

LACUNES, INCERTITUDES OU IMPREVISION DU DROIT ET L'EQUITE DANS LES SOURCES DU DROIT ECRIT ET COUTUMIER CONGOLAIS

■ **Antoine LOKULI ILOKO Y'OMPOSO**

Chef de Travaux à la Faculté de Droit / Université de Kinshasa

L'idée la plus générale des lacunes, est celle de l'absence d'une règle dans un ensemble de règles faisant ainsi songer à une sorte de vide qui se manifesterait au sein de l'ordonnement Juridique. En cas de lacune, soit du droit écrit, soit du droit coutumier particulier applicable, le juge doit interroger son système de sources du droit, car il a l'obligation de trancher le litige qui lui est soumis.¹

A une affaire coutumière, les tribunaux de paix, comme d'ailleurs toutes les juridictions du Congo doivent appliquer le système de droit coutumier, c'est-à-dire qu'ils doivent avoir recours à un système de sources du droit différent de celui auquel ils ont recours quand le litige a vocation à être tranché selon le droit écrit.

Quand le droit écrit doit être appliqué, le système de sources où peut puiser le juge pour trouver la solution juridique au litige lui est donné par une ancienne ordonnance, datant du début de l'Etat Indépendant du Congo (14 mai 1886), quand la législation écrite était très incomplète : « Quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulguée, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité ». Il est admis que cette énumération n'établit aucune hiérarchie².

¹ Voyez sur cette notion : J. HERBOTS, *L'ordre général, technique jurisprudentielle et l'institution du mariage dotal*, Colloque sur la dot, C.E.P.S.I., Mémoires, n° 27, pp. 35-52. Il est intéressant de noter qu'on retrouve cette technique dans l'article 8 du projet de dispositions générales du Code civil polonais du prof. KOSCHEM-BAHR-LYSKOWSKI, « La coutume ne peut déroger aux principes fondamentaux de l'ordre juridique, pas plus qu'aux règles des bonnes mœurs ». (Etudes Capitant, p. 411).

² M. VERSTRAETE, *Droit civil du Congo belge* (publié sous la direction d'A. f. Sohler), t. I, 1956, n° 7.

SYSTEME DE SOURCES EN CAS D'APPLICATION DU DROIT ECRIT

1. La loi
(L'interprétation, même analogique)
2. Le droit coutumier
3. Les principes généraux du droit et l'équité.

Quand par contre le droit coutumier doit être appliqué, le système de sources est actuellement indiqué dans l'article 126 de l'ordonnance-loi n° 68-248, et était indiqué antérieurement dans l'article 18 des décrets coordonnés du 13 mai 1938. Il existe entre ces deux textes des différences de formulation, mais on peut estimer que le système reste essentiellement inchangé.

Article 18 des décrets coordonnés sur les tribunaux coutumiers.
(Art. 17 modifié par le D. 17 mars 1938).

Les tribunaux indigènes appliquent les coutumes, pour autant qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public universel. Dans les cas où les coutumes sont contraires à l'ordre public universel, comme en cas d'absence de coutumes, les tribunaux indigènes jugent en équité.

Toutefois, lorsque des dispositions légales ou réglementaires ont eu pour but de substituer d'autres règles à la coutume indigène, les tribunaux indigènes appliquent ces dispositions.

Article 126 du code de l'organisation et de la compétence judiciaires.

Si une contestation doit être tranchée suivant la coutume, les cours et tribunaux appliquent celle-ci pour autant qu'elle soit conforme aux lois et à l'ordre public.

En cas de carence de la coutume et lorsque la coutume n'est pas conforme aux lois et à l'ordre public, les cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit national.

Lorsque les dispositions légales ou réglementaires ont eu pour effet de substituer d'autres règles à la coutume, les cours et tribunaux appliquent ces dispositions.

**SYSTEME DE SOURCES EN CAS D'APPLICATION DU DROIT
COUTUMIER.**

Art. 18 : Décrets coordonnés sur les coutumes	Art. 126, Code Judiciaire
<p>1. Les coutumes (pour autant qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public universel)</p> <p>2. L'équité en cas</p> <p>a) d'absence de coutume</p> <p>b) de contrariété de la règle coutumière existante à l'ordre public universel</p> <p>3. Dispositions légales ou réglementaires substituant d'autres règles à la coutume</p>	<p>1. La coutume (pour autant que celle-ci (la coutume) soit conforme aux lois et à l'ordre public)</p> <p>2. Les principes généraux du droit national en cas</p> <p>a) de carence de la coutume</p> <p>b) de non-conformité de la coutume aux lois et à l'ordre public</p> <p>3. dispositions légales ou réglementaires substituant d'autres règles à la coutume</p>

Le cas de lacune ou d'incertitude du droit coutumier a également été expressément envisagé dans d'autres pays francophones d'Afrique. Le législateur au **Sénégal** et au **Niger**, le ministre de la Justice au **Cameroun oriental** ont prévu qu'en ces cas les juges devaient s'en référer au droit écrit. Dans ces pays, les lois et les règlements doivent être employés comme sources du droit en matière coutumière³. En **République Centrafricaine** par contre, les juges doivent statuer en équité quand aucune règle coutumière n'est applicable.

En **Afrique Anglophone** également, les juges doivent, en cas de lacune, appliquer « the principles of justice, equity and good conscience ». En **Sierra Leone**, par exemple, la section 38 de la Courts ordinance (1960, cap. 7) prévoit : « *and in such cases where no express rule is applicable to any matters in controversy, the court shall be governed by the principles of justice, equity and good conscience* ».

Au Congo Démocratique, les travaux préparatoires des décrets coordonnés sur les tribunaux coutumiers de 1938 nous apprennent que la question des lacunes en droit coutumier a opposé les partisans du recours aux principes généraux du droit (c'est-à-dire, du droit écrit) et les partisans du recours à l'équité. Ces derniers ont gagné la partie.

« (La commission) a estimé que les recours aux principes de droit (c'est-à-dire le droit occidental), entraînerait trop souvent des solutions non seulement inéquitables, mais injustes parce qu'impliquant, a-t-il été dit avec raison, « l'application de règles fermes et précises issues d'une conception juridique très éloignée de celles qui ont présidé aux rapports des parties ». Elle

³ Ordonnance n°60-56, Juris-classeur d'Outremer, 14 novembre 1960 (Sénégal); loi n° 62-11, Juris-classeur d'Outremer, 16 mars 1962 (Niger) ; circulaire du garde des sceaux, 22 septembre 1961 (Cameroun oriental).

croit qu'il est permis de faire confiance aux juges indigènes, de reconnaître l'extraordinaire faculté de jugement dont ils savent faire preuve et d'espérer que dans leurs décisions d'espèce ils seront aptes à s'inspirer de ce qui est justice par rapport aux parties.⁴

Que veut dire que le juge doit juger en équité ou doit, selon la nouvelle formule, s'inspirer des principes généraux du droit national dans les hypothèses où il n'existe aucune règle coutumière applicable au cas litigieux et celles où il n'y en a plus (parce que celle qui existait fut mise de côté comme contraire à l'ordre général) ?

L'équité, c'est le sentiment de ce qu'exige la justice dans le cas considéré, compte tenu de tous les éléments de l'espèce et abstraction faite des exigences purement techniques du droit positif. Le terme est employé pour désigner un élément de décision auquel un juge a recours ou est autorisé à avoir recours, cela, suivant le cas, pour interpréter le droit, ou pour en combler les lacunes, ou pour en corriger la rigueur, ou pour donner naissance à une situation juridique nouvelle.

Le sens de cette notion n'est pas précis. Le terme est entendu parfois comme constituant une source autonome dictant la décision. « Il s'agit ici du pouvoir du juge international de statuer en équité ou « aequo et bono », c'est-à-dire d'asseoir sa sentence sur des considérations d'équité. En d'autres termes l'équité doit être envisagée ici non comme un élément d'interprétation de la règle de droit positif, mais comme source de droit autonome et indépendante, distincte non seulement des traités et de la coutume, mais encore des, « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »⁵.

Les principes généraux du droit. Peut-être faudrait-il parler de tradition juridique. Le professeur Charbonnier parle de la coutume d'origine savante⁶. Celle-ci se sépare de la coutume au sens ordinaire, coutume" populaire, en ce qu'elle n'est pas le produit d'une pratique de la masse. Elle comprend les principes généraux et les maximes juridiques. La différence entre les principes généraux et les maximes est la suivante : si sous toute maxime juridique, il y a un principe général du droit, tous les principes généraux n'ont pas pris le tour « vif et condensé » de la maxime.

Ainsi, c'est un principe général du droit (un principe d'équité a dit parfois la Cour de cassation, avaient dit avant elle Aubry et Rau) que nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. C'est encore un principe général que

⁴ Rapport de la commission, décret du 17 mars 1938, B.01998, p236

⁵ De VISSCHER, *Institut de droit international*, 1934, p. 239 ; cf. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, Thèse, Toulouse, 1934 ; GASTAN TOBENAS, *La formulation judicial del derecho y el arbltrio de equidad*, *Revista generai de legislaclon y jurís-prudencia*, Madrid, 1953, pp. 219 et suiv.

⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, P.U.F., 1955, T.I, n°29.

toute promesse de mariage est nulle en elle-même comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit régner dans la formation du lien conjugal. Un dernier exemple : il est un principe très important de notre droit des obligations, le principe du nominalisme monétaire : 1 Zaïre pendant la deuxième République = 1 Zaïre en 1970 : en vertu de quoi le débiteur qui a emprunté 1.000 Zaïres puisse s'acquitter valablement, quarante ans plus tard, en remboursant 1.000 Zaïres. Bien qu'il ne soit pas directement écrit dans la loi, la jurisprudence en a toujours reconnu la force obligatoire. C'est, venu de l'ancien droit monarchique français, un principe général du droit. La doctrine et la jurisprudence ont formulé ces principes généraux. Mais elles ne les ont pas créés. Elles les ont trouvés en suspension dans l'esprit du droit écrit, tels que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires (ex. pour l'enrichissement sans cause, article 24, livre II ; pour la nullité des promesses de mariage, art. 110, livre I ; pour le nominalisme monétaire, art. 468, C.C.C livre III).

Mais la notion des **principes généraux du droit**, contenue dans l'ordonnance citée de 1886, a pris différentes significations dans la doctrine congolaise, comme le démontre M. Verstraete dans un excellent essai⁷.

En schématisant les différentes opinions, on peut énumérer les significations suivantes :

1. les directives à trouver dans le droit romain ;
2. les directives à trouver dans n'importe quelle législation étrangère par la méthode comparative ;
3. les directives à trouver dans le code Napoléon ;
4. les principes généraux du droit belge⁸ ;
5. les principes généraux qui se dégagent de la législation congolaise écrite (Avis du procureur général A. Sohier)⁹ ;
6. en premier lieu, les principes généraux de la législation congolaise, et subsidiairement les principes généraux du droit belge¹⁰ ;
7. le jus gentium, les principes généraux du droit européen¹¹.

Dans cette dernière acception le terme a été pris dans un sens supranational : les principes généraux de droit communs aux droits des nations

⁷ M. VERSTRAETE, *op. cit.*

⁸ Rapport des administrateurs généraux du 16 juillet 1891, B.O, p.165.

⁹ Revue juridique, 1924, p.107.

¹⁰ A. DURIEUX, *Zaïre*, 1948, p.558 ; Belg. Col ; 1950, p.184.

¹¹ LAUWERS, *Eléments du droit de l'Etat Indépendant du Congo*, p.50 ; cf. Dictionnaire de la terminologie en droit International, SIREY, 1960. Un exemple : la prescription libératoire.

de même civilisation¹². La même interprétation a été donnée par certains auteurs à l'art. 3 du code civil italien de 1865, invitant le juge à statuer d'après les principes généraux du droit en cas de lacune ou d'imprévision de la loi, et à l'art. 38 du statut de la cour permanente de justice¹³.

La formule de l'article 126 du code de l'organisation et de la compétence judiciaire ancienne, notamment « les principes généraux du droit national », exclut les significations autres que celle donnée par le procureur général Sohier, c'est-à-dire la tradition juridique suivie actuellement au Congo. Mais, il faut souligner encore un autre aspect de cette nouvelle formule : Le droit national ne comprend pas seulement la législation écrite (le droit général et le droit particulier d'origine européenne), mais également les droits particuliers coutumiers et le droit coiffant l'ensemble des droits coutumiers.

La formule de l'article 126 introduit ainsi une dimension nouvelle, en opposant à la tradition juridique qui se greffe sur la législation congolaise les principes généraux du droit coutumier formulé par la doctrine et la jurisprudence coutumière et les principes juridiques reçus dans le droit de la plupart des ethnies ou communautés de même culture juridique (droit urbain ou rural, droit matri- ou patrilinéaire, organisation cheffale ou non, etc...).

Disons pour conclure que les termes « principes généraux du droit » et « équité » ont donné lieu à des interprétations diverses, parfois contradictoires. Quelques auteurs ont soutenu la thèse de l'assimilation des « principes généraux du droit » et de « l'équité »¹⁴. Berlia a démontré que les clauses permettant de juger « selon les principes généraux ce droit et l'équité » et *ex aequo et bono* ont la même portée.¹⁵

Le législateur congolais aurait pu suivre la voie indiquée par Verstraete en employant la formule adoptée à l'article 1 par le code civil suisse de 1907 : « A défaut d'une règle applicable, le juge prononce 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 ». De toute façon, on peut estimer que c'est ainsi que le juge doit comprendre l'article 126, al. 2. En cas de lacune dans la coutume, il trouvera une ligne de solution dans les principes généraux du droit général congolais, du droit coiffant l'ensemble des coutumes, et ceux. Des droits coutumiers tels que révélés dans la doctrine et la jurisprudence pour prononcer selon la règle qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

C'est d'ailleurs dans ce sens que les tribunaux coutumiers congolais avaient compris jusqu'ici la notion de jugement en équité, c'est-à-dire comme

¹² CATTIER, *Droit et administration de l'E.I.C.*, p.342.

¹³ CH. ROUSSEAU, *Droit international Public*, n°78.

¹⁴ L. SIORAT, *Le problème des lacunes en droit international*, Paris, 1958, p.272.

¹⁵ L. DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, 1962, p.94.

un jugement résolvant le litige par une approche individuelle, comme une décision adoptée au cas concret et contribuant en fait à former un droit nouveau d'origine jurisprudentielle appliqué à tous les cas semblables.¹⁶

Il est une chose qu'on ne peut ravir à l'Équité, c'est son prestige. Il rayonne dans toute l'histoire du droit.

Chez ceux-là mêmes qui s'affirment les plus fougueux partisans de la loi, l'équité est la raison naturelle qu'il faut consulter en cas de silence ou d'obscurité des textes. Même supplétive, elle apparaît ainsi comme un des plus importants leviers de commande du mécanisme juridique. Les Anglais, qui la connaissent bien, ont eu, pour la définir, des mots saisissants : *Equity delighted in equality; he who comes into equity must come with clean hands ; Equity acts on the conscience. L'équité fait de l'égalité ses délices. Elle exige des mains nettes, une conscience claire*¹⁷. Les Romains en ont fait l'âme et le but même du droit. Depuis des siècles, elle inspire le juge, elle lui a imposé la création, en marge de la loi, de multiples théories destinées à la parfaire et l'améliorer. Les juristes n'aiment pas à reconnaître son rôle. Mais ils n'échappent pas à son influence, car ils savent qu'ils doivent juger des hommes, et non de simples rapports de droit, et que rien de ce qui est humain ne peut leur demeurer étranger. Le grand art est alors, de masquer le besoin d'équité par des interprétations savantes et compliquées qui aboutissent, sans trop de scandale, à suppléer aux lois. Ou à leur faire dire ce à quoi le législateur n'a jamais pensé. On a soutenu autrefois devant la Cour de cassation de Belgique que, lorsqu'une disposition légale est susceptible d'être comprise comme décidant, ce que la saine raison et le sentiment naturel du juste commandent de décider, elle doit être interprétée en ce sens¹⁸ dire que le sentiment naturel du juste a sa valeur dans l'interprétation des textes. Cela semble un truisme, et c'est pourtant tout le secret de la jurisprudence progressive.

Mais on conçoit que, se trouvant à la fois devant un besoin si réel et devant les dangers d'arbitraire qu'il peut faire naître si on y cède sans discernement, certains aient voulu que l'équité soit définie, contenue dans un cadre ferme qui est légitime le fondement, et en limite les déviations possibles.

Tant que l'équité n'aura pas été clairement précisée, dit-on, il vaut mieux ne l'accepter qu'à titre supplétif, car elle risque de mettre en péril l'ordre social, dont l'une des conditions essentielles est la stabilité. Toute la question est là : l'équité peut-elle être définie ? Tâche décevante ! Les juristes y ont renoncé les philosophes se perdent dans leur verbalisme habituel, — et les juges

¹⁶ J.M. PAUWELS, *Rechtskeuze en wording Van een eenvorming stadsgewoorte in de Islandse rechtbanken te LEOPOLSTAD (Kinshasa), 1926-1940. Annales de la muse royale de l'Afrique Centrale*, n°60, 1967 passim.

¹⁷ LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 559.

¹⁸ Cas., 15 mai 1930, Pasic, I, 223, conclusions du ministère public.

l'appliquent en toute sérénité. Le fait est là, et « à l'inverse de Royer-Collard, il n'y a, rien que j'estime autant qu'un fait »¹⁹. Mais l'intuition n'est pas un procédé scientifique, et à bon droit, on se rebiffe.

De guerre lasse, on a dit que l'équité n'était, au fond, que la justice avec laquelle elle s'identifie.

L'équité, c'est l'*aequum et bonum*, et la justice aussi. Il n'y a là qu'une question de terminologie.²⁰

Cela, c'est de l'idéologie, l'effet de la complaisance des mots. Ce n'est pas un seul instant défendable en fait, dans l'histoire. Le droit positif poursuit la réalisation du juste comme l'équité. Mais au point de vue de la technique juridique, l'équité prend une physionomie très particulière. Elle se révèle souvent comme une source de justice opposée à la justice de la loi, à la justice formelle. C'est, à certains points de vue, la justice se dressant contre certaines injustices de la loi. En fait, l'équité est un facteur d'amélioration du juste par rapport au juste que nous offre le donné légal. L'un et l'autre, la loi et l'équité tendent au même but de justice, mais selon des procédés si différents, les exigences particulières. On ne peut donc pas plus assimiler l'équité à la justice, qu'opposer la justice au droit.

L'équité est-elle alors la raison naturelle, la loi naturelle, le droit naturel ?

Qu'est-ce que la loi naturelle? Et qui peut nous en proposer un contenu immuable et sûr ? Nous en sommes revenus du droit naturel intégral, et aussi de celui à contenu variable, qui voile sous un mot son impuissance à se définir. « Tout est à essayer plutôt que cette sorte de léthargie ou de pétrification par l'incessante répétition des mêmes choses, sans explication vraiment humaine ou sociale²¹ ». Nous avons cessé de croire qu'en tous lieux la nature nous donne la même représentation de l'idée de justice²² et d'ailleurs, l'ordre juridique positif consacre, de nos jours, une somme bien plus considérable de principes « de droit naturel » que l'équité. Si, dans leurs bases, le droit positif et l'équité s'inspirent d'une certaine « loi naturelle », techniquement, ils ne se confondent pas.

L'équité est-elle l'égalité? La moralité?

Il y a de tout cela dans l'équité, mais il n'y a pas que cela. D'ailleurs, les concepts d'égalité et de moralité sont des concepts généraux, extrêmement vagues et qui échappent à toute délimitation précise. Lorsqu'il s'agit de

¹⁹ DEMOGUE, *Traité des obligations*, T. II, P.534.

²⁰ MARKOVITCH, *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit positif*, p.90.

²¹ THALLER, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, avant-propos, p.22 et 23.

²² RIPPERT, *Règle morale dans les obligations*, p. 27.

s'entendre sur leur contenu, les difficultés commencent. Ils ne sont donc pas de nature à donner à l'équité ces frontières fermes et précises que l'on souhaite.

Les applications successives de l'équité que nous révèle l'histoire, sont tout aussi déroutantes.

Aux origines de l'Equity anglaise, nous trouvons le besoin de protéger le faible contre les abus d'un justiciable trop haut placé, ou trop bien protégé. Plus tard, et dans presque toutes les législations, l'équité incarnera le souci d'adoucir et de tempérer les rigueurs de la loi, d'obvier à ce qu'elle pourrait avoir d'excessif. Quel rapport y a-t-il entre ces applications frustes des origines et les théories modernes, si complexes et si raffinées, de l'abus des droits, de la moralisation des contrats et de l'extension des responsabilités ? La parenté semble certaine, mais comment la définir ? Comment substituer à des notions vagues et trop générales, un critère sûr et décisif ? Les juges ne sont pas des censeurs, a dit BARTIN. En admettant, avec RIPERT, que les juges soient vraiment des censeurs, encore serait-on fondé à exiger qu'on précise la source de leur censure, et qu'on en détermine les limites.

Il faut en prendre son parti. A moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'équité est indéfinissable. On la voit bien comme pouvoir modérateur, dominant la loi de haut et l'infléchissant, ou la complétant, suivant les circonstances. Mais les sources de son action, les éléments de son contenu échappent à toute délimitation rigoureuse.

A ce sujet, il convient d'affirmer que ce sont les théories qui sont soumises aux faits, et non les faits aux théories. Lorsqu'un fait demeure inexplicable, c'est un signe que la théorie est insuffisante ou mal conçue, puisqu'elle ne parvient pas à en tenir compte. Mais le venin du rationalisme nous empoisonne encore. « Système contraire à la logique et à la bible », proclama l'Inquisition. C'est bien pour cela que Galilée a souffert. Qu'il s'agisse de bible ou de Code, la déformation est demeurée la même. Toute l'erreur a été de vouloir définir l'équité en fonction du donné légal, et en partant de ce donné. Voilà pourquoi le problème est mal posé.

En réalité, l'équité est en dehors de la loi. La loi est une réalisation partielle du juste, établie d'après les exigences de la discipline sociale, de la vie collective. Le domaine de l'équité est le juste qui n'a pas été incorporé par la loi, ou qui a été imparfaitement incorporé par elle. L'équité redresse ou complète alors la loi dans la mesure où elle ne contredit pas à des nécessités sociales-Irréductibles. Ce qui peut être défini en suivant la méthode logique, c'est le domaine de la loi. Car ce domaine constitue une emprise artificielle, œuvre de l'intelligence constructive, sur la notion vague et incertaine du juste. Dans le flou d'un sentiment qui varie suivant les circonstances de temps et de lieu, on

a établi quelques cadres fermes et stables, qui détermineront les postulats essentiels.

Mais les sources de son action, les éléments de son contenu échappent à toute délimitation rigoureuse. Quant au rôle de l'équité, voici donc un phénomène curieux. Le rôle de l'équité est patent, indéniable. Nous nous trouvons devant un fait historique, objectif dans toute l'acception du terme. Et pourtant, la notion résiste à toute tentative de détermination logique. De guerre lasse, on en a fait, assez arbitrairement, une source de droit supplétive. Ne s'agirait-il pas d'un problème mal posé ?

S'il est tel, il est évidemment insoluble, et il n'y a plus à s'étonner de l'embaras des logiciens. Une circonstance capitale indique que la clé de l'énigme pourrait bien se trouver de ce côté. C'est le fait que, malgré tous les efforts et tous les progrès de la loi, tous les arguments de philosophie politique imaginés pour fonder sa suprématie, la voix de l'équité ne s'est jamais tue. Le triomphe de l'école scientifique auquel nous assistons de nos jours, démontre que les juges y demeurent sensibles. En science, comme en philosophie, rien ne dépasse la valeur d'un fait.

Révisions donc nos théories, au lieu de nous épuiser à lutter contre l'évidence des réalités objectives. Ce sont les théories qui sont soumises aux faits, et non les faits aux théories. Lorsqu'un fait demeure inexplicable, c'est un signe que la théorie est insuffisante ou mal conçue, puisqu'elle ne parvient pas à en tenir compte.

Mais le venin du rationalisme nous empoisonne encore. « Système contraire à la logique et à la bible », proclama l'Inquisition. C'est bien pour cela que Galilée a souffert. Qu'il s'agisse de bible ou de Code, la déformation est demeurée la même.

Toute l'erreur a été de vouloir définir l'équité en fonction du donné légal, et en partant de ce donné. Voilà pourquoi le problème est mal posé.

En réalité, l'équité est en dehors de la loi. La loi est une réalisation partielle du juste, établie d'après les exigences de la discipline sociale, de la vie collective. Le domaine de l'équité est le juste qui n'a pas été incorporé par la loi, ou qui a été imparfaitement incorporé par elle. L'équité redresse ou complète alors la loi dans la mesure où elle ne contredit pas à des nécessités sociales irréductibles.

Ce qui peut être défini en suivant la méthode logique, c'est le domaine de la loi. Car ce domaine constitue une emprise artificielle, œuvre de l'intelligence constructive, sur la notion vague et incertaine du juste. Dans le flou d'un sentiment qui varie suivant les circonstances de temps et de lieu, on a établi quelques cadres fermes et stables, qui détermineront les postulats

essentiels de la coexistence sociale. Ce qui n'a pas été empris, ce qui n'a pas été incorporé, c'est le résidu du juste, non artificiellement compartimenté, et à ce titre déterminé ; c'est ce qu'on nomme l'équité.

La loi a su incorporer certaines données du juste d'une manière incomplète, insuffisante, ne fut-ce que par l'effet de cette imperfection inhérente au langage, qui fait que le mot n'est jamais qu'une faible image de l'idée. Et voilà pourquoi l'équité corrige parfois l'œuvre de la loi. Il est d'autres données que la loi n'a pas incorporées, parce que les nécessités de la coexistence sociale ne l'exigeaient pas, ou qu'elles existaient à l'état suffisamment clair dans le consentement coutumier. Et voilà pourquoi l'équité supplée à la loi. Elle complète et parachève son œuvre.

Ainsi l'équité échappe, par principe même, à toute définition logique. Elle y échappe également dans ses réalisations successives, parce que l'idée du juste n'est pas une idée stable, uniforme, absolue, et que son contenu varie selon les circonstances de temps et de lieu.

Au fond, le problème des rapports entre la loi et l'équité, c'est l'éternel conflit entre le réel et le formel, entre la vie et l'artifice technique. La logique n'est pas une source de connaissance. C'est une discipline conceptuelle, une méthode. Il n'est pas démontré qu'elle puisse s'appliquer à toutes les données du réel. L'esprit de finesse, voilà toute la question ! Les plus beaux canons de beauté ne vinculeront jamais l'art. Les plus belles lois n'étoufferont jamais l'équité. Tant que les actions humaines échapperont à la prévisibilité et au déterminisme de la science, l'objectivité du droit écrit demeurera un mythe. Si le droit est vivant et demeure un symbole de grandeur morale, c'est parce que tout l'invisible que nous désignons sous le vocable Sommaire de l'équité est demeuré indéfinissable. Le jour où on le définira, le droit se standardisera comme la production automobile. Les jugements se feront en série. Ce jour-là, l'homme sera devenu un parfait automate.

Nous n'en sommes heureusement pas là. Tout démontre au contraire que plus la loi se perfectionne et étend son emprise technique, plus les principes sous-jacents de la légalité prennent une importance capitale. A mesure que le règne de la loi se développe, le pouvoir du juge, au lieu de diminuer comme se l'imaginaient les logiciens, tend à croître, et se fortifie. « Plus une société est civilisée, plus grande est la liberté du juge, c'est-à-dire moins formelle est la législation²³ ». C'est chez les peuples primitifs que la fonction du juge est étroitement limitée. Il n'est qu'un simple instrument, bon à constater les faits. L'interprétation du droit n'existe pas. Elle ne naît qu'au moment où le droit écrit se développe et se perfectionne, c'est-à-dire au moment où, précisément,

²³ MARKOVITCH, *op. cit.*, p. 184.

l'excellence de la loi droit parer à toutes les difficultés. Quelle preuve décisive que la loi n'est pas tout le droit, ni toute la justice ! La loi n'est qu'une technique du juste, qui participe à toutes les infirmités de la nature humaine. Portalis disait déjà qu'elle n'a pour but que de fixer, par des grandes vues générales, les principes essentiels du droit. Elle s'en inspire, mais ne les asservit point. Dans les législations qui admettent l'équité comme source de droit, au même titre que la loi et la jurisprudence, l'équité n'est pas, non plus, définie. Gagnerait-on à la définir ? Elle y prendrait sa véritable nature. Les juges se sont toujours refusés à considérer l'ensemble des règles de droit comme un mécanisme purement technique. Ils ont compris que ce qu'ils devaient juger, ce n'était pas des rapports abstraits de droit, mais des hommes, et que la logique juridique ne suffit pas à cette tâche. Ils ne se sont pas trompés. Tout l'effort scientifique de ces dernières années a porté sur le refoulement de l'identité du droit positif et de la justice. C'est grâce à cet effort que l'Etat est actuellement soumis au droit, et que les libertés individuelles sont mieux garanties.

Somme toute, on pourrait très justement ramener les rapports du droit positif et de l'équité au parallélisme qu'HAURIUO a établi entre l'ordre social et la justice²⁴.

Ce parallélisme est infiniment précieux, car on sait que tous les efforts de ce jurisconsulte ont porté sur la nécessité de répudier la conception purement formelle de la science du droit, et d'y faire pénétrer la substance vive du Réel et de l'histoire. De là, cette tendance au « Vitalisme juridique »²⁵, dont est sortie la si féconde théorie de l'institution.

Le droit est un composé d'ordre social et de justice. L'ordre social, c'est l'ensemble des principes et des règles qui ont pour but d'assurer la stabilité des relations humaines, indispensables pour faire l'entreprise d'une civilisation. La justice, par contre, poursuit la réalisation de *l'aequum et bonum*, c'est-à-dire de l'égalité, ou tout au moins d'une proportionnalité entre les hommes dans la jouissance du bien. L'ordre social, c'est l'*ars stabilis et securi* ; la justice, l'*ars boni et acqui*. L'ordre social se préoccupe de créer les formes artificielles qui auront pour but d'unifier les différences individuelles trop marquées pour permettre la coexistence des rapports. Il sauvegarde le collectif, et, à cette fin, sacrifie souvent la vérité individuelle pour atteindre la sécurité sociale. Ce que l'on perd d'un côté est regagné de l'autre; et ainsi, le sort de l'homme moyen ne peut qu'y gagner. Pour faire comprendre ses idées, HAURIUO reprend l'exemple, devenu classique, de la dépréciation monétaire²⁶ « la justice eût exigé la revalorisation de la devise nationale, seul moyen de ne pas créer d'inégalités

²⁴ *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édit. 1929, pp.34 à 41.

²⁵ *La cité moderne et les transformations du droit* (Paris, Bloud et Gay, 1925).

²⁶ HAURIUO, *Précis*, p.36

entre les divers créanciers de l'Etat. L'ordre social exige, dans la plupart des pays, la stabilisation de cette devise à son cours déprécié, et ce, dans l'intérêt de la stabilité des affaires qui demande une prompte stabilité de la monnaie, base indispensable à la stabilité des transactions. Pour le moment, cette considération d'ordre social prime tout... On va au plus pressant ; on stabilisera pour éviter la catastrophe financière. L'ordre social court sur ses deux jambes, la justice est boiteuse.

L'ordre social représente ainsi ce que les rapports sociaux exigent, à la fois, d'arbitraire, mais d'indispensable, pour réaliser la sécurité collective. Il est « ce qui nous sépare de la catastrophe »²⁷ Ce n'est pas à dire que la justice, qui tend avant tout à la vérité individuelle, soit lettre morte. Mais elle n'est pas toujours réalisable dans son intégrité. Elle peut être momentanément paralysée.

Le droit apparaît ainsi comme un composé de deux facteurs dont la valeur respective n'est pas toujours égale, ni réalisée telle. A l'analyse, il paraît même que l'ordre social est un élément des sociétés plus primordial que la justice. L'ordre social représente le minimum d'existence, et la justice est un luxe dont il semble qu'on puisse, dans une certaine mesure, se passer. Il faut bien se résigner à cette constatation²⁸.

« Mais ces aperçus trop pessimistes doivent cependant être corrigés par deux observations. La première est que les organisations d'un état social quelconque, même truffées d'injustice, ont intérêt à durer, et qu'elles ne le peuvent qu'en réintroduisant, dans leur conduite quotidienne, une certaine dose de justice, afin d'obtenir autour d'elles un certain assentiment, et parce qu'on ne peut pas employer la contrainte à jet continu. C'est le phénomène historique de l'institution qui a bonifié et humanisé progressivement les organisations sociales, qui a rendu la seigneurie féodale plus humaine au XII^e siècle qu'au X^e, et le patronat industriel plus humain au XX^e siècle qu'au XIX^e siècle. La seconde observation est que les progrès de justice introduits dans la conduite des organismes sociaux durant une génération pénètrent, à la seconde ou à la troisième Génération, dans l'ordre social lui-même comme chose établie, de telle sorte que cet ordre social s'incorpore ou se réincorpore de la justice²⁹. A cette fin, en est un exemple fameux.

Le droit écrit incorpore ainsi quelques principes essentiels de justice, qu'il travaille et transforme ensuite dans un but d'adaptabilité collective. Cet ajustement d'ordre technique et artificiel n'épuise pas l'idée de justice. Ce qui en reste, à l'état non incorporé, flotte dans les consciences, dans l'assentiment

²⁷ HAURIUO, *op. cit.*, p.37.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid, pp.37-38.

coutumier, dans les mœurs, en quête d'une réalisation, d'une incorporation possible. C'est l'équité, que les juges – toute l'histoire le démontre – ont lentement recherchée, synthétisée, pour la souder à cet élément de droit nécessairement incomplet que constitue la loi écrite. L'équité excelle ainsi à faire pénétrer de la justice dans le droit, à incorporer les notions du juste que la loi, dirigée vers d'autres buts, n'a point assimilées. Elle a réussi dans sa tâche, car jamais elle ne s'est aventurée à des incorporations qui eussent pu compromettre l'ordre social et la sécurité collective. La dépréciation de la monnaie offrait, à ce point de vue, un champ d'expérience crucial. Est-il un seul juge qui, sous prétexte d'équité, se soit aventuré à résilier ou à modifier les contrats de droit privé dont l'équilibre était rompu par le seul fait de la dévalorisation du franc ? Et pourtant, les cas favorables abondaient : baux à loyer, contrats d'emprunts, hypothèques, etc. Sans s'en douter, peut-être, mais avec une finesse et un tact remarquables, les juges ont senti que, sous prétexte d'équité et de justice, c'était l'ordre social qu'ils risquaient de mettre en péril. Et ils se sont abstenus. Devant une expérience aussi décisive.

Cette synthèse, constitue une globo, la plus claire et la plus substantielle explication qui ait été proposée, à ce jour, de l'évolution des institutions sociale décisive. Elle démontre que si, en surface, l'ordre social et la justice sont tantôt en conjonction, tantôt en opposition, en profondeur, ces deux phénomènes travaillent lentement, mais sûrement, à la réalisation du même but : l'interpénétration et la synthèse de deux données qui sont les points essentiels de tout système de droit.

Les conflits du droit positif et de l'équité ne sont-ils pas, dans le domaine du droit privé, une des manifestations tangibles d'un mécanisme identique ?

Le droit écrit a pour mission de réaliser la sécurité juridique et la stabilité sociales. C'est l'ars stabilis et securi. Il emprunte son fond essentiel à l'idée de justice. Mais il n'a pas pour mission de promulguer des déclarations philosophiques. Tous les législateurs l'ont reconnu, et le rejet du titre préliminaire du projet de Code civil, qui tendait.

Que signifie encore le reproche d'arbitraire qu'on prête si gratuitement à la jurisprudence progressive !

En revanche, dans les contrats de services publics, où le maintien des stipulations anciennes menaçait de mettre en péril l'ordre social lui-même, et de suspendre le fonctionnement du service public, la jurisprudence n'a pas hésité à marcher de l'avant, et à profiter de la plus grande liberté que lui laissait la conception même de la juridiction administrative, pour modifier les contrats, non sous prétexte d'équité, mais d'ordre social.

Par contre, lorsque l'ordre social n'est pas en cause, lorsque les juges ont simplement à incorporer dans la loi des notions de justice qui ne heurtent pas l'ars stabilis et securi, ils se sont sentis dans leur véritable rôle, et ont fait pénétrer dans le droit ces applications particulières de la justice individuelle que sont, notamment, la répression de l'abus des droits et celle de l'enrichissement sans cause. Là, ils avaient le champ libre; et pour le plus grand progrès du droit civil, l'incorporation s'est accomplie sans heurt, merveilleusement soutenue par l'assentiment général.

Ainsi compris, s'alimentant tour à tour, et par des organes différents, d'ordre social et de justice, le Droit reste ce qu'il a toujours été, et ce que tous les grands juristes ont reconnu en lui : un art. « C'est à la fois Vars boni et aequi et l'ars stabilis et securi. Toute théorie juridique est une œuvre d'art, et le système juridique, pris dans son ensemble, en est une très imposante et très notable³⁰ ». Mais, pour la réaliser, ce n'est pas seulement de technique qu'il faut parler. La technique ne suffit pas. C'est ravalier le droit que de le réduire à une technique³¹. C'est oublier l'un des éléments essentiels qui préside à son élaboration. « Ulpian, Papinien ou Cujas, pas plus qu'Homère, Virgile, ou Dante, pas plus que Phidias, Praxitèle ou Michel-Ange, ne sauraient être qualifiés des techniciens³². Il faut une certaine dose de technique, mais il ne faut pas que le grand mouvement d'idées généreuses qui a fait que l'humanité est aujourd'hui meilleure qu'aux origines, que l'esprit prime la lettre, et que la justice prime le droit strict, soit étouffé par la technique.

Lentement, prudemment, mais sûrement, inébranlablement, quels que soient les dogmes politiques et les controverses doctrinales, la jurisprudence continue son œuvre séculaire. Elle incorpore au droit les éléments indéfinis du juste, qui n'ont pas été rejetés par la loi, mais, pour des raisons très précises, négligés par elle. C'est bien en ce sens que les juges sont, au même titre que les législateurs, des « découvreurs de vérité sociale, des créateurs d'ordre social et de justice ».³³

³⁰ HAURIU, *op. cit.*, pp. 37 et 38.

³¹ Ibid.

³² Ibid, p. 62.

³³ Ibid.

BIBLIOGRAPHIE

1. CARBONNIER J., *Droit civil*, P.U.F, 1955, T.I.
2. CATTIER, *Droit et administration de l'E.I.C.*
3. Circulaire du garde des Sceaux-/22 septembre 1961 (Cameroun oriental).
4. De VISSCHER, *Institut de droit international*, 1934.
5. DELBEZ L., *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, 1962.
6. DEMOGUE, *Traité des obligations*, T. II.
7. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, Thèse, Toulouse, 1934.
8. Dictionnaire de la terminologie en droit International, SIREY, 1960.
9. DURIEUX A., *Zaire*, 1948.
10. GASTAN TOBENAS, *La formulation judicial del derecho y el arbitrio de equidad*, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1953.
11. HERBOTS J., *L'ordre général, technique jurisprudentielle et l'Institution du mariage dotal*, Colloque sur la dot, C.E.P.S.I., Mémoires, n°27.
12. KOSCHEM-BAHR-LYSKOWSKI, *La coutume ne peut déroger aux principes fondamentaux de l'ordre juridique, pas plus qu'aux règles des bonnes mœurs*, Etudes Capitane.
13. Loi n° 62-11, Juris-classeur d'Outremer, 16 mars 1962 (Niger).
14. MARKOVITCH, *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit positif*.
15. Ordonnance n°60-56, Juris-classeur d'Outremer, 14 novembre 1960 (Sénégal).
16. PAUWELS J.M., « Rechtskeuze en wording Van een eenvorming stadsgewoonte in de Islandse rechtbanken te LEOPOLSTAD (Kinshasa), 1926-1940 », *Anales de la muse royale de l'Afrique Centrale*, n°60, 1967.
17. *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édit. 1929.
18. Rapport de la commission, décret du 17 mars 1938, B.01998.
19. Rapport des administrateurs généraux du 16 juillet 1891, B.O.
20. *Revue juridique*, 1924.
21. ROUSSEAU CH., *Droit international Public*, n°78.
22. SIORAT L., *Le problème des lacunes en droit international*, Paris, 1958.
23. VERSTRAETE M., *Droit civil du Congo belge* (publié sous la direction d'A. Sohier), t. I, 1956, n° 7.