OBSERVATIONS SUR LE PROBLÈME DES LACUNES EN DROIT (*)

Ulrich KLUG

A) APERÇU SUR L'ÉTAT DU PROBLÈME

I — Dans le cadre de l'argumentation juridique il est souvent question des lacunes dans le droit. De toute évidence le problème des lacunes est plein de signification tant pour la pratique que pour la théorie du droit. Pour sa discussion il paraît le plus opportun de procéder de manière telle que l'on traite successivement des trois points suivants :

1. qu'est ce qu'une lacune en droit?
2. dans quelles conditions les lacunes en droit se produisent-elles?
3. comment élimine-t-on les lacunes en droit?

II — La question de savoir *ce qu'est une lacune en droit* a reçu dans la littérature juridique les réponses les plus diverses. D'une manière générale l'on semble cependant s'accorder pour dire qu'il s'agit d'une lacune dans un système normatif, N donné, lorsqu'il existe un état de choses, S, tel qu'il ne peut être réglé par N alors qu'on se fût attendu à ce qu'il en soit ainsi. Plus particulièrement : on distingue maintes sortes de lacunes; distinctions au cours desquelles les caractères systématiques et génétiques ne sont pas séparés avec précision.

On cite principalement les sortes de lacunes suivantes qui le plus souvent sont reliées par couples :

1. *Lacunes véritables et lacunes non véritables*

Il y a une lacune véritable lorsque, comme on dit, la solution attendue de l'état de choses, S, dans le système normatif, N, fait défaut.

(*) Communication présentée au *Centre National de Recherches de Logique*, à Bruxelles le 30 avril 1964.

Nombreux sont ceux qui nomment cette lacune une lacune proprement dite.

On admet par opposition, qu'il y a une lacune non véritable — ou non proprement dite, lorsque S est réglé par N mais que la solution est considérée comme fausse. C'est pourquoi la lacune non véritable ou non proprement dite est souvent dénommée une lacune de politique juridique ou critique. Il se peut que le règlement de S par N fasse défaut et qu'en même temps la proposition soit admise que tous les S qui ne sont pas réglés ne doivent pas l'être : dans cette conception l'on a aussi affaire à une lacune non véritable puisque S est alors réglé par N en ce que N n'intervient pas, mais abandonne le règlement de S à l'arbitraire des intéressés. On parlera alors de lacune quand ce règlement négatif est considéré comme erroné. Cette espèce de lacune est donc une lacune non véritable. Elle constitue une sous-espèce de la lacune non véritable mentionnée ci-dessus.

Pour éviter des confusions *Engisch* (I, p. 94) a proposé de régler ainsi la terminologie : la notion fondamentale est la déficience en ce qui concerne N. Cette déficience peut être soit une lacune, soit une faute. Par lacune on entendra seulement la lacune véritable, alors que la lacune non véritable doit être nommée une faute.

2. *Lacunes intentionnelles et non intentionnelles*

Cette espèce de lacune dépend de la volonté de celui qui a établi N. A-t-il voulu la lacune pour qu'elle soit comblée par d'autres, par exemple le juge, alors la lacune est intentionnelle. C'est pourquoi cette lacune est souvent désignée comme *voulue* ou *consciente*. La conception opposée est celle de la lacune non intentionnelle, ou non voulue ou non consciente.

3. *Lacunes primaires et secondaires*

Les lacunes primaires sont celles qui existaient déjà au moment de la naissance de N. Par contre, les lacunes secondaires sont celles qui ne se sont manifestées que plus tard, peut être comme conséquence d'une modification postérieure de l'état des choses S. Nombreux sont ceux qui distinguent encore parmi les lacunes se-

condaires, d'une part, celles qui sont nées de la modification de S, plus spécialement du progrès technique et d'autre part, celles qui se produisent à la suite d'une appréciation modifiée, par exemple lorsqu'un fait n'est pas considéré comme punissable, alors qu'il l'était au moment où la norme considérée a été établie (*Engisch*, I, p. 90). Enfin, les normes primaires sont encore occasionnellement divisées en non-excusables et en excusables suivant que celui qui a établi N, a ou n'a pas été attentif dans l'observation des faits de la vie. Les premières, les non-excusables sont d'après *Heck*, principalement des lacunes de la prévision (Anschauung).

4. *Lacunes dans la loi et lacunes dans le droit*

Dans cette distinction on admet l'existence de deux systèmes de normes N_1 et N_2 de manière que les lacunes sont subdivisées suivant que le défaut de règlement de S est dû à N_1 ou à N_2. Par loi nous entendons un système de normes positives établi par un législateur. Le droit par contre, est considéré comme supérieur. En conséquence, on le dit souvent supralégal. Dans cette conception la loi est un système empirique de normes, tandis que le droit est un système de normes non empiriques, c'est-à-dire aprioristique.

5. *Lacunes provisoires de la loi*

Cette conception est fondée sur la distinction entre les lacunes de la loi et les lacunes du droit. Deux systèmes de normes sont donnés, l'un, un ordre légal positif N_1, l'autre un ordre de droit supralégal N_2.

Suivant *Engisch* (I, p. 87) il y a une lacune provisoire de la loi lorsque le règlement de S attendu de N_1 fait défaut mais est par contre obtenu grâce à N_2. Cette lacune de la loi est donc provisoire puisque le règlement de S par N_2 se substitue au défaut de règlement de S par N_1. C'est donc une lacune provisoire de la loi et non une lacune du droit.

6. *Lacunes immanentes et lacunes transcendantes*

Ces deux sortes de lacunes supposent l'existence de deux systèmes différents de normes N_1 et N_2. Pour les deux lacunes cependant il

s'agit du défaut de règlement de S attendu d'un seul et même système N_1. La lacune est immanente lorsqu'elle résulte de N_1, transcendante lorsqu'elle résulte de N_2. En d'autres termes : quand il s'agit de la lacune immanente, l'espoir déçu par le défaut de règlement de S par N_1 est fondé sur N_1. Dans le cas de la lacune transcendante l'espoir déçu par l'absence de règlement de S par N_1 est fondé sur N_2. Si N_1 est par exemple une loi positive et N_2 un système de droit naturel, alors la disctinction dont il s'agit montre que, tant pour la lacune immanente que pour la lacune transcendante, il s'agit d'une lacune de la loi, du manque d'une solution espérée de S obtenue par la loi. On parlera de lacune transcendante lorsque l'espoir déçu ne résulte pas de la loi entachée de la lacune, mais du droit naturel. Dans les deux cas la lacune dans le cadre de cet exemple est une lacune de la loi et non une lacune du droit naturel.

7. *Lacunes et domaine vide de droit*

La délimitation entre la lacune et l'espace vide de droit présente dans la littérature de la théorie du droit des difficultés, bien que l'on soit en général d'accord pour dire qu'il y a des sphères qui ne sont pas accessibles à la normalisation juridique. La délimitation par rapport au concept de la lacune est difficile, parce que, dans la terminologie usuelle, il existe des lacunes intentionnelles et que l'on ne peut dès lors pas définir le domaine vide de droit comme celui des S intentionnellement non réglés. *Engisch* (I, p. 100) propose de ne parler d'un domaine vide de droit que lorsqu'un rapport ou un état de choses n'est juridiquement ni interdit, ni autorisé, ni ordonné, ni désapprouvé, ni approuvé, lorsque S n'est ni l'objet d'un état de fait ni d'une conséquence juridique.

Il s'ensuit, selon *Engisch*, que tout espace vide de droit n'est pas une lacune du droit. Ainsi par exemple le silence du droit à l'égard d'*un manque de tact non punissable* ou d'*une indiscrétion non punissable*, à la différence d'insultes punissables et de violations punissables du secret, ne sont pas des lacunes du droit. De tels rapports tombent dans le domaine de l'espace vide de droit. La distinction recherchée résulte de ce que "de lege lata les lacunes peuvent être comblées, mais non des positions libres de droit" (*Engisch*, I, p. 100-101).

8. *Lacunes de conflit*

Il y a lacunes de conflit quand deux normes d'un système normatif sont contradictoires ou contraires sans que soit réglé le point de savoir laquelle des deux normes doit être appliquée. Que deux normes contradictoires d'un même système N puissent être en vigueur en même temps est logiquement impossible. *Nawiasky* (p. 142) dit : "ou bien l'une d'elle ou bien les deux doivent céder. Laquelle des deux conclusions doit être tirée dépend de la conception discernable ou présumée de l'auteur de la norme". Si donc l'on ne peut établir laquelle des deux normes élimine l'autre, aucune des deux n'est valable. Il en résulte une lacune de conflit.

9. Une espèce particulière de lacune est celle que l'on dénomme souvent "*lacune technique*". Elle existe lorsque le créateur de la norme a établi une norme générale sans avoir en même temps réglé son expression la plus directe. On pourrait citer l'exemple suivant : si N ordonne qu'en cas de S il faut payer une taxe sans qu'il soit dit quelle est l'autorité compétente pour la prélever. Dans la plupart des cas l'on songera à une négligence de l'auteur de la norme. Cela n'est toutefois pas essentiel pour la conception de la lacune technique. L'imperfection peut reposer sur une intention et il peut par conséquent s'agir d'une lacune intentionnelle.

La conception de la lacune intra legem utilisée par *Meier-Hayoz* (p. 147-148) et d'autres, concorde largement avec la lacune technique. Les normes de "carte blanche" comme par exemple le renvoie aux bonnes mœurs de même que les concepts de valeur et d'appréciation rentrent dans cette catégorie, parce qu'elles ne donnent qu'un cadre légal qui doit encore être rempli. Toute lacune qui n'est pas une lacune intra legem est dans cette terminologie, une lacune praeter legem. C'est là que l'on doit ranger tant les lacunes véritables que les lacunes non véritables (*Meier-Hayoz*, p. 148-149). Le rapport avec les lacunes immanentes et transcendantes n'est pas toujours indiqué clairement dans la littérature. En général l'on semble admettre que les lacunes immanentes s'identifient avec les lacunes intra legem et les lacunes transcendantes avec les lacunes praeter legem.

III — Eu égard au nombre considérable de différentes sortes de lacunes traitées dans la littérature, il n'est pas étonnant que la question de savoir dans quelles conditions les lacunes se produisent dans le droit ait reçu des réponses très variées. Il est d'usage de considérer comme décisive à cet égard la prise de position envers le *positivisme* dans la philosophie du droit.

1. Dans ces théories du droit qui rejettent le positivisme et partent de la conception qu'il existe un droit supralégal, suprapositif, indépendant des actes législatifs d'un législateur empirique, l'on admet en général qu'il ne peut exister que des lacunes de la loi, mais non des lacunes du droit. Puisqu'il n'y a pas de lacunes du droit, les lacunes de la loi ne peuvent être que passagères, provisoires; elles peuvent en effet être comblées par les normes du droit supralégal. La base philosophique de cette thèse, qui aboutit à faire disparaître en principe le problème des lacunes est constituée par l'hypothèse métaphysique que pour tout ce qui existe il y a une *signification*, un *telos* et que dès lors il doit être fondamentalement possible de décider, pour chaque comportement humain, s'il répond à cette signification. Tout comportement ne peut donc fondamentalement qu'être correct ou non correct par rapport à cet ensemble cohérent téléologique. Cela vaut aussi bien pour les règles de droit (voyez aussi la théorie de la rectitude de *Emge* dans l'Introduction à la philosophie du droit, Francfort a M., Vienne 1955, p. 93 et suivantes et pour ce qui concerne l'ensemble cohérent téléologique, pp. 196-198 et 372). C'est pourquoi *Stammler* par exemple déclare qu'il n'y a de lacunes que dans le droit fermé, c'est-à-dire positif: "*le droit en tant que tel, fournit toujours une réponse positive pleinement suffisante*" (p. 132). D'autres théories du droit suprapositif éliminent d'une manière analogue le problème des lacunes. Cela vaut particulièrement pour les conceptions idéologiquement engagées du point de vue social. Un exemple typique de ce genre est fourni par la doctrine juridique du National-Socialisme suivant laquelle, dans la formule de *Maunz*, l'on peut parler de la plénitude du Droit dans un État dans lequel le droit établi par la puissance étatique n'est pas la seule forme sous laquelle le droit apparaît; car, dit cet auteur, l'ensemble de l'ordre de vie du peuple permet de résoudre un problème non réglé par la loi (*Maunz*, pp. 18 et 19). Avec esprit de con-

séquence, la théorie juridique du matérialisme dialectique part de l'absence de lacunes dans le droit considéré comme suprastructure idéologique des rapports sociaux. Et en fin de compte il va de soi que les théories conséquentes du droit naturel partent d'un état de plénitude de ce droit. Dans toutes les théories de cette espèce d'éventuelles lacunes de la loi, ne sont, comme il a été dit, jamais que des lacunes passagères et provisoires, qui peuvent toujours être comblées grâce aux normes suprapositives.

2. Du point de vue du positivisme juridique, les opinions sont partagées, quant à savoir s'il peut y avoir des lacunes du droit, ou si au contraire l'ordre juridique doit être conçu comme exempt de lacunes et fermé. Les deux opinions sont représentées.

a) *Nawiasky* par exemple admet la possibilité d'une lacune du droit en se plaçant sur le terrain du positivisme. Il part sans hésitation de ce qu'il est possible de ne pas trouver dans une norme juridique positive de réponse à une question à laquelle il faut cependant répondre pour l'application de la loi. Ce cas doit se produire avant tout quand s'affrontent des intérêts individuels de même rang entre lesquels il faut choisir (*Nawiasky*, p. 142). C'est dans les conditions de ce genre que naît pour cette théorie une *véritable* lacune. Par contre, il faut d'après *Nawiasky* considérer comme non véritable une lacune lorsque la règle fait défaut pour un cas particulier parce que la règle générale dont on dispose ne semble pas s'appliquer, "soit pour des raisons de fait, soit pour des raisons d'équité" (p. 142). En ce cas ce n'est pas que la norme juridique fasse défaut, mais celle qui est donnée déplaît à celui qui applique le droit; en conséquence il s'agit ici d'une lacune non-véritable. Celle-ci ne constitue donc pas un problème juridique, mais un problème de politique juridique (*Nawiasky*, p. 143). On ne trouve pas chez *Nawiasky* une analyse plus poussée qui indiquerait ce que doit signifier le fait que l'on ne trouve pas la réponse cherchée dans une norme juridique. En se plaçant également sur le terrain du positivisme, *Zitelmann* (p.9) admettait par contre, que le droit, en raison de l'interdiction faite au juge de dénier la justice, forme "un tout sans lacunes", seule la loi peut en recéler.

b) *Kelsen* se plaçant aussi sur le terrain du positivisme juridique tient pour erronées des théories de ce genre et ce pour les motifs

suivants : dans la théorie consacrée de la lacune, le droit en vigueur n'est pas applicable dans un cas concret quand aucune règle juridique générale ne se rapporte à ce cas. La théorie traditionnelle des lacunes en infère que c'est le juge qui doit combler cette lacune en créant la norme juridique correspondante. L'essentiel de cette argumentation consiste en ce que l'utilisation du droit en vigueur n'est pas possible parce que la prémisse nécessaire, la norme générale, fait défaut. D'après *Kelsen* cette théorie est erronée parce qu'elle repose sur l'ignorance du fait que lorsque l'ordre juridique n'établit pas d'obligation pour un individu à l'égard d'un rapport, cet ordre permet ce rapport. L'application du droit n'est donc pas logiquement exclue (*Kelsen* I, p. 251). Même les soi-disant lacunes techniques ne doivent pas être reconnues d'après *Kelsen*. Dans la conception traditionnelle il existe une lacune technique lorsque le législateur a négligé de régler quelque chose qu'il aurait pu régler, lorsqu'il est techniquement possible d'utiliser la loi. D'après *Kelsen* (I, p. 254) l'on a ici affaire soit à une lacune non véritable pour laquelle la règle juridique existante est critiquée d'après l'étalon d'un "Wunschrecht", soit à une indétermination. Une telle indétermination n'a rien de particulier. Elle résulte de ce qu'une norme générale plus ou moins abstraite a le caractère d'un cadre. *Kelsen* donne comme exemple le cas où la loi ordonne l'élection d'un organe sans régler la procédure électorale. D'après *Kelsen* il n'y a pas de lacune parce que lorsqu'il y a une telle indétermination de la norme, tout mode de votation à la majorité ou à la proportionnelle, public ou secret, etc... est légal; l'organe compétent pour faire procéder au vote peut discrétionnairement déterminer la procédure. La base de la thèse de *Kelsen* de la plénitude du droit est la "norme négative" : "Pour ce qu'on n'est pas tenu de faire ou de ne pas faire, on est libre" (*Kelsen*, II, p. 14). Il en résulte que, lorsqu'une règle juridique fait défaut il ne naît pas une lacune qui doit être comblée, mais bien un domaine non réglé, libre de droit, dans lequel on peut se comporter comme on le désire.

3. Indépendamment de la prise de position quant au positivisme juridique on affirme à l'occasion, l'existence d'un ordre juridique positif fermé et sans lacune, lorsque le juge est tenu quand il est saisi d'un cas, de fournir une décision juridiquement motivée (*Engisch* I, p. 99). Donc, lorsque l'interdiction de dénier la justice existe —

comme par exemple dans l'article 4 du Code Civil français — et que le juge doit donc fournir une réponse à toute question juridique, alors dans cette conception une lacune ne peut pas naître. Toutefois, contre cette thèse d'un système fermé on fait valoir que l'interdiction de dénier la justice n'est pas une exigence logique de tout ordre juridique. L'interdiction ne vaut pas a priori (*Engisch* II, p. 55).

IV — La question de savoir *comment les lacunes sont éliminées en droit*, reçoit de nombreuses réponses dans la littérature traditionnelle de théorie du droit. On trouvera de bons aperçus dans *Engisch* (II, chapitre 7) et *Meier-Hayoz* (p. 156 sqq). Pour ne pas excéder le cadre de cet exposé, on ne peut en citer que quelques-unes.

1. Le plus souvent il est recommandé d'avoir recours en premier lieu aux conclusions de logique. Il s'agit avant tout de l'*argumentum a simile* et de l'*argumentum e contrario*.

2. Si l'on ne parvient pas, à l'aide de cette argumentation ou d'une argumentation analogue à combler la lacune en connexion avec la loi, alors il est d'usage de faire appel à des *maximes* générales. On cite avant tout : les principes généraux du droit, l'esprit de l'ordre juridique, les appréciations de groupes sociaux déterminés, le vrai droit, le droit naturel, etc... (*Engisch*, II, p. 151).

3. Même le législateur s'exprime à l'occasion sur la question de savoir comment combler les lacunes. L'exemple le plus connu est celui de l'article premier du Code Civil suisse. A l'alinéa 2 et 3 il est dit : "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".

D'après *Meier-Hayoz* (p. 157) cette méthode, prescrite au juge suisse par cette disposition, pour combler les lacunes, signifie positivement que le juge est appelé à créer une règle de droit et ce dans le respect de l'état des intérêts considérés généralement et abstraitement du point de vue de la réalité, de l'équité et de la sécurité juridique. De plus par cet article l'on prend une position négative à

l'égard d'autres démarches possibles du juge. En se référant aux réalités, l'on indique que le juge doit prendre en considération les coutumes dans les rapports,etc... En évoquant l'équité on renvoie aux normes de la morale.

Dans certains cas, il peut y avoir un sens à créer des lacunes. Suivant *Nipperdey* (pp. 347, 348), il peut en être ainsi parce que se découvrent des états juridiques variables. Une telle action qui limite le champ d'application, il la nomme *restriction*. Elle doit servir à améliorer la pensée juridique qui n'a été qu'insuffisamment exprimée dans la loi.

Méthodologiquement il importe de remarquer dans cette conception que l'élimination de la lacune précède la création de la lacune. Ce qui a été dit plus haut, vaut pour l'élimination de la lacune.

B) Analyse et critique

Conformément à notre esquisse de l'état du problème du concept de la lacune de droit, les théories sur la possibilité de lacunes du droit et l'examen des méthodes propres à combler les lacunes vont faire l'objet de remarques analytiques et critiques.

Quant au concept de la lacune en droit

1. Il faut d'abord se demander dans quelle condition l'on peut parler d'un concept *objectif* de la lacune en droit. A ce sujet il faut éliminer, en raison de leur caractère psychologique, les caractéristiques conceptuelles qui sont connexes aux espoirs et aux désirs, aux approbations et désapprobations, à la critique, aux intentions, aux appréciations de politique juridique, aux engagements et aux conceptions, etc... Ces caractéristiques essentiellement psychologiques doivent être éliminées, parce qu'elles ne peuvent conduire qu'à une conception *subjective* des lacunes qui ne présente pas d'intérêt ici.

Le concept de relation logique de l'*isomorphie* convient pour la définition d'une conception objective de la lacune (voyez ce qui suit, *Carnap* p. 74 et sqq et *Klug* I, p. 87 sqq).

Je propose les définitions suivantes :

a) soit N une classe ordonnée et finie de normes. Cette classe est nommée un système normatif.

b) Soit S_N, une classe ordonnée et finie de types d'état de choses, réglé par N.
c) Soit S_W la classe ordonnée et finie de tous les types d'état de choses qui se produisent dans la réalité.

— Dans a), b) et c) il est chaque fois question de classes *finies*. Ceci simplifie l'analyse logique et correspond de plus à la démarche usuelle du juriste. Cela est clair pour a) car l'application du droit présuppose qu'il n'y ait pas de normes infiniment nombreuses à appliquer. Cela vaut aussi pour b) et c), car pour l'application du droit il est requis que le nombre des types d'état des choses à considérer soit fini. D'ailleurs cela est facilement réalisable dans le cadre de la typologie juridique. Il suffit de se souvenir de la méthode de classement élémentaire connue, dans laquelle on distingue simplement les deux groupes A et non-A.
d) N_U ne doit être désigné comme un système normatif *global* ou *total* que si S_N et S_W sont isomorphes.
e) S_N et S_W sont isomorphes — ou ont comme on dit la même structure — lorsqu'il existe une Relation R à deux arguments, qu'on appelle le corrélateur, ainsi réalisée qu'elle ordonne fidèlement la représentation de S_N d'après S_W.

Tel est le cas lorsque les conditions suivantes sont remplies :

(1) R n'a qu'une signification.
(2) les éléments de S_N sont les antécédents de R.
(3) les éléments de S_W sont les conséquents de R.
(4) si deux éléments de S_N se trouvent dans l'ordre considéré, alors cela vaut aussi pour leurs représentations R dans S_W. (Il ne sera toutefois pas fait expressément usage, dans ce qui suit, de cette qualité ordonnée exigée du corrélateur R.).

Par l'utilisation de la négation on peut dès lors définir :
f) $N_{non\text{-}U}$ est *un système normatif non global*, si et seulement si S_N et S_W ne sont pas isomorphes. Comme il est concevable dans *le système normatif non global* que $N_{non\text{-}U}$ ne règle aucun élément de S_W, il faut faire encore une constatation pour la conception du système normatif partiel.
g) Soit S_T une classe partielle (non vide) de S_W. N_P est alors et alors seulement *un système normatif partiel* lorsque S_N est isomorphe

avec une classe partielle S_T de S_W, et que le nombre des éléments de S_T est plus petit que le nombre des éléments de S_W.

h) Un système normatif partiel N_P sera dit *un système sans lacunes* ou *fermé* N_G, lorsqu'appartient aux éléments de N_P la norme que, excepté S_N, aucun autre type d'état des choses ne doit être réglé par N_P.

i) Un système normatif partiel N_P sera nommé *un système normatif autonome lacunaire* N_{AL}, lorsqu'appartient aux éléments de N_P la norme qu'en plus du type d'état des choses qui relèvent de S_N, il y a encore au moins un type d'état des choses S_T qui doit être réglé par N_P. Si l'on désigne par S_O cette classe partielle de S_W formée des types d'état des choses qui doivent être réglés par N_P, alors on peut dire que N_{AL} est caractérisé par cela que S_N — c'est-à-dire la classe des types d'état des choses réglés par le système normatif N_P — et S_O — c'est-à-dire la classe de ces types d'état des choses qui doivent être réglés par N_P, — *ne sont pas isomorphes.* De plus, il est entendu, conformément à la définition, que l'isomorphie manquante résulte des normes du système N_P même, non d'un quelconque métasystème de normes.

j) La classe des systèmes normatifs autonomes lacunaires est désignée par ALN.

k) Un système normatif partiel N_P est désigné comme un système normatif *hétéronome lacunaire* N_{HL}, lorsqu'il existe un système normatif MN non identique à N_P, auquel appartient la norme que, en plus des types d'état des choses réglés par N_P il existe encore au moins un type d'état des choses S_T qui doit être réglé par N_P. De même que pour le système normatif autonome lacunaire N_{AL} défini sous i), ne sont pas, dans le système normatif hétéronome lacunaire N_{HL}, *non plus isomorphes* la classe des types d'état des choses réglés par N_P et la classe de ces types d'état des choses qui doit être réglée par N_P.

l) La classe des systèmes normatifs hétéronomes lacunaires est désignée par HLN.

Le concept des lacunes de droit peut être dès lors défini non pas explicitement mais *implicitement* :

m) *Il y a toujours lacune dans le droit*, quand le droit concerné est un élément de ALN ou de HLN. Dans le premier cas on peut parler de lacunes *autonomes*, dans le second cas de lacunes *hétéronomes*.

2. Si l'on accepte ce qui vient d'être établi il en résulte que:
a) Le concept de la lacune en droit peut être défini sans utilisation de caractéristiques conceptuelles psychologiques ou génétiques. Il suffit d'indiquer des structures formelles.
b) Comme concepts fondamentaux non définis, outre ceux du calcul logique utilisé, on s'est servi avant tout des concepts: types d'état des choses et normes. Pour l'éclaircissement du concept de norme il faut encore remarquer qu'on entend par norme une proposition avec continu de directive; une proposition donc qui est un ordre ou une autorisation, ou une interdiction. D'autres éléments de la classe des dispositions indiquées par N, sont ces dispositions qui exercent certaines fonctions auxiliaires au sein d'un système normatif. A la classe N appartiennent donc des dispositions qui servent à l'interprétation des ordres, des autorisations ou des interdictions et qui, dès lors, ne sont des dispositions à caractère de directive que dans un sens médiat. On peut dans cette mesure avoir recours au langage juridique usuel.
c) La définition donnée ci-dessus est indépendante d'une prise de position quant à la bataille du positivisme. Elle peut donc être utilisée au sein des systèmes normatifs les plus diversement engagés du point de vue de la philosophie juridique et de l'idéologie.
d) Dans les définitions apparaissent seulement des classes finies de normes et d'état de choses. Ceci est en rapport avec ce que dans les champs d'application indéfinis le concept de lacune devrait perdre sa signification.

3. Dans une appréciation critique des conceptions traditionnelles de la lacune, de nombreuses obscurités peuvent être éliminées grâce à la définition du concept proposé ci-dessus.
a) Pour la conception de la *véritable lacune*, la caractéristique conceptuelle "défaut du règlement espéré de S_T par N" apparaît comme une conséquence issue du langage imprécis du créateur de la norme. Comme ce n'est que rarement que l'on tient pour opportun, au sein d'un système normatif, d'ordonner expressément qu'en dehors de types d'état de choses S_N réglés, aucun autre ne sera réglé, l'utilisateur de la norme se trouvera bien souvent dans l'imprécision. Comme il n'est contraint par aucune norme à considérer le système normatif qui l'intéresse comme exempt de lacunes et fermé, il peut

ressentir comme une lacune un non-règlement qui ne lui paraît pas digne d'être approuvé; il "attendra" le règlement. D'autre part, il apparaît fondé d'éliminer du système des lacunes, la lacune non-véritable. Pour cette espèce de lacune les choses sont ainsi que les conditions sont remplies de la conception du système normatif sans lacunes ou fermé (tel qu'il est défini sous h). Par contre, celui qui utilise la norme, en se fondant sur un système métanormatif qu'il a avancé, apprécie négativement le règlement donné. Il n'y a donc pas de lacune en discussion.

b) *Les lacunes intentionnelles* voulues ou conscientes sont sans intérêt dans le cadre de la présente analyse parce qu'elles ne concernent que le côté psychique génétique. Elles ne présentent pas de particularités d'ordre logique.

c) Il en est de même pour les lacunes *primaires* et *secondaires*. En distinguant parmi les secondaires celles qui d'après la théorie traditionnelle naissent d'une modification des rapports de faits et en particulier des progrès techniques, de celles qui résultent de modifications de valeur, on opère une séparation fondée. Une modification des rapports de faits aboutit à la connaissance d'un nouveau type de rapports de faits dans la réalité. Il faut y ajouter qu'un système de métanormes est avancé sur la base duquel on critique le règlement du nouveau type de rapports de faits par le système de normes considéré comme lacuneux. Pour les appréciations modifiées il s'agit, sans l'adjonction de nouveaux types de rapports de faits, simplement d'une modification du métasystème qui conduit alors à une appréciation modifiée du système.

d) Ce qui vient d'être dit conduit au couple de concepts : *lacune de la loi* et *lacune du droit*. Pour la structure logique des deux espèces il n'y a pas de différences. Si l'ordre légal et l'ordre juridique sont considérés comme des sytèmes de normes différents et qu'on admet en même temps que l'ordre légal est "subordonné" à l'ordre juridique, alors il existe entre les deux systèmes le rapport de métasystème au système. En ce cas l'ordre des lois c'est le système et l'ordre du droit c'est le métasystème.

e) En ce qui concerne la *lacune provisoire* de la loi, la particularité de ce concept ne résulte pas de la structure logique, mais de la situation historique génétique.

f) Comme on l'a déjà dit, la distinction de normes *immanentes* et

de normes *transcendantes* suppose l'existence de deux systèmes normatifs différents. La lacune immanente est une lacune au sens de la définition proposée précédemment. Si par contre quelqu'un soutient l'existence d'une lacune transcendante, alors un système existant et lacunaire N_1 est critiqué au moyen d'un autre système normatif N_2 utilisé comme métasystème. Il n'est donc pas question alors d'une lacune au sens défini.

g) Le concept du *domaine vide de droit*, dont la délimitation par rapport à la lacune du droit est toujours discutée dans la théorie juridique traditionnelle, peut être déterminé exactement sur la base d'un système normatif sans lacune et fermé (bâti sur la définition h).

En effet, on peut définir :

RL_N désignera le domaine vide de droit ou libre de droit en rapport avec le système normatif N, lorsque, mais seulement lorsque RL_N désigne la classe moyenne non vide de S_W et le complément de S_T, et que N est un élément de N_G. En bref la classe des types des rapports de faits qui ne sont pas réglés par N est le domaine vide de droit en rapport avec N, pour autant que N soit un système normatif sans lacunes. Dès qu'on ne suppose pas l'absence de lacunes de N on ne parvient pas, avec les concepts utilisés, à distinguer le domaine vide de droit de la lacune de droit. Les exemples cités ci-dessus, du manque de tact et l'indiscrétion, ne tombent dans le domaine vide de droit que parce que le système normatif pénal ne présente pas de lacunes. Ici vaut "*le principe négatif*" que tous les modes de rapports pour lesquels le code pénal n'érige pas de peine ne sont pas punissables.

La distinction de la lacune de la loi et de la lacune du droit fournit une nouvelle possibilité pour une délimitation exacte. Si l'on admet par exemple que la loi GN est lacuneuse et que le droit RN ne présente pas de lacunes, alors, dans les conditions énoncées à la définition il existe un domaine vide de droit en rapport avec RN. Les types de rapports de faits non réglés par GN sont alors ou bien réglés par RN ou tombent dans le domaine vide de droit défini pour RN.

Pour le premier groupe il existe alors une lacune de la loi mais il ne se situe pas dans le domaine vide de droit.

h) *La lacune de conflit* est aussi une lacune d'après les définitions

proposées. De l'existence des deux normes contradictoires on peut déduire que le créateur de la norme a voulu régler le rapport de fait considéré que ces normes concernent. La contradiction qui abroge ces normes empêche le règlement de se faire. Il y a donc à côté des types de rapports de faits réglés S_N au moins un autre type de rapport de faits qui doit être réglé dans le système normatif. Ce système est donc lacuneux au sens de la définition i).

i) Au sujet des *lacunes techniques*, pour la question s'il y a une lacune dans le sens défini, il s'agit essentiellement de savoir, s'il faut interpréter le système normatif en question dans le sens de la définition h) ou au sens de i) et k). Les deux cas sont imaginables. Les doutes qui se manifestent souvent à ce sujet dans la pratique du droit sont en corrélation avec l'imprécision habituelle de la terminologie de celui qui établit la norme.

II — Comme il a été montré sous A III, l'on trouve, tant dans les théories du droit positiviste que non positiviste, la thèse qu'il n'existe pas de lacune du droit. Pour les théories non positivistes du droit cela doit être mis en rapport avec une conception de base métaphysique qui se soustrait largement à la critique rationnelle en raison de ses principes irrationnels. Il en est autrement pour la théorie principalement positiviste de l'absence de lacunes, qui est défendue surtout par *Kelsen* sur la base des propositions des définitions présentées, on peut prendre l'attitude suivante à l'égard de ces thèses :

Ce qui est déterminant ici c'est aussi l'usage des termes par celui qui établit la norme. Des formulations peu claires quant au point de savoir si celui qui établit la norme part du caractère fermé du système normatif établi, on ne peut évidemment conclure ni à la possibilité ni à la non possibilité de lacunes. La soi-disant norme négative (cf. A III, 2b) n'est pas une loi normative logique aprioristique. Savoir si la règle de base vaut, dépend de celui qui établit la norme. Si un système normatif, comme par exemple le droit pénal, renferme ce principe négatif, alors il existe de toute manière une absence de lacune au sens de la structure logique donnée dans la définition h.

Si le système normatif contient une interdiction de déni de justice, alors on pourra aussi partir de la validité du principe négatif en

question pour ce système normatif. Des lacunes ne sont dès lors plus possibles.

III — Au sujet de la *méthode pour combler les lacunes* :

De la très riche théorie du comblement des lacunes de droit nous n'évoquerons brièvement que les groupes de problèmes suivants :

1. L'appel aux *maximes* générales signifie en raison de leur structure logique qu'on s'en *rapporte à un métasystème.* Comme de tels systèmes normatifs d'un niveau élevé sont rarement formulés avec précision, ce procédé est particulièrement inexact et profondément arbitraire. Les dangers qui en résultent pour la sécurité juridique peuvent être diminués par une jurisprudence continue. Du point de vue de la théorie du droit cette méthode constitue un élargissement graduel du système normatif.

2. L'action méthodique d'une obligation de suppléer, dans le genre de l'*article I du Code Civil suisse* constitue également un élargissement du système normatif à la mesure d'un métasystème qui n'est connu du juge que d'une manière fort imprécise, mais pour la découverte duquel il est peut être la seule instance possible.

3. L'utilisation de *l'argumentum a simile* et de *l'argumentum e contrario* est quelque peu plus précise. Cependant ces argumentations souffrent également bien souvent de la formulation imprécise des normes.

a) Pour l'argumentum a simile cela résulte du fait qu'on définit rarement avec précision ce qu'il faut entendre par similitude. En logique formelle l'argument a simile n'est contraignant que s'il est traduit dans une conclusion déductive. Cela peut être réalisé par la définition d'un domaine de similitude (*Klug* I, p. 124 sqq.).

b) Pour l'argumentum e contrario, des difficultés surgissent souvent en raison de ce que celui qui produit la norme néglige de préciser de quelle espèce doit être la relation d'implication entre les hypothèses juridiques et les conséquences juridiques. Ce qui entre en ligne de compte pour le fondement de la logique des propositions usuelle, c'est l'implication extensive (si p alors toujours q), intensive (seule-

ment si p alors q), et réciproque (si et seulement si p alors q) (cf. *Klug I*, p. 35). Les tableaux des valeurs de vérité sont, pour l'extensive $\rightarrow$ VFVV, pour l'intensive $\Rightarrow$ VVFV et pour la réciproque $\leftrightarrow$ VFFV.

N'est admissible l'argument e contrario, de la négation des conditions juridiques RV à la négation des conséquences juridiques RF, que lorsqu'il existe entre RV et RF l'implication *intensive*. Car seule est généralement valable la formule :

$$\text{—} \qquad (RV \Rightarrow RF) \rightarrow (\text{—}\, RV \rightarrow \text{—}\, RF)$$

$$\text{et non} \quad (RV \rightarrow RF) \rightarrow (\text{—}\, RV \rightarrow \text{—}\, RF)$$

c) La corrélation entre l'argumentum a simile et l'argumentum e contrario est conçue erronément si l'on admet que lorsqu'un argumentum a simile est en cause un argumentum e contrario vient toujours en ligne de compte (*Nawiasky*, p. 147-148). Cela n'est pas correct (voyez pour la suite *Klug*, I, p. 134 sqq). Les deux argumentations sont en règle générale indépendantes. Si par exemple il y a entre RV et RF une implication extensive alors un argumentum a simile peut entrer en ligne de compte avec une définition appropriée de la classe des éléments semblables. Un argumentum e contrario serait toutefois inadmissible comme on l'a vu à l'alinéa précédent.

Un problème important, mais que nous n'examinerons pas ici, est évidemment celui des limites de l'application des méthodes de la logique mathématique à l'argumentation juridique. Que des "mathématisations" sans limite ne sont pas possibles ne peut guère être contesté. L'on sait que *Perelman* avec *Olbrechts-Tyteca* ont développé de nouvelles possibilités pour une théorie originale de l'argumentation, qui n'est pas au sens strict du mot mathématiquement adaptable à la pensée juridique. Cette discussion n'est certainement pas dépourvue d'intérêt lorsqu'il s'agit de distinguer les domaines de l'application du droit pour lesquels l'emploi de calculateurs électroniques est raisonnable de ceux pour lesquels ces machines n'entrent pas en ligne de compte (cf. *Klug* II et encore pour la problématique générale des rapports de la pensée juridique et de la logique mathématique *Deschenaux* et *Fiedler*).

Université de Cologne Ulrich KLUG

(traduit de l'allemand par H. Buch)

BIBLIOGRAPHIE

[1] R. CARNAP, *Einführung in die symbolische Logik*, 2. Aufl., 1960.

[2] H. DESCHENAUX, *L'application de la logistique à la science du droit*. (Recueil publié par la Société Suisse des Juristes à l'occasion de l'Exposition nationale suisse, Lausanne 1964, S. 109 ff.)

[3] C. A. EMGE, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1955.

[4] K. ENGISCH, I, *Der Begriff der Rechtslücke*, (Sauer-Festschrift, 1949, S. 85 ff).

[5] K. ENGISCH, II, *Einführung in das juristische Denken*, 2. Aufl., 1959.

[6] H. FIEDLER, Juristische Logik in mathematischer Sicht (*ARSP*, LII, 1966, s. 93 ff.

[7] Ph. HECK, *Gesetzesauslegung und Interesseniurisprudenz*, 1914.

[8] H. KELSEN, I, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960.

[9] H. KELSEN, II, Zur Theorie der Interpretation *(Revue internationale de la théorie du droit*, Bd. VIII, 1934, S. 9 ff.).

[10] U. KLUG, I, *Juristische Logik*, 2. Aufl., 1958.

[11] U. KLUG, II, *Elektronische Datenverarbeitungsmaschinen im Recht* (Festschrift für Hermann Jahrreiss, 1964, S. 189 ff.).

[12] Th. MAUNZ, *Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 1934.

[13] A. MEIER-HAYOZ, Artikel I ZGB *(Berner Kommentar zum Schweizerischen Zvilrecht*, 1962).

[14] H. NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre, System der rechtlichen Grundbebegriffe*, 2. Aufl., 1948.

[15] L. ENNECCERUS und H. C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., 1959.

[16] Ch. PERELMAN und L. OLBRECHTS-TYTECA, La nouvelle rhétorique *(Traité de l'argumentation*, 1958).

[17] R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 1928.

[18] E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, 1903.