

1509

i

TRAITÉ

DE

DROIT CIVIL
NÉERLANDAIS

PARTIE GÉNÉRALE

PAR

PAUL SCHOLTEN

Professeur à l'Université d'Amsterdam

TRADUIT PAR

B. E. WIELENGA

Docteur en Droit de l'Université de Toulouse

PRÉFACE DE GEORGES RIPERT

Membre de l'Institut de France et de l'Académie royale néerlandaise, Ancien
Doyen de la Faculté de droit de Paris.

N.V. W. E.J. TJEENK WILLINK, EDITEURS HOLLANDE
S.A. R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, EDITEURS PARIS

Prix fl. holl. 12,—

Mais, pourrait-on objecter, le XVIIIème siècle n'a-t-il pas rejeté à raison cette idée? La distinction ne conduit-elle pas à l'arbitraire? Elle le peut en effet. On comprend aisément qu'une codification qui croit pouvoir fixer la vie juridique entière dans une loi universelle et régir celle-ci par le simple procédé de la subsumtio logique, ne veut pas de cette distinction. Elle gagne en poids dès que l'analogie et la particularisation deviennent des méthodes importantes dans la pratique, mais en même temps on entend réclamer de tous côtés la sécurité que nous offrent des dispositions légales péremptoires.

Cette sécurité est *irréalisable*. L'analogie et la particularisation du droit requièrent toujours de nouveau une place et, de là, découle pour le juge *la liberté* d'apprécier; cette liberté n'a rien d'arbitraire; c'est une latitude. Nous avons déjà indiqué quelques limites à tracer ici ; il faudra en signaler d'autres encore. En résumé, on peut dire au sujet de ces limites que la solution nouvelle et la règle nouvelle, même celles élaborées par le juge, doivent trouver leurs places dans le *système* de droit d'une certaine nation à une certaine époque.

§ 17. Le système ouvert du droit.

Au § 12 nous avons remarqué que l'ordre juridique forme un système, c'est-à-dire que les différentes réglementations sont coordonnées, que l'une est déterminée par l'autre, qu'elles peuvent être classées logiquement et que des particularités sont réduites à des règles générales, de façon à arriver finalement aux principes.

Cependant ce système est loin d'impliquer qu'on en peut déduire, par un travail purement logique, la décision qui convient pour chaque cas concret. C'est ce qui résulte de notre démonstration entière; il est donc inutile de préciser davantage. On ne peut pas dire que le droit forme un tout logique complet. Ce problème a été vivement débattu, le plus souvent sous le titre: Les lacunes dans le droit (en allemand: die Lücken). Ce combat n'était souvent qu'un vain cliquetis de paroles; il y avait de nombreux malentendus; c'est que les adversaires n'entendaient pas toujours par „lacune" la même chose. Certains contestaient l'existence des lacunes parce que, d'après eux, tout différend peut et doit trouver sa solution et qu'il n'est jamais loisible au juge de dire: „il y a une lacune ici,

je ne sais pas". D'une autre notion de lacune parlaient ceux qui soutenaient que la loi peut présenter des lacunes et que l'analogie n'est pas toujours efficace, de sorte que le juge doit combler le vide, tel un législateur, comme le dit l'article 1er du Code Civil Suisse. Ces derniers parlent de lacunes dans la loi, les premiers de lacunes dans le droit. Cependant il vaut mieux laisser entièrement de côté cette notion de „lacune". Le seul fait de s'en servir trahit déjà un point de vue qu'il faut abandonner. Car se serait partir de l'hypothèse que la décision est trouvée uniquement par un travail intellectuel, par la soumission du cas à la règle. Il ne reste alors qu'à débattre la question de savoir s'il faut chercher cette règle exclusivement dans la loi ou aussi en dehors de celle-ci. Pour rejeter cette conception, il suffit d'avoir une bonne intelligence de l'analogie; elle constitue un travail intellectuel il est vrai, mais elle laisse aussi place pour l'appréciation. L'application par analogie est une application, c'est en même temps la création de quelque chose de nouveau. Il résulte de ce qui précède qu'il en est de même pour l'interprétation ; dans le paragraphe précédent nous avons vu que l'interprétation et l'analogie se trouvent dans le prolongement l'une de l'autre et qu'elles ne sont pas différentes en principe; aux paragraphes io et ss nous avons démontré que nous sommes en mesure de déterminer les données de l'interprétation et leur valeur relative, mais qu'il est impossible d'établir des règles péremptoires permettant de choisir, à tout moment, la méthode qui convient, et qu'il y a ici, par conséquent, place pour l'opinion propre du juge. BURCKHARDT a parfaitement raison lorsqu'il dit : „zwischen Ergänzung eines Rechtssatzes, Ausdehnung eines gegebenen Rechtssatzes nach Analogie und Auslegung ist nur ein Unterschied des Grades"¹. Plus encore: toute décision, même celle soi-disant „littérale", est à la fois application et création ; l'application se détermine toujours aussi par le jugement de celui qui décide. Ceci résulte déjà de la nature même de l'application. Une sentence n'est logiquement coercitive que lorsque les prémisses majeure et mineure sont données. Le juge établit lui-même la mineure: „Primus a acheté", dont il se sert pour condamner au paiement du prix de vente. C'est *le juge* qui décide qu'il s'agit d'une vente et cette déci-

Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung (1925) p. 85.

sion implique déjà qu'il juge applicable la règle de la vente ¹. Toute découverte du droit contient une activité logique ; elle est liée par les données; mais il existe aussi toujours une certaine liberté. Les deux hypothèses ne diffèrent que graduellement l'une de l'autre.

A cette conclusion peuvent s'opposer seulement ceux qui croient que les décisions se trouvent uniquement par l'enchaînement ininterrompu de raisonnements logiques, tout en partant d'un point déterminé, c'est-à-dire d'une donnée fixe, à partir de laquelle on avance pas à pas. En vérité nous trouvons ces décisions en réunissant le plus grand nombre possible de données et en décidant après. La décision demande toujours de sauter un vide.

Il en résulte qu'elle n'est jamais trouvée par déduction d'un système fermé. Cependant le droit constitue un système, un ensemble de réglementations logiquement coordonnées. Ce système, œuvre d'homme, défectueuse, ne montre pas cependant uniquement de ce fait des lacunes, il est inachevé de par sa nature et il ne peut pas être achevé parce qu'il sert de base à des décisions qui y ajoutent sans cesse de nouveaux éléments. A mon avis cette idée s'exprime le mieux par les termes de système ouvert.

D'un autre côté encore on peut éclaircir cette idée.

Le droit est un ensemble de normes, mais non pas de normes qui valent — comme celles de logique — indépendamment du lieu et du temps, mais qui empruntent leur autorité des événements historiques déterminés. (L'acte législatif, ou, pour le droit coutumier, la façon d'agir des personnes soumises au droit). Ce sont, ensuite, des normes qui demandent à être appliquées et qui, à leur tour, dépendent finalement de cette application. C'est donc *et* un système de normes, *et* un système d'actes (la législation, la jurisprudence, les actes exécutifs de l'administration, les actes des intéressés qui se conforment au droit). Le droit est un „Sollen", un „devoir", mais un „devoir" attaché à un „être", à des événements historiques. Le droit vaut seulement pendant une certaine période, dans un certain cercle.

Le terme „système ouvert" fait ressortir nettement ce double caractère. Le droit n'est jamais „achevé", il change tous les jours

¹ B. HoRVATH, *Gerechtigteil und Wahrheit*, *Revue Internationale de la théorie du droit* IV (1929/1930) p. 9.

et cela non seulement par la législation, qui est la création consciente de droit nouveau, mais encore par l'application. On pourrait exprimer aussi cette idée en disant: le système doit être pensé comme „dynamique", non comme „statique"¹. La théorie du système logiquement fermé le voit comme un système statique qui demeure inchangé, tant que le législateur n'intervient pas. C'est là son erreur.

Il résulte de ce qui précède qu'il ne faut pas admettre une nette opposition entre le législateur et le juge dans ce sens que „l'un crée du droit, et que l'autre le maintient, „l'un est libre, l'autre est lié". Cette opposition signifie plutôt que, pour le législateur, c'est la liberté qui prédomine, pour le juge la sujétion à la loi, que le premier, tout en créant le nouveau, reste cependant toujours lié par le maintien de l'ancien, que l'autre, tout en maintenant le droit existant, y ajoute toujours du nouveau.

Bien entendu: le juge se borne à *ajouter*; il s'ensuit qu'il ne peut créer *arbitrairement* du nouveau; il doit „rattacher" ses décisions à ce qui existe déjà. Ceci implique un travail historique. Si le système change continuellement, on peut le comprendre seulement dans ses changements. Lorsqu'on cherche ainsi du droit nouveau, il faut se poser la question: „Quelle était la genèse de l'ancien droit? Puis-je y déceler une ligne d'évolution? Est-ce que je continue la construction du droit actuel? Ma décision y est-elle bien adaptée?"

En même temps on doit se demander: où vais-je? quelles conséquences cela implique-t-il? On doit tenir compte de la nature logique de nos jugements, qui nous pousse sans cesse à d'autres conséquences, justement parce que le droit exige, toujours à nouveau, de traiter d'une même façon les cas égaux.

Celui qui a une connaissance claire de l'analogie voit en même temps les places qui reviennent aux interprétations historique et téléologique. Ce qu'il cherche c'est une progression régulière. Il regarde en arrière pour mieux prévoir. Ici se trouvent les limites du libre jugement dans la recherche du droit, auxquelles je visais à la fin du paragraphe précédent.

Nous participons à la construction d'un système. Le droit montre,

¹ Voir sur ces termes KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Natur-rechtslehre und der Rechtspositivismus* (1928) p. 15/16; HORVATH op. cit.

il est vrai, dans la législation de brusques coupures apparemment très nettes — surtout lorsque celles-ci sont imprégnées d'un esprit révolutionnaire et qu'elles tendent clairement à des réformes — il n'en reste pas moins déterminé par une évolution immémoriale. Et inversement, si lié qu'il fût, le droit ne serait pas droit, s'il était sans direction, s'il ne se dirigeait pas en route vers des buts que nous nous sommes proposés. Ainsi apparaissent d'elles mêmes les places des interprétations historiques et téléologique.

§ 18. L'interprétation historique du droit. La tradition. L'institution.

Ordinairement, on ne distingue pas entre l'interprétation *de loi* d'après l'histoire de sa confection et l'interprétation du *droit* historique dans son sens strict; on les réunit toutes les deux sous la dénomination d'„interprétation historique" ^x. On considère l'une et l'autre comme une recherche de l'intention du législateur; à l'histoire plus ancienne, celle du droit antérieur à la loi, on attribue de l'intérêt seulement parce que le législateur est supposé avoir voulu conserver l'ancien droit. Nous partons d'un autre point de vue, déjà indiqué aux § 9, n et 17. Pour la détermination de l'intention du législateur, la recherche de l'ancien droit présente peu d'intérêt; lorsque le législateur reprend une formule d'un auteur ancien, il n'est point sûr qu'il y attache la même signification, qu'il veuille reprendre tout ce que cet auteur a professé autour de cette formule. La valeur que nous attribuons à la recherche historique s'appuie sur un autre motif, elle est déterminée par une autre conception de l'œuvre législative.

Ci-dessus, page 47, nous avons souligné que l'on oppose la méthode objective d'interprétation de la loi à la méthode subjective; méthode objective: la loi en soi; méthode subjective: la loi comme manifestation de la volonté du législateur. A l'alternative: méthode objective *ou* subjective, nous avons substitué: méthode

¹ Cette distinction cependant est soutenue par FOCKEMA ANDREAE, op. cit. p. 11, qui oppose „l'interprétation d'après l'origine" à celle d'après l'histoire de la confection de la loi. De même P. VAN BEMMELEN, *Rechtsgeleerde Opstellen (Etudes de droit)* 1891, I, p. 6, distingue entre l'interprétation historique et l'interprétation législative. Pour l'interprétation historique en général nous renvoyons à la thèse de C. GRUIJS, Utrecht 1933.