

## LES LACUNES DU DROIT<sup>(1)</sup>

Paul FORIERS

Nous disons généralement qu'il y a lacune du droit (ou encore lacune en droit) lorsque manque dans un ordonnancement juridique une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé.

Nous disons également — encore que plus rarement — qu'il y a lacune du droit lorsque la règle figurant dans l'ordonnancement juridique pour résoudre un cas déterminé n'apparaît pas opportune, satisfaisante ou juste<sup>(2)</sup>.

A ce moment on parle d'ailleurs de fausse lacune; fausse puisqu'il existe formellement une règle mais que cette règle va être écartée par celui qui a pour mission de juger.

La vraie lacune est dès lors une lacune subie, la fausse lacune une lacune créée. La première s'impose comme le fruit d'une constatation, la seconde comme le résultat d'une décision, d'un acte de volonté. Mais toutes deux mettent le juriste et le philosophe devant les mêmes problèmes.

Les questions qui se posent en effet sont celles de savoir si ces définitions des juristes sont des faux semblants, des qualifications d'apparence ou si au contraire elles correspondent à des réalités.

Le premier problème est donc d'examiner s'il existe, et même s'il est concevable qu'il puisse exister des lacunes en droit. Une fois tranché positivement ce premier objet de notre démarche, le second sera de vérifier si les types que nous avons caractérisés en les définissant épuisent la matière.

Accessoirement il faudra rechercher s'ils sont réductibles à l'unité et enfin il conviendra d'esquisser très sommairement les moyens proposés pour combler les lacunes.

\*  
\*\*

(1) Communication présentée au *Centre National de Recherches de Logique* le 7 novembre 1964.

(2) Voyez BURCKHARDT, *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, Berne, Stämpfli, 1925, p. 25.

Mais avant d'aborder cet ensemble complexe, peut-être n'est-il pas inutile de situer l'étude des lacunes dans le cadre d'une réflexion méthodologique sur le droit.

Une remarque immédiatement s'impose : en étudiant les lacunes, après avoir analysé les antinomies, nous passons du problème de la cohérence du droit au problème de la plénitude logique du droit, c'est-à-dire dans son caractère soi-disant nécessairement complet <sup>(3)</sup>.

Cette remarque engage le fond et c'est pourquoi nous voudrions nous y arrêter quelques instants.

Un système en droit est cohérent lorsqu'il ne contient pas de contradictions, c'est-à-dire lorsque l'on n'y trouve pas à la fois une norme A et une norme non-A. Les incohérences en droit forment tout le problème des antinomies. Or, la cohérence d'un système juridique est certes une exigence logique, elle n'est peut-être pas nécessairement une exigence pratique ou sociale. Nous l'avons vu, en étudiant les antinomies, avec l'exemple des jeux de hasard qui tombent sous l'application de la loi pénale tout en donnant lieu à une perception légale de caractère fiscal. Il suffit somme toute de diversifier le système juridique, de reconnaître aux branches du droit une autonomie réciproque, pour rendre l'antinomie supportable, voire profitable au milieu social.

Néanmoins en approfondissant l'étude des antinomies nous avons constaté qu'il y avait volonté concertée de la part de l'immense majorité des juristes, et singulièrement des juges, de réduire les collisions des normes, de les éliminer, c'est-à-dire de choisir pour le cas de l'espèce une seule règle de préférence à toute autre.

Alors que dans les antinomies il y a au moins une norme de trop, dans les lacunes au contraire il y a — si nous osons dire — une norme trop peu en ce sens qu'il n'y a pas de règle là où il en faudrait une, ou que la règle qui existe n'apporte pas de solution acceptable. En somme la fausse lacune n'est donc qu'un cas particulier d'antinomie en ce sens que la norme écrite existante est en contradiction avec une norme non écrite tirée de l'idée de justice, de l'intérêt social ou du bien général. Ce n'est pas — on le constatera — l'aspect le moins troublant des fausses lacunes.

<sup>(3)</sup> Voyez E. JUNG, *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts*, Berlin 1900; voyez également GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> édit., t. I, pp. 193 et suiv.

Mais alors que dans les antinomies on tranche tout aussitôt la contradiction, l'on passe dans le cas de la fausse lacune par un stade *intermédiaire* qui est la reconnaissance d'un vide, non d'ailleurs du droit mais de la loi écrite. (rechtsleerer Raum).

Deuxième remarque préliminaire : le problème des lacunes n'est pas nécessairement lié à l'obligation de juger et à la notion du déni de justice (art. 4 du code civil français et belge). Le déni de justice est une chose, le silence de la loi ou du droit en est une autre.

Aux termes de l'article 506 du code de procédure civile directement inspiré des articles 1 et 2 du titre 25 de l'ordonnance de 1667 (4) "il y a déni de justice, lorsque les juges refusent de répondre les requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tout d'être jugées".

Aux deux cas cités par l'article 506 précité, il faut ajouter le refus de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi (5). La juridiction est en effet obligatoire pour le juge, mais il suffit qu'il prononce «une sentence quelconque» pour qu'il n'y ait pas déni de justice (6).

C'est donc une attitude de refus et cette attitude de refus constitue à elle seule le déni de justice, importe peu qu'il y ait ou non une norme applicable au différend déféré au juge.

La disposition de l'article 4 des codes civils français et belge n'oblige nullement — et nous insistons sur ce point — à combler les lacunes du droit mais fait au juge une obligation de juger. Ce sont là deux choses différentes dans leur domaine et dans leur essence.

Comme le dit Demante, dans son Cours analytique de code

(4) Art. 1 : "Enjoignons à tous nos juges dans nos cours, juridictions et justice et de seigneurs, de procéder incessamment au jugement des causes, instances et procès qui seront en état de juger; à peine de répondre en leur nom des dépens, dommages et intérêts des parties".

Art. 2 : "Si les juges dont il y a appel, refusent ou sont négligents de juger les causes, instances ou procès qui seraient en état, ils seront sommés de le faire; et commandons à tous huissiers et sergents qui en seront requis, de leur faire les sommations nécessaires à peine d'interdiction de leur charge."

(5) Voyez BOITARD, COLMET-DAAGE et GLASSON, *Leçons de procédure civile*, t. II, n° 757, p. 140.

(6) VAN DIEVOET, *Organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile*, notes de cours 1955-1956, p. 164.

civil (7) "Ils ne rendraient pas aux plaideurs la justice qu'ils leur doivent, si sous un prétexte quelconque ils se dispensaient de juger le différend qui leur est soumis" et l'article 4 se borne, dans son texte, à ne pas leur permettre d'utiliser un prétexte qui pourrait avoir l'apparence d'une raison pour ne pas juger : le silence, l'insuffisance ou l'obscurité de la loi.

En somme, le législateur a voulu que le juge, institué pour juger, *juge*, mais ne lui impose nullement de créer une norme là où il n'y en a pas. Si le juge, constatant le silence de la loi, en déduisait qu'il doit débouter le demandeur de son action car celui-ci ne pourrait fonder sa prétention sur aucune règle de droit, il jugerait et ne se rendrait nullement coupable d'un déni de justice. Le fait d'ailleurs que le juge doive débouter le demandeur en présence d'une lacune de la loi écrite a d'ailleurs été soutenu par certains exégètes.

Demolombe écrivait (8) "Il me semble ... que, même en matière civile, si le demandeur n'invoque à l'appui de sa prétention qu'une pure règle de droit naturel, non sanctionnée même indirectement même implicitement par la loi, le juge de devra pas lui accorder le bénéfice de ses conclusions. Est-ce à dire qu'il refusera de juger? Non, sans doute; il jugera au contraire que la demande n'est pas fondée."

Le juge au surplus ne pourrait recourir au référé législatif. Comme on le sait "il lui est même défendu de suspendre le jugement d'une contestation, pour demander au législateur une interprétation qui devienne la règle de sa décision future." (9)

Ce que le juge ne peut donc pas faire c'est se prévaloir du silence de la loi pour refuser de statuer sur le chef de demande qui lui est soumis; il n'a nullement l'obligation de combler les lacunes de la loi ou du droit.

Mais l'on constate qu'en fait, le juge placé devant le problème des lacunes, n'a pas suivi l'enseignement des exégètes et qu'il a au contraire cherché à combler ces lacunes.

\*  
\*\*

(7) DEMANTE, *Cours analytique de code civil* (1849) t. I, p. 52.

(8) DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, t. I, n° 113.

(9) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, t. I, 6e édit., Martin, p. 238.

Tout ceci étant précisé, nous voilà prêts à aborder le premier problème que nous avons isolé : existe-t-il et peut-il exister des lacunes en droit.

C'est là un conflit qui divise depuis fort longtemps les philosophes et les juristes. Il importe par conséquent d'essayer d'y voir clair.

Huc nous donne peut-être une indication précieuse lorsqu'il écrit <sup>(10)</sup>. "Sous l'empire d'un droit purement coutumier, il ne saurait y avoir de lacunes dans la loi. Le juge chargé d'appliquer les précédents, peut à leur défaut, en créer lui-même. Sous l'empire d'un droit codifié, il n'en est pas ainsi.

En somme, en se fondant sur cette distinction, nous arrivons à la conclusion qu'il peut en tout cas exister des lacunes de la loi écrite, mais qu'il n'est pas certain qu'il existe des lacunes du droit. Encore, sur ce point conviendrait-il de se mettre d'accord sur ce que recouvre le vocable "droit". Or, la philosophie du droit s'acharne depuis toujours à essayer de cerner cette notion et c'est le rocher de Sisyphe. Le mot est vague, obscur et échappe bien souvent à notre appréhension. Nous faisons tous du droit, mais nous ne savons pas très exactement ce que cette expression recouvre car elle est dépendante de conceptions subjectives et suppose un accord impossible sur certaines options de fond. Le débat est donc nécessairement équivoque à défaut d'en pouvoir déterminer avec précision le terrain.

Personnellement, avec Norberto Bobbio <sup>(11)</sup> nous serions partisans de parler non de lacunes du droit mais de l'ordonnement juridique, c'est-à-dire de l'ensemble des règles où le juge peut ou doit poursuivre sa recherche pour décider dans telle cause déterminée. Cette manière de faire permet de réduire l'imprécision, et s'il est prouvé qu'un pareil complexe ne peut avoir de lacunes, le problème sera en tout cas résolu pour le juriste, même s'il ne l'est pas pour le philosophe. Or, nous pouvons dire, sans nous tromper, qu'un fort courant philosophique soutient que l'ordonnement juridique est nécessairement complet, en se fondant sur deux théories relativement proches mais qu'il faut néanmoins distinguer :

<sup>(10)</sup> HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil* (1892), t. I, p. 165, n° 177.

<sup>(11)</sup> N. BOBBIO, *Lacune del Diritto* in *Novissimo Digesto Italiano*. p. 1 du tiré à part.

la théorie de l'espace juridique vide et la théorie de la norme générale exclusive.

De quoi s'agit-il? (12)

Selon la théorie de l'espace juridique vide, la sphère d'activité des hommes peut être divisée en deux parties : celle qui est limitée ou soumise à une norme juridique et celle où l'activité est libre. L'espace plein, l'espace vide, en d'autres termes.

Un comportement appartient au premier de ces espaces ou appartient à l'autre. Je fais ce qu'une norme exige de moi, positivement ou négativement, ou ne trouvant pas de norme, je fais ce qui me plaît : je suis dans le domaine de la liberté, c'est-à-dire dans un domaine irrelevant du point de vue juridique. Il n'y a donc pas de lacune possible. En effet, ou bien mon activité s'exerce dans un espace où il existe des normes et est régie directement par ces normes, ou au contraire, elle s'exerce en dehors de cet espace ; je suis sur la terre du droit ou bien je navigue sur la mer de la liberté, mais la mer n'est pas une lacune de la terre. Il y a donc différence de nature ou de relevance : ou bien mon comportement relève du point de vue juridique et est relevant de l'espace limité par des normes juridiques, ou bien il n'en relève pas, il est irrelevant de cet espace.

Ce sont essentiellement Karl Bergbohm et A. Brinz qui, à la fin du XIXe siècle, ont défendu cette théorie reprise en Italie par Santi Romano (13). C'est la théorie de la plénitude logiquement nécessaire de l'ordonnement juridique. Plénitude logiquement nécessaire parce que les normes constituent le droit et tout le droit qui est par le fait même nécessairement complet. Geny a peut-être moins bien traduit cette pensée en parlant de la plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite, qui n'en est qu'un aspect.

A cette première théorie fait écho une seconde, défendue par

(12) Monsieur l'Auditeur du Conseil d'État HUBERLANT, dans sa communication du 7 mars 1964, a approfondi ces problèmes, mais nous voudrions tenter de schématiser et de systématiser.

(13) Santi ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modène, 1925.

Zitelmann <sup>(14)</sup>, Donati <sup>(15)</sup>, et plus près de nous par Hans Kelsen <sup>(16)</sup>, et qui est celle de la norme générale exclusive.

Selon cette théorie, chaque norme juridique particulière qui prescrit un comportement positif ou négatif est accompagnée d'une norme générale, inexprimée mais certaine, qui exclut de la réglementation prescrite tout autre comportement; la norme particulière est donc implicitement mais sûrement accompagnée d'une norme générale qui, pour reproduire l'expression de Norberto Bobbio, l'accompagne comme son ombre <sup>(17)</sup>. Mais l'image pêche peut-être, car l'ombre n'est que la projection de l'objet sur une surface et, si grande soit-elle, elle est limitée, or ici l'ombre est immense, elle est générale; la norme particulière autorise ou prohibe le comportement qu'elle vise mais tout le reste des comportements est l'ombre. C'est, pour reprendre une formule de Geny "une loi générale de liberté" <sup>(18)</sup>. Si la loi dispose qu'un détaillant ne peut me vendre que deux litres d'alcool au moins, cela veut dire (à supposer que la loi se limite à cela) que le détaillant peut me vendre plus de deux litres, mais aussi qu'il peut m'offrir un demi litre ou boire avec moi derrière son comptoir un litre et demi, etc... Un système de droit écrit donne ainsi toujours — et pourrait-on dire automatiquement — soit directement soit indirectement une solution à tous les cas d'espèce. Pas de lacune par conséquent.

Ces deux théories ont en commun une division de l'activité humaine, partie étant réglementée, partie étant libre.

\*  
\*\*

Nous ne nous prononcerons pas pour l'instant sur ces théories, mais conformément à notre méthode habituelle, nous examinerons ce que pensent du même problème les juristes, en commençant par

<sup>(14)</sup> E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903.

<sup>(15)</sup> D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano 1910.

<sup>(16)</sup> HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press 1949, pp. 146-149 et *Théorie pure du droit*, trad. THEVENAZ, Neuchâtel 1952, pp. 142-147.

<sup>(17)</sup> N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>(18)</sup> F. GENY, *op. cit.*, p. 194.

Portalis dont la participation à la rédaction du code civil a été si importante et qui constitue, croyons-nous, un exemple topique.

L'on sait qu'il a rédigé ou prononcé trois discours lors de la rédaction du code civil : le discours préliminaire du projet de code civil <sup>(19)</sup>, l'exposé du 3 frimaire an X (24 novembre 1801) dans la Séance du Corps législatif <sup>(20)</sup> et l'exposé des motifs qu'il a fait "dans la Séance du 28 ventôse an XII du Corps législatif en présentant le projet de loi du 30, relatif à la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de code civil des Français" <sup>(21)</sup>.

Or, voici ce qu'il écrit dans le Discours préliminaire : "Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre" <sup>(22)</sup> et il ajoute "Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge?... Les besoins de la société sont si variées, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout" <sup>(23)</sup>.

Reconnaissance par conséquent indiscutable des lacunes du droit écrit, de la loi; le but de la codification n'ayant d'ailleurs pas été de se livrer à pareil travail et de réaliser une ambition aussi démesurée, mais au contraire de mettre fin, dans toute la mesure du possible, à une situation que Portalis nous décrit dans l'exposé des motifs qu'il fit dans la Séance du 28 ventôse an XII <sup>(24)</sup>. "Quel spectacle s'offrait à nos yeux? On ne voyait devant soi qu'un amas confus et informe de lois étrangères et françaises, de coutumes générales et particulières, d'ordonnances abrogées et non abrogées, de maximes écrites et non écrites, de règlements contradictoires et de décisions opposées; on ne rencontrait partout qu'un dédale mystérieux, dont le fil nous échappait à chaque instant; on était toujours prêt à s'égarer dans un immense chaos".

<sup>(19)</sup> LOCRÉ, t. I, édit. belge 1836, pp. 150 à 184.

<sup>(20)</sup> LOCRÉ, *op. cit.*, pp. 185 à 194.

<sup>(21)</sup> Postérieur à l'achèvement du code civil, LOCRÉ, *op. cit.*, pp. 195 à 201.

<sup>(22)</sup> *Op. cit.*, p. 155, n° 8, 1<sup>e</sup> col.

<sup>(23)</sup> *Op. cit.*, p. 156, n° 9.

<sup>(24)</sup> LOCRÉ, *op. cit.*, p. 196, n° 2.

La finalité de la codification était donc de simplifier, de rendre cohérent le système juridique, de donner des fils conducteurs. Sans doute, estimait-il souhaitable que toutes les matières puissent être réglées par des lois <sup>(25)</sup>, mais il ajoutait tout aussitôt “A défaut de textes précis sur chaque matière, un usage ancien, constant, bien établi; une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n’est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s’agit d’un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s’applique à tout ce qui peut intéresser les hommes”. Ce qui l’amène à conclure <sup>(26)</sup> par ces considérations devenues célèbres “Quand la loi est claire, il faut la suivre, quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l’on manque de loi, il faut consulter l’usage ou l’équité. L’équité est le retour à la loi naturelle; dans le silence, l’opposition ou l’obscurité des lois positives”.

Première conclusion : les lacunes de la loi écrite sont certaines, elles ne sont pas des accidents. Sans être voulues, elles sont parfaitement perçues.

Deuxième conclusion : il n’existe pas dans l’esprit de Portalis, et donc des auteurs des codifications, une règle de liberté jouant automatiquement ou un espace juridique irrelevant. Au contraire, l’espace qui n’est pas couvert par une norme doit en principe faire l’objet d’un travail créateur, tout au moins en droit civil.

“Dans cette immensité d’objets divers qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l’application d’un texte précis que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu’ils ne la renferment. On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de loi... C’est à l’expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas”.

Peut-on condamner plus clairement et plus nettement la règle de liberté ou la théorie de l’espace juridique irrelevant? Peut-on affirmer plus précisément l’existence de lacunes, non seulement de

<sup>(25)</sup> Voyez exposé préliminaire, LOCRÉ, *op. cit.*, p. 157, n° 10 in fine.

<sup>(26)</sup> *Op. cit.*, *ibidem*, p. 158, n° 14.

la loi mais de l'ordonnement juridique, et la nécessité de combler ces vides que le législateur a laissés. C'est au surplus au magistrat que cette tâche, selon Portalis, doit être dévolue <sup>(27)</sup> et non au législateur. "Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes; ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits" ... "on a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable".

\*  
\*\*

La doctrine a-t-elle révoqué en doute cet enseignement? Certes non. Elle a au contraire tenté de montrer que les lacunes étaient une conséquence nécessaire d'un droit écrit par opposition à un droit coutumier.

Nous ne parlerons pas de Laurent <sup>(28)</sup>, mais voilà comment s'exprime Huc <sup>(29)</sup>. La codification la mieux faite et la plus complète qu'il soit possible d'imaginer, laisse toujours subsister la difficulté théorique suivante: comment devra-t-on statuer, le cas échéant, dans les cas non prévus par le code?

"La question fut posée lors de la discussion du code civil; quelques uns proposèrent de charger le Sénat ou un jury spécial de statuer sur les points qui n'avaient pas été réglés par la loi civile. C'était aller chercher bien loin le juge que l'on avait tout près, il était plus simple de donner cette mission aux tribunaux ordinaires, en leur imposant l'obligation de ne jamais renvoyer les parties sans une décision, ce fut l'objet de l'article 4".

Quant à Beudant <sup>(30)</sup> il en donne la plus éclairante et la plus exacte explication qui soit: "Le code de 1804 pose des principes généraux et ne se pique pas de prévoir tous les détails."

"Portalis, dans le discours préliminaire (qu'il rédigea pour défendre son projet définitif), insiste longuement sur cette tendance

(27) LOCRÉ, *loc. cit.*, p. 159, n° 15.

(28) LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, n° 254 et suiv.

(29) HUC, *op. cit.*, t. I, p. 165, n° 177.

(30) BEUDANT, *Droit civil*, t. I, p. III, n° 119.

délibérée, voulue, qui allait à l'encontre d'une prétention révolutionnaire empruntée à Montesquieu : la prétention que, dans une République, toutes les difficultés ont leur solution dans la lettre de la loi et qu'il n'y a pas place pour aucune opinion particulière du Juge (Esprit des lois, chap. III du Livre IV "Dans le gouvernement républicain il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi").

"La science du législateur, disait Portalis, consiste à trouver, dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées." (31)

Le code civil, ne cherchant pas à tout régler lui-même, fait appel à la collaboration nécessaire de la jurisprudence. Portalis allait jusqu'à dire : "C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler on ne les fait pas." (32)

Donc, non seulement le législateur a voulu limiter son effort et ne donner des normes générales et encore incomplètes, mais il s'est nettement séparé de la théorie des utopistes de tous temps : More, Campanella, Morelly, etc... ou des philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle qui avaient comme Montesquieu le fallacieux espoir de régler toute activité humaine par le droit écrit.

"Ce serait ... une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen" (33).

De Page ne va pas soutenir autre chose : "La loi n'a pas statué : le cas n'est pas si rare qu'on pourrait, de prime abord, l'imaginer. Toute loi est une œuvre humaine, c'est-à-dire incertaine, incomplète, faillible. Non seulement elle n'a aucune prise sur l'avenir, mais souvent elle n'épuise même pas le présent." (34)

\*  
\*\*

(31) LOCRÉ, *op. cit.*, p. 159, n° 17.

(32) LOCRÉ, *op. cit.*, p. 160, n° 18.

(33) LOCRÉ, *op. cit.*, p. 157, n° II in fine.

(34) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1962, n° 214.

Reste enfin la jurisprudence. A-t-elle oui ou non appliqué la règle de liberté ou celle de l'espace juridiquement irrelevant?

Évidemment non. Comment d'ailleurs aurait-elle pu le faire? Les exemples se pressent en foule, nous n'en retiendrons que deux.

Tout le droit international privé est un ensemble construit par la jurisprudence à raison des lacunes de la loi écrite. "Contrairement à ce que nous constatons en droit interne moderne la jurisprudence est la source essentielle et originaire du droit international privé belge comme du droit international français. On n'y part pas de la règle pour l'adapter aux cas d'espèce, du principe pour assurer l'évolution de ses applications, écrit notre collègue Vander Elst dans son cours de droit international privé, professeur à l'Université de Bruxelles, suivant en cela d'ailleurs l'enseignement de M. Philonenko : on part des cas particuliers, comme dans les sciences expérimentales pour y découvrir et en déduire une loi générale." (35)

Les textes en effet sont d'une exiguité extrême (art. 47, 170, 999). Le seul qui édicte des règles générales est l'article 3 du code civil. Encore ces règles déterminent-elles le champ d'application de la loi belge dans l'espace, elles n'indiquent nullement quelle est la loi applicable lorsque la loi belge ne s'applique pas.

Le critère de la règle de liberté ou de l'espace irrelevant appliqué dans pareille matière ne conduirait qu'à une impasse et ne donnerait aucune réponse satisfaisante. Est-il besoin d'insister?

Mais même dans le droit civil interne, celui dont on ne contestera pas qu'il est le plus techniquement élaboré, la jurisprudence a dû combler nombre de lacunes. Prenons l'article 1235 du code civil : "Tout paiement suppose une dette; ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition.

La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées."

Or, qu'est-ce qu'une obligation naturelle? Où est-elle définie? Quelles sont ses caractéristiques, ses limites, et ses effets? Compulsez le code, vous n'y trouvez rien, et De Page, à l'interrogation "Qu'est-ce qu'une obligation naturelle?" répond dans un style lapidaire "Le code, qui en parle d'ailleurs à peine, ne le dit pas!" (36)

(35) R. VANDER ELST, *Cours de droit international privé*, 1956-1957 (notes polycopiées).

(36) DE PAGE, *op. cit.*, t. III, n° 57.

La doctrine désabusée constate que les obligations naturelles “ne font l’objet d’aucune disposition générale et nulle part ne se trouvent même indiqués les principaux cas” (37). Ch. Beudant, dans son cours de droit civil français (38) constate l’état squelettique des textes en la matière “qu’il existe dans notre droit des obligations naturelles et qu’elles aient des caractères particuliers, cela est certain. L’article 1235 les mentionne en ces termes... Voilà à peu près, le seul renseignement que les textes fournissent” (39).

Lacune par conséquent. La théorie de l’espace vide ou de la règle de liberté ne donnerait une fois encore aucune solution (40).

\*  
\*\*

Il est vrai que Kelsen a tenté de briser ce cercle en assimilant la théorie des lacunes juridiques à une fiction créée par les juristes puisque dit-il “il est toujours *logiquement* possible d’appliquer le système légal existant au moment de la décision judiciaire”.

Or rien n’est moins vrai, nous l’avons montré. D’abord il n’est pas possible, même logiquement, d’appliquer le système *légal* existant au moment de la décision judiciaire. Nous ajouterions volontiers que si Kelsen avait essayé il se serait aperçu que pareil système n’aurait jamais été accueilli par le juge car manquant de force convaincante.

A l’analyse, il est clair que l’auteur défend une thèse qui lui est sympathique, comme à tous ceux qui voient dans l’État la seule source possible de droit, et qui admet sans l’ombre d’une justification qu’il existerait *une norme implicite* dans le droit d’où il résulterait que tout ce qui n’est pas expressément réglementé par la loi est per-

(37) PLANIOL, RIPERT et RADOUANT, *Droit civil français*, obl., t. VII, II, n° 978.

(38) Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, (2<sup>e</sup> édit.), t. 8/1, n° 669.

(39) Voyez aussi COLIN et CAPITANT, t. II, n° 272 et suiv.; JOSSE-RAND, t. II, n° 709 et suiv.; Baudry LACANTINERIE et BARDE, t. II, n° 1652 et suiv.; RIPERT, *Règle morale dans les obligations*, 3<sup>e</sup> édit., n° 186 et suiv.; SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse Poitiers 1916; THOMAS, *Essai sur l’obligation naturelle*, thèse Montpellier 1932.

(40) Voyez également la communication du 7 mars 1964 de M. Ch. HUBER-LANT, *Les Mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*, qui donne d’autres exemples tout aussi caractéristiques. (Paru dans *Annales de Droit*, t. XXIV, mars 1965, pp. 229 sq.).

mis; c'est là, comme on l'a très pertinemment écrit "une vision simplificative de la réalité juridique" (41).

Or la pratique judiciaire prouve péremptoirement le contraire. Pareille norme implicite, non seulement ne s'impose pas logiquement, car on peut logiquement concevoir qu'il en soit autrement, il suffit d'admettre qu'il existe d'autres sources de droit que l'État (ce qui n'est nullement contraire à la logique), mais en outre lorsque cette norme existe en droit *elle n'est pas implicite mais explicite*.

Le droit pénal nous en fournit une excellente illustration, combien décisive d'ailleurs, car il nous donne à la fois l'épreuve et la contre-épreuve.

Les us et coutumes répressifs, qui tenaient souvent lieu de loi en France avant la Révolution française, permettaient au juge de créer de nouvelles infractions, seules les peines étaient *légales*, les incriminations étant le plus souvent arbitraires.

Dans pareil système tout ce qui n'était pas interdit n'était pas permis et la règle de liberté ou d'espace irrelevant du point de vue juridique était donc contredite par les faits.

Ce n'est qu'à partir de 1790, en vertu notamment des dispositions adoptées par l'Assemblée Nationale (notamment la loi des 16-24 août 1790) et de la Constitution des 3-14 septembre 1791, que les usages furent remplacés par des textes et que le pouvoir arbitraire des juges prit fin. L'article 8 du Préambule constitutionnel défendait de prononcer des condamnations en dehors d'une loi promulguée antérieurement au fait, et l'article 5 de ce Préambule affirmait *pour la première fois* comme règle que tout ce qui n'était pas défendu par la loi ne pouvait être empêché et que nul ne pouvait être contraint de faire ce qu'elle ne prescrivait pas.

En somme, affirmation solennelle de la liberté individuelle qui n'est pas une exigence logique mais *morale* ou *politique*.

Les Constitutions de l'an III et de l'an VIII reprennent la formule, avant les articles 7 et 9 de notre propre Constitution. Les codes de 1808 et de 1810 s'inspirèrent de ces principes. Ce n'est donc nullement à une règle implicite répondant à une exigence logique que l'on peut faire appel ici. Au demeurant, cette exigence est si peu logique et si peu implicite que des législations pénales contempo-

(41) VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris 1960, p. 170.

raines étrangères suppléent aux lacunes de la loi en s'inspirant des sources réelles de l'ordonnement juridique : exemple, l'article 16 du code pénal soviétique qui impose au juge de s'inspirer des intérêts politiques sociaux et économiques de l'État pour assurer la répression et de recourir au besoin à l'incrimination la plus "rapprochée" du fait commis <sup>(42)</sup>.

Tout cela démontre l'erreur fondamentale de ceux qui contestent, au nom de la logique, la possibilité de l'existence de lacunes dans l'ordonnement juridique.

\*

\*\*

Deuxième question : les types que nous avons caractérisés épuisent-ils la matière? "Vraie lacune" par manque de norme pour trancher le conflit, "fausse lacune" malgré l'existence d'une norme mais dont on conteste l'opportunité.

Nous voudrions, pour répondre à cette interrogation, tenter un essai de classement des ordonnements juridiques. Nous croyons qu'en gros la distinction peut être faite en systèmes ouverts ou plus ou moins ouverts et en systèmes fermés ou plus ou moins fermés.

Qu'est-ce à dire?

Prenons le système du code civil : les normes juridiques, de l'avis même du législateur, de la doctrine et de la jurisprudence, constituent un système susceptible d'être complété par l'usage, la coutume, la jurisprudence, l'équité, le droit naturel, etc... Chaque fois qu'il faudra le compléter, car il y aura une lacune, il sera *possible* — nous ne disons pas *nécessaire* — de le compléter. Si le juge veut — et la pratique judiciaire prouve qu'il le veut — il pourra combler la lacune. Pareil système est un système que nous qualifions de système *ouvert*.

Dans semblable système nous croyons que l'expérience prouve qu'il y a de vraies lacunes et de fausses lacunes. En somme, ou bien la lacune est *technique* : absence pure et simple de réglementation, ou bien elle est *pratique* : présence d'une norme que le juge considère, dans l'état actuel de nos conceptions et de nos moeurs comme inadéquate et qu'il écarte. Pour résoudre dans ce cas l'antinomie entre la

(42) BEKAERT, *Introduction à l'Étude du droit*, 1964, p. 296, note 3.

norme qui règle une matière et les exigences sociales, le juge fait comme si cette règle était abrogée, il crée fictivement une lacune afin de retrouver *sa liberté* de créer une norme nouvelle.

Mais il existe des ordonnancements juridiques où cette manière de faire se heurte non à la réglementation déterminée d'une matière, mais à un principe si général et si impérieux, si nécessairement lié à cet ordonnancement, à sa philosophie même, que l'idée de combler des lacunes serait inconcevable.

Tel est en principe le cas du droit pénal dans notre pays.

Il n'est pas concevable que la jurisprudence puisse abroger cette norme fondamentale suivant laquelle la liberté individuelle est garantie et que dès lors l'individu ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit (art. 7, al. 1er de la Constitution), pas plus qu'on ne peut concevoir que viendrait à être tenu pour abrogé le principe consacré par l'art. 9 de la Constitution que "nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu d'une loi". Nous sommes alors dans un système en principe *fermé*.

Fermé, parce que l'on aperçoit immédiatement qu'il y a peu de chose à ajouter à un pareil système et que le jeu de lacune ou de fausse lacune ne peut guère y avoir place. Ce sont des systèmes dits de droit *étroit*.

Mais à la vérité, de pareils systèmes d'ordonnements juridiques sont rares et se présentent plutôt comme *quasi fermés*. Reprenons l'exemple du droit pénal. Certes les règles "nullum crimen sine lege" et "nulla poena sine lege" donnent l'impression du système clos ou fermé, mais ce n'est toutefois qu'une apparence, car il n'y a pas de règle "nulla absolutio sine lege".

Il n'est donc pas exclu de concevoir des lacunes dans la matière des causes de justification : l'état de nécessité par exemple. C'est ce qui nous a amenés, notre Maître M. Philonenko et nous-mêmes, à construire la théorie de l'*asymétrie* de la loi pénale<sup>(43)</sup>.

Mais revenons maintenant à la partie fermée du droit pénal. Là effectivement il n'est pas possible de concevoir ou d'imaginer une lacune *technique*. Il n'y a pas de lacune en matière d'incrimi-

(43) Paul FORIERS, Relativité et asymétrie de la loi pénale, *Journal des Tribunaux*, 1953, pp. 305 et suiv.

nation ou de peine parce qu'il ne peut y en avoir, à raison même des postulats de départ "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege", le système est nécessairement complet.

Par contre, va naître pour le pénaliste une nouvelle catégorie de lacune qui est la lacune à résoudre de *lege ferenda*, l'absence en d'autres termes dans un système complet d'une *norme adéquate*. La fausse lacune ici ne joue qu'en considération du futur travail législatif.

Ces lacunes intéressent également et très vivement le juriste. Nous songeons par exemple à tous les travaux concernant une question aujourd'hui résolue par la loi, celle des délits dits d'omission (44).

Une conclusion supplémentaire s'impose : par leur nature même ces diverses lacunes ne sont pas réductibles à l'unité. Elles ont certes un trait commun caractéristique qui est l'absence d'une norme dans l'ordonnement juridique ou d'une norme satisfaisante, mais là s'arrête leur point de convergence, elles sont trop différentes pour être réunies sous une seule et même définition.

\*  
\*\*

Nous aurons terminé cet exposé introductif lorsque nous aurons fait un bref inventaire des techniques utilisées pour combler les lacunes en droit et indiqué de la sorte les voies d'exploration possible.

La première méthode, qui n'est certes pas à négliger encore qu'elle soit d'une application rare, est l'intervention d'office du législateur. Nous disons d'office, non que cette intervention se produise sans préalables qui conditionnent son action, mais pour l'opposer à la procédure du référé législatif que nous examinerons dans un instant.

Un exemple récent illustre parfaitement cette première méthode. Il s'agit de la loi du 4 janvier 1960 qui ne comporte qu'un article unique et qui précise la portée de l'expression "biens aliénés" dont se sert l'article 918 du code civil, en décidant que cette expression "s'applique à toute aliénation soit gratuite, soit à titre onéreux" mettant ainsi fin à des controverses nées d'une lacune textuelle.

Mais l'intervention du législateur peut résulter, non de sa propre

(44) Paul FORIERS, Les délits dits d'omission, *Revue de droit pénal et de criminologie*, février 1952.

initiative, mais de celle du juge. Nous abordons de la sorte le processus du référé législatif.

Celui-ci avait été établi en France par la loi des 16-24 août 1790. Dans cette hypothèse c'était le Corps législatif lui-même qui devait combler les lacunes ou faire dissiper les obscurités de la loi.

Les auteurs du code civil en introduisant l'article 4 ont eu pour but de "faire cesser cette foule de référés qui entravent la marche de la justice" (45).

Nous avons montré également que Portalis y était radicalement opposé.

Ce système a été définitivement supprimé en Belgique par la loi du 7 juillet 1865 (46). Conformément à l'article 2 de cette loi "si une décision judiciaire est cassée par la Cour Suprême pour les mêmes motifs que la première, le Juge du fond à qui l'affaire est renvoyée se conforme à la décision de la Cour de Cassation sur le point de droit jugé par cette Cour."

Mais le législateur, plutôt que d'intervenir spontanément ou à l'initiative du juge, peut aussi à l'occasion de l'élaboration des codifications, donner des directives au juge pour le cas du silence de la loi. Dans cette hypothèse l'on se trouve en présence d'un véritable processus d'encadrement du juge qui, tout en lui laissant une liberté relative, lui trace cependant de grands traits directeurs et indique les méthodes qu'il doit suivre en l'espèce.

Déjà le code civil portugais du 1er juillet 1867 (art. 16) traçait à cet égard la marche à suivre : "Les questions relatives à des droits et obligations qui ne pourraient être résolues ni par le texte de la loi, ni par son esprit; ni par argument tiré des dispositions d'autres lois concernant des cas analogues, seront décidées par les principes du droit naturel, eu égard aux circonstances de fait".

Ce texte établit une hiérarchie des méthodes; à défaut de pouvoir résoudre une question posée au juge par un texte exprès, il convient de rechercher son esprit, d'appliquer ensuite l'analogie et enfin, à défaut d'analogie possible, de s'en référer aux principes d'un droit

(45) LOCRÉ, *op. cit.*, p. 293; idem déclaration de GRENIER à l'Assemblée Générale du Tribunal, *ibidem*, p. 313.

(46) Voyez LÉON CORNIL, La Cour de Cassation : Considérations sur sa mission, *Journal des Tribunaux* 1950, pp. 490 à 492.

objectif qui était encore communément admis dans sa forme classique de droit rationnel au XIX<sup>e</sup> siècle.

Le code civil des Tribunaux mixtes d'Égypte, qui date du début de ce siècle, dispose également en son article II "qu'en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge se conformera aux principes du droit naturel et aux règles de l'équité". L'on retrouve d'ailleurs une disposition analogue dans l'article 34 du Règlement d'Organisation judiciaire des mêmes juridictions: "Les nouveaux tribunaux, dans l'exercice de leur juridiction en matière civile et commerciale et dans les limites de celle qui leur est consentie en matière pénale, appliqueront les codes présentés par l'Égypte aux puissances, et en cas de silence, d'insuffisance et d'obscurité de la loi, le juge se conformera aux principes du droit naturel et aux règles de l'équité".

Mais c'est certes le code civil suisse du 10 décembre 1907 qui, en cette matière, a été le plus novateur. L'article 1<sup>er</sup> dispose en effet que "la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence".

Chose curieuse, cette formulation si claire et au demeurant si convaincante de la loi suisse, ne semble pas avoir eu d'incidence décisive dans les codifications ultérieures. Deux exemples: le code des États-Unis du Brésil<sup>(47)</sup> se borne à retenir l'analogie et la renvoie aux principes généraux du droit. L'article 7 est en effet rédigé comme suit: "Aux cas non prévus s'appliquent les dispositions concernant les cas analogues, et, s'il n'y en a pas, les principes généraux du droit".

Enfin, le code civil italien de 1942 adopte une technique de solution très semblable, puisque l'article 12, sous la rubrique "interprétation de la loi" s'exprime comme suit: "Dans l'application de la loi on ne peut lui attribuer d'autre sens que celui qui résulte clairement du sens propre des termes pris dans leur contexte et de l'inten-

(47) Loi n° 3071 du 1<sup>er</sup> janvier 1916 avec les modifications résultant de la loi n° 3725 du 15 janvier 1919, etc.

tion du législateur. Si une controverse ne peut être résolue par une disposition précise, on se référera aux dispositions qui règlent des cas semblables ou des matières analogues; si le cas reste encore douteux, la décision s'inspirera des principes généraux de l'ordre juridique en vigueur dans l'État".

Enfin le législateur peut n'avoir donné aucune indication au juge, le problème n'étant pas explicitement abordé dans un texte déterminé de la codification d'une loi particulière. Telle est, à notre sens, la situation en France et en Belgique, où l'article 4 du code civil — nous l'avons montré — n'a pas résolu le problème des méthodes à suivre en cas de lacunes et s'est borné à imposer au juge l'obligation de juger. Mais, comme nous l'avons précédemment signalé, les travaux préparatoires par contre l'ont fait. Nous renvoyons à ce qu'a dit à ce propos Portalis et que nous avons rapporté dans la première partie de cette étude. Dans ce cas la jurisprudence aura en principe entière liberté, mais très légitimement elle se conformera aux enseignements de la doctrine.

En matière civile, par exemple, le juge supplée, dit Beudant<sup>(48)</sup>, au silence de la loi par l'équité naturelle. Il ajoute, peut-être malencontreusement "la loi peut avoir des lacunes, le droit n'en a pas".

La référence à l'équité naturelle est certes conforme aux travaux préparatoires et fut défendue notamment par Delvincourt qui enseignait que le juge doit suppléer aux lacunes du droit "soit par des indications tirées des dispositions mêmes de la loi, soit même par l'équité naturelle".

De Page<sup>(49)</sup> s'exprime plus complètement et plus précisément peut-être en écrivant: "Lorsque la loi n'a pas statué, les principes que nous venons d'énoncer (littera B — travaux préparatoires, principes adoptés dans des cas similaires, principes généraux du droit et le cas échéant exigences de l'utilité sociale) s'appliqueront plus opportunément encore. En demeurant dans le cadre général de la loi dont il s'inspire pour autant que de besoin, le juge décidera d'après les principes supérieurs du *Droit* et de l'*Equité*. Il statuera comme s'il avait à faire œuvre de législateur".

Il s'agit là, on le voit, d'une combinaison de méthodes doctrinales

(48) BEUDANT, *op. cit.*, t. I, n° 188.

(49) DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I (1963), n° 214.

et d'emprunts à des solutions puisées dans les législations étrangères, notamment suisse.

Quoi qu'il en soit, il se dégage de cet examen, d'une part, que la notion des lacunes n'a échappé ni au législateur, ni au juge, ni à la doctrine et que l'ordonnancement juridique n'apparaît pas pour le juriste, comme un tout logiquement complet; qu'il n'existe pas, d'autre part, une règle générale de liberté ou une norme générale implicite de liberté, mais qu'au contraire dans la généralité des cas le soin de combler les lacunes est confié à un pouvoir institutionnalisé. Au demeurant c'est de moins en moins au pouvoir législatif que cette tâche est dévolue et de plus en plus au judiciaire.

Comment dès lors nier l'intérêt qu'il y a à étudier logiquement les processus qui ont été utilisés par le juge ou qui sont utilisés par le juge pour remplir une des missions les plus importantes de sa fonction puisqu'elle engage directement sa responsabilité.

*Université de Bruxelles*

P. FORIERS