionnaire.

Si l'on considérait en ce cas le droit à la pension comme incessible, on contredirait manifestement le sens de la loi, et même plus, on pourrait dans certains cas aboutir à son opposé. Car, pour faire valoir son droit à la pension, le créancier devait recourir à la justice et il aurait pu demeurer, pendant des années peut-être, sans moyens d'entretien, si le tiers ne l'avait pas aidé. Mais ce dernier n'a pu évidemment être disposé à le faire que s'il était lui-même couvert par la cession de la prétention à la pension. Dans notre cas le but de l'article 400 B.G.B., à savoir assurer la subsistance du bénéficiaire de la pension, n'était justement pas réalisé par l'incessibilité, mais

l'est bien au contraire par l'autorisation de céder. La Cour a, dès lors, à bon droit rompu le *sens textuel* de l'article 400. Mais comme, pour ce faire, elle s'est strictement tenue au *sens* de la loi, il ne s'agit pas d'une correction de la loi, mais seulement d'un complément de celle-ci. Ce complément se réalise par l'addition d'une clause d'exception non écrite, un procédé que l'on nomme dans la littérature allemande une «restriction» ou une «réduction téléologique».

Ici aussi il y a une lacune, car il manque, comme il a été dit, une exception dans la loi. Introduire celle-ci implique ici le principe *négalif* de l'égalité : deux faits sont dans les éléments de la décision juridique différents, et ils doivent dès lors être traités différemment. Nous constatons cette diversité en prouvant que la *ratio legis* ne s'applique pas à la situation exceptionnelle. Il s'agit donc d'un pendant de l'analogie. Le *critère* de la constatation de la lacune est ici le *principe d'égalité négatif*, qui exige l'addition à la loi d'une clause exceptionnelle non écrite, le *moyen* de la constatation de la lacune est la *réduction téléologique* qui nous montre la différence des deux faits.

Puisque dans les cas d'analogie et de restriction les *appréciations* de la loi, c'est-à-dire la téléologie immanente de la loi, exigent qu'elle soit complétée, je nommerai de telles lacunes des «lacunes téléologiques».

3. Comme j'ai voulu le montrer au début, ce peuvent être aussi les principes généraux du droit qui peuvent exiger que la loi soit complétée. Ces principes peuvent être contenus *dans la loi même* comme les conceptions ordonnatrices fondamentales d'une codification. Ainsi, par exemple, le droit pénal allemand est dominé par le principe : «pas de peine sans culpabilité.» Mais notre code pénal ne connaît pas de règlement pour ce qu'on nomme les «erreurs quant à l'interdiction», c'est-à-dire pour le cas où l'auteur ne savait pas que son acte était punissable et ne pouvait pas le savoir. Si on voulait le punir en suivant le principe : «nul n'est censé ignorer la loi», cela se heurterait évidemment au principe de culpabilité. Car lorsque quelqu'un ne *peut* pas connaître une interdiction, ce qui peut se produire par exemple en droit fiscal ou en droit économique, on ne peut le tenir pour responsable de la violation de la loi. Le principe de culpabilité exige en l'espèce que nous complétions

la loi en admettant une clause non écrite d'impunité pour de tels cas. C'est d'ailleurs ce qu'a fait la Cour fédérale.

Or le principe général ne doit pas nécessairement être contenu dans la *loi*; il peut, comme je l'ai déjà dit, aussi résulter de *l'idée du droit* ou de *la nature des choses*.

Ainsi le droit allemand ne contient pas de règlement concernant une interruption de grossesse pour des motifs d'ordre médical. Le Tribunal d'Empire l'a cependant déclarée non punissable, quand c'est le seul moyen pour sauver la vie de la mère. Il a déduit cette solution du principe de la comparaison des poids respectifs des biens juridiques : la vie d'un être humain pèse plus lourd dans le droit pénal allemand que la vie d'un fœtus. Ceci résulte de la différence de force de la protection pénale. Il n'y a donc pas de peine si l'on porte atteinte au bien de moindre valeur — le fœtus — uniquement pour sauver le bien d'une plus grande valeur, la vie de la mère. Si, en ce cas, l'on voulait punir, l'ordre juridique se mettrait en contradiction avec sa propre appréciation. Une telle contradiction viole l'idée du droit, qui exige l'unité de l'appréciation. De tout temps, il a été considéré comme étant d'une iniquité flagrante que le droit se mette en contradiction avec lui-même sans raison valable. C'est pourquoi, le principe du poids des biens me paraît être une forme particulière de l'exigence de l'unité de l'ordre juridique et donc un élément médiateur de l'idée du droit. Ce principe fait donc partie du droit en vigueur encore qu'il ne soit pas consigné dans le code pénal et qu'il ne puisse pas être découvert par la voie de l'induction en partant d'une de ses dispositions.

La nature des choses peut-elle aussi exiger que la loi soit complétée (2)? Dans la Constitution allemande par exemple les cas dans lesquels le pouvoir fédéral a la compétence législative sont énumérés; dans tous les cas non-énoncés, se sont les *Länder* qui sont compétents. Il n'en reste pas moins que la Cour constitutionnelle fédérale a décidé qu'il y a, en raison de la nature des choses, des cas non-écrits de législation fédérale, notamment lorsque le pouvoir fédéral ne peut régler sensément une matière qui lui a été expressément attribuée, sans poser en même temps des normes pour une matière qui ne lui a

(2) Pour ce que j'entends précisément par la nature des choses voir *ibid.*, p. 118 sqq.

pas été attribuée; ou encore lorsqu'un règlement n'est en fait possible que d'une manière unique pour tout le territoire fédéral. La nature des choses impose donc que le catalogue des compétences législatives soit complété, et ce n'est pas une question d'interprétation mais le comblement d'une lacune parce qu'on dépasse incontestablement le sens textuel de la constitution allemande.

L'on doit de toute façon être fort prudent lorsqu'on déclare la loi incomplète pour la raison qu'elle ne tiendrait pas suffisamment compte d'un principe général du droit ou de la nature des choses. Tout ce qui peut être formulé comme un principe général du droit ou tout ce qu'on croit pouvoir déduire de la nature des choses, n'est pas un élément du droit *en vigueur*. Ici il y a lieu de tenir compte de la *primauté du législateur*. Ce dernier peut négliger un principe général du droit ou prendre un règlement qui contredit la nature des choses. S'il l'a fait, alors, à mon avis, le juge est en général lié; ce n'est que dans des cas extrêmes qu'il peut se dresser contre la volonté du législateur; mais, il ne s'agit pas alors du comblement de lacunes, mais de correction de la loi. Par contre, lorsque le législateur ne s'est pas prononcé clairement *contre* un principe ou *contre* la nature des choses, alors le juge doit tenir compte de ces critères. Mais il doit soigneusement poser la question de savoir si le principe est vraiment «général», c'est-à-dire s'il peut être ramené à l'idée du droit, et si l'exigence de la nature des choses peut être vraiment clairement reconnue.

B. — *De la méthode pour la constatation des lacunes*

Comment le juge doit-il procéder quand il pense que la loi pourrait dans un cas donné contenir une lacune? D'après moi, le point décisif est qu'il sépare clairement sa critique subjective de la loi, c'est-à-dire son sentiment du droit ou sa «Weltanschauung» du contenu objectif de l'ordre juridique. Le juge expérimenté pourra souvent, grâce à son sentiment du droit qui a été d'ailleurs nourri à l'école de la loi et est influencé par cette dernière, dire tout de suite : «il y a une lacune», mais ce jugement purement psychologique n'est pas décisif. Ce qui est décisif c'est un processus méthodologique. Il me semble qu'il y a trois degrés à franchir : d'abord le juge se

demande si la loi n'est pas applicable si on ne la complète pas, autrement dit s'il se trouve en présence du danger d'un déni de justice. Si tel est le cas, il y a lacune, et le cas est aisément reconnaissable. Si tel n'est pas le cas, le juge pose alors la question de savoir s'il n'existe pas dans la loi une norme qui s'applique à son cas, sinon d'après le texte, du moins d'après l'esprit. Ou il pose la question de savoir si la norme applicable d'après son *texte* ne convient peut-être *pas d'après son esprit*. C'est le degré de l'analogie et de la restriction. Si alors la lacune n'est pas encore établie, le juge passe à un dernier stade : il s'efforce de trouver un principe général qui peut être ramené à l'idée du droit ou une pensée juridique tirée de la nature des choses qui n'ont pas trouvé une réalisation suffisante dans la loi et dès lors exigent que celle-ci soit complétée.

Dans chaque cas la constatation de la lacune résulte d'un *jugement d'appréciation*; il s'agit donc d'un processus téléologique et non de logique formelle ⁽³⁾. L'élément d'appréciation se renforce à chacun des trois degrés décrits. L'appréciation n'est toutefois nullement purement subjective, mais pose, comme j'ai essayé de le montrer, une concrétisation de l'appréciation de l'ordre juridique. Elle peut, dès lors, être rationnellement contrôlée par le moyen de la méthodologie juridique, même si le critère de l'exactitude ne peut pas être d'une logique contraignante mais, comme c'est le plus souvent le cas en sciences humaines, il ne fournit qu'une évidence plus ou moins grande.

III. — LE COMPLEMENT DES LACUNES DE LA LOI

Je serai bref quant au comblement des lacunes. Car d'une part cette question est généralement beaucoup plus connue et aussi grandement éclaircie; et, d'autre part, nous rencontrons les mêmes idées que nous avons déjà exposées à l'occasion de la constatation des lacunes. Ici aussi il faut distinguer deux problèmes : 1, les moyens du comblement des lacunes et 2, la méthode du comblement des lacunes.

⁽³⁾ Pour une tentative de définir le concept de la lacune à l'aide de la logistique voir KLUG, *Recueil d'études en l'honneur de H. C. Nipperdey*, 1965, Vol. I, p. 71 sqq.

A. — *Les moyens du comblement des lacunes*

Dans les deuxième et troisième groupes de lacunes les moyens de combler les lacunes ont déjà été donnés pour l'essentiel à l'occasion de leur constatation; nous avons vu que l'analogie et la réduction téléologique sont indispensables pour la constatation ou bien qu'un principe juridique est parfois insuffisamment réalisé dans la loi et pousse dès lors à son complément. Dans ces cas, le moyen pour combler la lacune est évident : ce ne peut être que l'analogie avec cette norme à l'aide de laquelle nous avons reconnu l'existence de la lacune ou la formation du principe général. La solution du premier groupe est par contre plus difficile, ici toute décision judiciaire est impossible sans un complément de la loi. Car dans ce cas ce n'est pas une norme *déterminée* qui fait défaut, mais bien *toute* norme dont le contenu n'est pas encore déterminé du tout lors de la constatation de la lacune. Rappelons l'exemple donné du manque d'une disposition sur le statut des obligations en droit allemand. En ce cas le juge constate seulement qu'il doit avoir une telle prescription pour pouvoir décider de quelque manière que ce soit, mais il n'a pas encore le moindre point d'attache pour déterminer cette prescription.

On est largement d'accord, dans la doctrine et la jurisprudence allemande, sur les moyens qu'il faut employer dans un tel cas.

1. Le juge doit d'abord essayer de trouver dans la loi une prescription à laquelle il puisse rattacher une *analogie* ou un argument *a fortiori*, ou emprunter à la loi un principe de droit qui s'applique aussi au fait non réglé. Si cela ne réussit pas, il peut par exemple essayer de transposer à son cas des appréciations légales d'intérêt — procédé étroitement apparenté à l'analogie — ou développer le sens immanent d'une institution juridique. Le juge doit donc, dans toute la mesure du possible, rester dans le cadre *des appréciations de la loi*, car celles-ci le lient comme les normes elles-mêmes, et de plus c'est seulement ainsi qu'on peut garantir qu'en comblant la lacune l'unité interne de l'ordre juridique ne sera pas détruit.

2. Si l'on ne peut tirer une appréciation de la loi, le juge doit chercher un *principe général du droit*; contrairement à ce que j'ai exigé pour la constatation d'une lacune, il ne doit pas s'en tenir seulement aux principes peu nombreux qui peuvent être ramenés

à l'idée du droit, mais il peut aussi se servir de ceux qui sont reconnus dans la conscience juridique de la généralité ou même d'une grande partie des juristes. Car, puisque le juge doit ici de toute façon construire le droit pour se conformer à l'interdiction du déni de justice, sa position sera évidemment beaucoup plus libre que lorsqu'il s'agit de constater la lacune. Il peut aussi tenter de puiser une solution dans la *nature des choses*, et notamment réfléchir sur le sens d'une institution sociale. C'est ici aussi que se situe l'exigence que le juge doit prendre la décision d'après «*l'état de l'intérêt*»; car, si cela ne signifie pas véritablement que le juge doit s'en tenir à *l'appréciation légale* des intérêts, alors on ne peut comprendre cette exigence que comme prescrivant de tenir compte des éléments de signification et de justice qui sont contenus dans la chose même, autrement dit comme un renvoi à la nature des choses.

3. Si l'on ne peut même pas trouver de tels moyens pour la solution du problème, alors le juge peut utiliser ce qu'on appelle les «*topoi*», c'est-à-dire les points de vue qui sont encore très indéterminés et qui n'engagent pas en général, mais qui, au cours des temps ont, en tant qu'arguments juridiques, été plus ou moins reconnus (4). Souvent, ils ne peuvent être détachés des idées développées à partir des principes ou de la nature des choses. En dernier ressort, le juge n'a plus que «*l'appréciation souveraine*» qui, ainsi qu'on l'a vu, n'est jamais admissible dans la *constatation* de la lacune; pour le comblement de la lacune aussi le juge ne peut pas tout simplement décider d'après ses conceptions personnelles, mais il doit se placer dans toute la mesure du possible dans «*l'esprit de l'ordre juridique*» et tenir compte des conceptions morales prévalentes et des appréciations sociales.

B — *De la méthode pour le comblement des lacunes*

Sur ce point aussi on peut faire quelques remarques générales.

1. Il faut tout d'abord mentionner la règle prescrivant que la solution développée pour combler la lacune doit être mise en har-

(4) DIEDERICHSEN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, p. 697 sqq.

monie avec le droit en vigueur. Ceci était déjà d'importance pour l'ordre des moyens de comblement de la lacune. Mais cela vaut encore au delà. Et c'est particulièrement important lorsqu'on se sert d'un principe général de droit pour combler une lacune. Celui-ci n'est pas encore une norme en ce sens qu'on pourrait lui subsumer simplement un cas; il lui faut encore une concrétisation. Or, il n'est pas rare que le principe permette plusieurs concrétisations différentes. Il faut alors choisir celle qui est le mieux en harmonie avec la loi. Cette harmonisation doit se poursuivre en deux directions. En premier lieu, le comblement doit être adapté à l'*appréciation* de la loi et il doit en second lieu être intégré dans le *système* juridique.

2. Une deuxième maxime est que le juge ne doit pas se livrer à la casuistique, mais qu'il doit être un créateur de normes. Il ne doit donc pas seulement combler la lacune pour le seul cas qui lui est soumis, mais il doit tenir compte de tous les autres cas imaginables, en ce sens qu'il doit se dégager *du cas concret* et reconnaître dans son *caractère typique* le *problème* fondamental et le résoudre. Il cherchera donc, comme le législateur, à établir une norme générale.

Et encore, le juge continental, contrairement à l'idée que *Gadamer* a défendue récemment encore, ne pense pas le cas de telle manière que l'explication ou la construction de la norme se fasse par un processus d'échange intellectuel avec le cas concret. Toutes les méthodes juridiques d'interprétation reposent au contraire sur l'abstraction de la norme à l'égard du cas. Que nous interprétions la loi historiquement, textuellement, systématiquement ou téléologiquement, nous considérons toujours la norme indépendamment du cas, et nous ne rétablissons le rapport avec le cas que lorsque l'interprétation de la loi est terminée. Le cas indique seulement l'élément de la norme qui doit être plus précisément interprété, mais il ne dit pas comment cette interprétation doit se présenter. Ceci ne vaut pas seulement du point de vue méthodologique, mais aussi dans le sens de la phénoménologie de l'entendement conçue par *Gadamer*; car les méthodes juridiques d'interprétation ne sont pas seulement un postulat méthodologique, mais elles sont aussi appliquées et donnent donc des éclaircissements sur le progrès *réel* de l'entendement juridique. La pensée du cas même signifierait qu'il y a dans celui-ci un

sens juridique spécifique, et que ce sens est déterminant du point de vue juridique. La première conception est déjà contestable pour une série de cas; et même si le cas a occasionnellement un certain sens juridique, celui-ci est bien souvent indiscernable ou ne peut pas être distingué du sentiment du droit subjectif (!) du juge. Mais avant tout le sens juridique du cas n'est pas *déterminant*. Car cela conduirait à une jurisprudence d'équité informe, qui serait en contradiction insoluble avec la tendance de tout droit à la généralisation et donc à l'abstraction de quelques éléments essentiels. De là, l'obligation pour le juge de construire une règle générale pour combler des lacunes, est fondée dans la nature même du droit. Ce qu'exige encore la sûreté juridique, en ce sens qu'on puisse prévoir la décision dans d'autres cas semblables.

Certes, on ne doit pas exagérer cette exigence. Car souvent une question n'a pas encore été suffisamment approfondie pour permettre de conduire à une solution générale, et alors il vaut mieux que le juge se limite au cas qui lui est soumis et attende les autres cas et arguments qui surgiront ultérieurement. Mais en général le juge ne doit pas se dérober à l'obligation de construire une norme précise, et ne doit pas chercher refuge dans une clause générale comme par exemple la formule «un résultat manifestement inéquitable». Toutefois cela aussi lui peut être permis dans des cas exceptionnels; par exemple lorsqu'une solution juste ne peut être donnée sans égard aux circonstances *individuelles*. Car dans ce cas le législateur opérerait lui aussi avec une clause générale, et le juge le peut donc également pour combler les lacunes.

3. En rapport étroit avec les deux principes déjà mentionnés, se trouve un troisième : le juge ne doit pas fonder sa décision sur une masse de points de vue différents, mais bien sur une seule idée fondamentale claire. Dans la dernière période il se trouve de plus en plus souvent dans la jurisprudence allemande que les décisions contiennent une quantité de considérations pour et contre une certaine solution, pour conclure brusquement que «tout bien considéré», il faut donner la préférence à telle ou telle solution. C'est très peu satisfaisant; car l'on ne sait pas quel argument a été vraiment décisif pour le tribunal. Et c'est très dangereux pour la sécurité juridique et pour la justice, car il y a évidemment d'autres cas dont la

plupart des éléments sont les mêmes que ceux du cas décidé sauf un, et nul ne peut prédire si le juge, dans une nouvelle décision, ne va pas considérer comme décisif précisément ce point manquant.

4. Enfin, je voudrais encore citer trois moyens auxiliaires pour combler les lacunes. D'abord : se rattacher à la jurisprudence existante. La comparaison des cas peut être aussi pour le juge continental d'une aide précieuse et elle assure la continuité de la jurisprudence. Outre cela, il faut avoir égard à une doctrine développée, ce que d'ailleurs l'article 1er du Code civil suisse prescrit expressément au juge suisse de faire. Enfin, le comparatisme juridique peut aussi rendre des services valables, surtout lorsque le juge veut décider en se conformant à des principes généraux ou en se fondant sur la nature des choses. Le juge allemand use largement des deux premiers moyens auxiliaires, mais très rarement du troisième.

Me voici arrivé au terme de mon exposé. J'ai voulu vous mettre sous les yeux quelques aspects méthodologiques qui me paraissent importants. Mais il ne faut pas exagérer les possibilités de la méthodologie. Car elle n'a le plus souvent pas de fonction *créatrice* en ce sens qu'avec sa seule aide la solution correcte pourrait être trouvée. Elle ne peut donc pas remplacer la *force d'inspiration juridique*, qui est seule à même de trouver, par exemple, la norme convenable pour une analogie ou le principe juridique approprié.

Il ne faut pas non plus sous-estimer la valeur de la méthodologie, car elle remplit une très importante fonction de *contrôle*, et permet ainsi de reconnaître des solutions incorrectes et, en revoyant la solution correcte, de la vérifier *rationnellement* et de la justifier *rationnellement*. Un tel contrôle rationnel est indispensable tant pour une jurisprudence qui est liée aux fondements d'un État de droit que pour une doctrine qui se veut une science. Ainsi la solution juste ne peut être trouvée que dans la conjonction de la force d'inspiration juridique et du contrôle méthodologique.

Munich

C. W. CANARIS