
Introduction au droit et à la culture juridique

Volume 1

Alain Papaux, Dr. iur., Ma phil., LL.M. (Académie européenne de théorie du droit), Professeur de Méthodologie juridique et de Philosophie du droit, faculté de droit et faculté des géosciences et environnement, Université de Lausanne

Davide Cerutti, docteur en droit, professeur remplaçant à l'Université de Lausanne, chargé de cours à l'Université de la Suisse italienne, président du Comité d'éthique de l'Université de la Suisse italienne, avocat (counsel, Walder Wyss SA, Lausanne/Lugano)

Schulthess § 2020
ÉDITIONS ROMANDES

Chapitre 4. La théorie des sources

Section 1. Où situer la théorie des sources ? Quel tour d'esprit juridique reflète-t-elle ?

Cette théorie s'avère pour le débutant quasi initiatique, dans la mesure où elle guide son esprit ajuridique vers les premiers contreforts du droit. Son esprit peu versé dans la chose juridique commencera de se déployer sur les terres du droit avant que de pouvoir s'y mouvoir avec aisance par le ministère de la méthodologie l'introduisant à l'ordre profond du Droit et de la Justice, vertu des vertus pour les Anciens. Nous nous contenterons ici de préparer les intellects débutants aux divers cours de droit positif dispensés dans les facultés de droit continental.

Orientée selon les conceptions positivistes, cette introduction sacrifiera beaucoup à la technique du droit, et au minimum de culture juridique requis néanmoins, délaissant (par trop sans doute) les considérations afférentes au Droit et à la Justice en général.

L'étude des sources du droit, et plus particulièrement parmi elles des sources *formelles*, témoigne de cette instruction générale du droit dans la veine positiviste. En effet, la théorie des sources du droit est une émanation de l'école positiviste, filiation explicite dans l'expression « sources *formelles* ».

La question de la source du droit ne se pose pas vraiment pour un jusnaturaliste : le droit *est* par les dieux, le Dieu, la Raison, la Nature, la nature humaine, etc. Les *formes* du droit ne sont que les médiocres *moyens* dont usent les humains pour le formuler, le rendre à portée des hommes, ces créatures médiocres (au sens de moyen, standard, *mediocritas*). Le jusnaturalisme retrouve quelque accointance avec la théorie des sources dès lors qu'elles portent sur les sources *matérielles* (*infra*), lesquelles inspirent les sources formelles du droit.

Quoi que l'on pense des sources, de la notion même de « source » pour la pensée juridique, on se gardera de rechercher une origine absolue pour le droit. En d'autres termes, une relation intime lie sources matérielles et sources formelles, même si ces dernières prétendent à une parfaite autonomie vis-à-vis des premières, comme si elles constituaient la véritable origine du droit, le lieu d'où il « jaillit ».

De ce que la théorie des sources se rattache à l'école positiviste, elle s'occupe nécessairement moins de valeurs, de contenus matériels des règles de droit que de formes à respecter, de procédures à suivre, pour l'élaboration de la règle juridique : le « bon parce que prescrit » domine.

On distinguera dès lors les *sources formelles* des *sources matérielles* du droit, en donnant évidemment la préférence aux premières.

En outre, le droit, science de la nuance, plus exactement la méthodologie juridique, affinera le « formelles » (la *forme*), en distinguant les sources formelles au sens strict ou au sens étroit des sources formelles au sens large.

Les sources formelles au sens étroit donnent naissance au *droit positif* proprement dit : la loi, la coutume et le droit prétorien dit par le juge selon la *iurisdictio* (art. 1 al. 1 et 2 CC).

Les *cas d'application* concrets de ce droit tels que décidés par le « juge » (au sens générique d'une autorité étatique d'application du droit dans les cas singuliers), soit la jurisprudence, ainsi que les commentaires portant sur ce droit positif, la doctrine (art. 1 al. 3 CC), se classent sous les sources formelles au sens large, appelées aussi « *autorités* du droit » par contraste avec les sources formelles *stricto sensu*.

On remarquera que les *principes généraux* du droit, source de première importance en tout système juridique, ne sont pas expressément consacrés par l'art. 1 CC.

Le Code civil espagnol du 24 juillet 1889⁹³, en revanche, en fait officiellement une source du droit, à son article premier. Le Code civil italien du 16 mars 1942⁹⁴ s'y réfère expressément pour résoudre une controverse en matière d'interprétation de la loi (art. 12), mentionnant également, dans ce dessein, *l'analogie*, ainsi promue source du droit. La loi d'introduction aux normes du droit brésilien de 1942⁹⁵, à son article 4, précise qu'en cas de lacune de la loi, le juge décidera en utilisant l'analogie, la coutume et les principes généraux. Le *raisonnement par analogie* constitue en effet la démarche intellectuelle

⁹³ Arrêté royal du 24 juillet 1889 portant publication du Code civil (BOE-A-1889-4763).

⁹⁴ Promulgué par le décret royal du 16 mars 1942 portant approbation du texte du Code civil (n. 262).

⁹⁵ Loi d'introduction aux normes du droit brésilien du 4 septembre 1942 (décret-loi n° 4.657).

pratique la plus constante (mais point la plus simple) dont use le juriste (Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation).

Aux *sources formelles* s'opposent les *sources matérielles* du droit qui insufflent leur contenu aux premières, par lesquelles il sied donc de commencer un exposé sur les sources du droit.

Section 2. Les « malaimées » sources matérielles du droit

Le Préambule de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 constitue l'une des grandes sources d'inspiration du droit positif, campant l'esprit général dans lequel doit être interprétée notre Constitution, et par là lui servant de source matérielle, décrivant les valeurs les plus fondamentales de l'ordre juridique suisse.

Sur un plan philosophico-politique, la première valeur exprimée est l'humilité : « *Au nom de Dieu tout puissant !* », première phrase reconnaissant la finitude humaine, affirmation de portée anthropologique plus que théologique, la Suisse étant juridiquement un État laïc⁹⁶.

La deuxième phrase, plus politique, nous rappelle le pouvoir suprême de la Confédération, à savoir le peuple *et* les cantons suisses, le « Constituant », que l'expression « votation populaire » ne reflète qu'imparfaitement en accentuant par trop le premier membre de ce pouvoir bicéphale.

La troisième phrase, prolongeant la valeur d'humilité, affirme un devoir, notre responsabilité envers la Création, au titre de laquelle se peuvent rattacher des « causes » contemporaines, la « cause environnementale » et la « cause animale » par exemple.

Suivent une série de valeurs plus classiques dans les démocraties libérales, loin d'ailleurs de consacrer le règne absolu de l'individu⁹⁷ puisque y figurent :

⁹⁶ Les italiques et le point d'exclamation, extraordinaires (et même uniques) dans la facture de texte juridique, donnent un indice d'un sens tout autre que religieux : il s'agit d'une authentique invocation divine caractéristique de la figure juridique du serment par lequel les Confédérés nouaient alliance entre eux, remontant aux premiers temps de la confédération ; voir sur ce point A. PAPAUX, *ad* Préambule, Commentaire romand de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, à paraître.

⁹⁷ Les commentateurs de la Constitution omettent de souligner que les expressions « individu » ou « droits de l'homme » ne figurent pas dans le Préambule. Le

« un esprit de solidarité » et « d'ouverture au monde » ; l'affirmation d'un vivre ensemble ayant pour horizon les diversités existantes. Respect de l'autre et équité ainsi que responsabilité envers les générations futures complètent cette liste de valeurs, pour s'achever par la règle d'or de toute *communauté* entendue *Gemeinschaft* et pas simplement *Gesellschaft* (*société*) : « la force de la communauté (*Volk*) se mesure au bien-être du plus faible de ses membres »⁹⁸.

À quoi servent donc les sources matérielles ?

D'un point de vue large, culturel, elles permettent l'orientation *générale* des conduites des citoyens, le droit objectif apparaissant, lui, plus technique ou *spécial* dans l'exécution de cette mission. Le Conseil fédéral n'affirme-t-il pas que « l'influence des valeurs morales, religieuses, politiques ou sociales généralement reconnues dans une société et la pression sociale sont plus fortes que les indications émanant du droit, qui est le plus souvent mal connu et qui reste très abstrait »⁹⁹ ?

Du point de vue de la méthodologie juridique, les sources matérielles permettent de déterminer le *contenu* à donner aux règles découlant des sources formelles au sens étroit et influencent les sources formelles au sens large.

Constituant, sage, se refuse à réduire la « chose politique », « *res publica* », littéralement « république », soit la chose publique, aux simples volontés agglomérées des seuls *individus* : quelque *citoyenneté* toujours déjà nous habite, qui excède notre stricte individualité. Le Préambule a ainsi conservé un certain esprit de l'idéal grec tel que nous l'avons rencontré dans l'Apologie de Socrate (*surpa* Partie II, Chapitre 2, Section 1 et A. PAPAUX, *ad* Préambule Commentaire romand de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, à paraître).

⁹⁸ On doit au philologue et philosophe allemand Ferdinand Tönnies (*Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887) la réhabilitation de cette distinction fort éclairante, au reste déjà présente en philosophie, chez Kant notamment. Elle permet d'opérer le départ entre un tout, premier par rapport à ses parties, lesquelles sont ensuite distinguées sur fond de cette communauté, comme les citoyens par rapport à la cité, et la simple réunion horizontale d'individus dans un ensemble qui résulte de leur association dans laquelle ils sont donc premiers, comme l'individu moderne dans la société instaurée par le contrat social.

⁹⁹ Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, Berne, 2011, pp. 11-13.

On peut les définir comme « l'ensemble des faits, besoins et idées qui ont présidé à l'adoption d'une norme ou d'un ensemble de normes »¹⁰⁰. Elles constituent le *matériau social* sur la base duquel le législateur va concevoir la règle de droit. On y trouve faits, besoins, idées, situations problématiques typiques (égalité femme/homme, mariage homosexuel, famille monoparentale, mère porteuse, mitage du territoire, maintien d'une agriculture de montagne, etc.), valeurs culturelles, valeurs sociales, politiques, éthiques, religieuses ; maintien du fédéralisme, amour du travail, pragmatisme social, fêtes du calendrier grégorien, liberté religieuse, laïcité des institutions, dimanches fériés, adhésion à l'économie de marché, libéralisme politique, tradition du « juge naturel » ou de la neutralité armée, etc. Toutes ces valeurs varient suivant les sociétés et les époques.

Elles reflètent, en tant que sources matérielles du droit, la nature de science humaine et sociale du droit.

Les sources matérielles de la règle de droit sont de toute première importance pour l'*acceptabilité* de la norme et donc pour l'*effectivité* du droit, les besoins sociaux auxquels le droit doit répondre se révélant en effet par leur entremise.

Le système fédéraliste et l'importance ainsi conférée au droit cantonal s'enracine d'ailleurs dans cette saine proximité aux besoins sociaux, irremplaçable pour garantir une pleine effectivité du droit. Les cantons ont des sensibilités, des *Weltanschauungen* (visions du monde) différentes, ainsi que nous l'avons vu à propos de l'interdiction de principe de l'avortement et, singulièrement, des exceptions qu'elle comporte : elles sont interprétées de manière différente d'un canton à l'autre, en particulier des cantons d'obédience catholique aux cantons d'obédience protestante, alors qu'il s'agit de droit pénal, soit d'un droit normalement uniforme sur l'ensemble du territoire helvétique.

On comprend dès lors que l'*unification* du droit ne s'impose pas nécessairement comme un progrès, un « mieux ». Le droit international public l'illustre avec beaucoup de relief dans le cadre de l'élaboration de règles juridiques universelles. Envisageables dans les matières techniques, et d'ailleurs réalisées pour le chèque, la lettre de change, la répartition des

¹⁰⁰ Y. LE ROY et M.-B. SCHÖNENBERGER, *Introduction générale au droit suisse*, 4^e édition, Schulthess, Genève, 2015, p. 82. Cf. également l'art. 5 de la loi d'introduction aux normes du droit brésilien, qui dispose que le juge, dans l'application de la loi, tiendra compte des buts sociaux auxquels elle est destinée et des exigences de l'intérêt commun.

couloirs aériens, les langages unifiés des transports maritimes, etc., elles sont infiniment plus difficiles à arrêter dès lors qu'elles concernent des matières fortement pénétrées de valeurs culturelles, religieuses ou morales : droit de la famille, droit du mariage, rapport Église/État, liberté sexuelle, etc. L'extrême divergence des sources matérielles rend difficile l'élaboration de sources formelles uniformes en ces domaines.

Le problème central, d'un point de vue méthodologique, tiendra alors moins immédiatement dans la question de l'*harmonisation* – laquelle se pose dans tout État fédéral –, encore moins dans celle de l'*unification* – imposition d'un régime identique pour tous –, que dans l'orientation du mode d'élaboration du droit. Un mode inductif, *bottom-up*, garantira davantage l'acceptabilité et l'effectivité de la norme qu'un mode déductif, *top-down*, puisque l'élaboration du droit y plonge ses racines dans les sources matérielles précisément, ainsi que le réalise exemplairement le système juridique suisse en organisant de larges procédures de consultation, y ajoutant, cas échéant, initiatives et référendums.

En conclusion, pour que le droit soit acceptable et, par voie de conséquence, ait des chances d'être appliqué spontanément, sans recours incessant à la menace (la sanction), il doit rencontrer les besoins de la société et ses valeurs fondamentales ; partant s'inspirer des sources matérielles.

La traduction des sources matérielles en sources formelles constitue une opération délicate, comme le droit de la circulation routière nous le montre aujourd'hui : la législation dite « Via sicura »¹⁰¹ semble avoir poussé trop loin la fermeté réclamée par les citoyens en matière d'infractions aux règles de la circulation routière, au point que juges et députés ont réclamé un certain assouplissement des normes qui n'avaient pas toujours su garder la (bonne) mesure¹⁰².

Section 3. Les sources formelles du droit

Le positivisme juridique connaissant pour ressort principal le respect des formes, les sources formelles devaient marquer le « début » reconnaissable du droit, une manière d'origine ou de pedigree rendu officiel par la conformité

¹⁰¹ Loi fédérale du 15 juin 2012 modifiant la loi fédérale sur la circulation routière (Via sicura, RO 2012 6291).

¹⁰² Au point que le Parlement a récemment adopté une motion (17.3632) visant une série d'adaptations (BO 2017 CE 933/BO 2018 CN 54).

aux procédures préétablies. De ce respect découle la juridicité de la règle considérée. Un droit désormais institué, coulé dans des formes connues et reconnues (celles mentionnées à l'art. 1 al. 1 et 2 CC), propre à garantir la sécurité juridique, à la forme tout du moins¹⁰³.

Ces modes d'expression officielle du droit s'entendent en un sens large ou en un sens étroit. Pour un positiviste (radical) seules les sources formelles au sens étroit sont du droit, sont le droit, à tout le moins sont-elles considérées comme les plus importantes dans une perspective *formelle*, à un double titre. D'une part parce que loi, coutume, et dans une moindre mesure droit prétorien (jurisprudence au sens de l'al.2), suivent les procédures de formation les plus rigoureuses ; d'autre part, parce qu'elles font montre d'une plus grande stabilité, le large accord (ou la prééminence) des acteurs juridiques concernés favorisant le resserrement des interprétations possibles, à défaut d'atteindre à l'univocité, comme telle illusoire avons-nous vu (*supra* Partie I).

Les sources formelles ouvrent donc en toute logique cette section.

La base légale topique en est l'art. 1 CC, inchangée depuis son adoption en 1907 :

« A. Application de la loi

¹ La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

² À 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.

³ Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

Comme nous l'avons relevé à la faveur de l'approche scientifique du droit, toute disposition légale est affaire de choix. L'art. 1 CC aurait pu avoir une autre teneur, consacrer d'autres sources formelles du droit ou établir d'autres

¹⁰³ A. Papaux, « Sécurité juridique formelle v. Sécurité juridique relationnelle », in *Revue de droit suisse*, Bâle, 1/2012, pp. 33-62.

hiérarchies, Et en effet, le projet du Conseil fédéral du 28 mai 1904 prévoyait une autre formulation de l'art. 1 CC¹⁰⁴ :

«¹ La loi civile est applicable à toutes les causes auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'un de ses textes.

² A défaut d'un texte légal applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, en l'absence d'un droit coutumier, suivant les règles consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

³ S'il ne peut recourir à aucune de ces sources, il applique les règles qu'il devrait édicter s'il avait à faire office de législateur. ».

Le droit prétorien – faire office de législateur – était relégué au dernier rang des sources du droit.

Sous-section 1. Les sources formelles au sens étroit

Le juriste classe traditionnellement sous cette dénomination deux sources : la *loi* (au sens large) et la *coutume*. Suivant les ordres juridiques et le type de positivisme suivi, s'y peut ajouter la jurisprudence au sens de droit prétorien, au reste une célébrité helvétique en matière juridique de par son incorporation expresse au texte de loi topique (art. 1 al. 2 CC).

Venant d'aborder la figure des sources matérielles, il s'agirait de commencer l'exposition des sources formelles au sens étroit par la coutume, vraisemblablement la source la plus originelle du droit, assurément la plus proche des sources matérielles. Toutefois, par trop rétive au canon du positivisme juridique, allons-nous voir, la coutume vient au deuxième rang, après la loi, dans la logique de l'art. 1 CC, dont l'ordonnancement doit être strictement respecté en tant qu'il reflète une *hiérarchie* (à portée *juridique*) des sources du droit dans l'ordre juridique suisse.

§ 1. La loi

À son tour, le terme de « loi » peut s'entendre en un sens large ou en un sens étroit (strict).

¹⁰⁴ FF 1904 IV 1 (99). Nous verrons qu'une autre version encore avait été envisagée, celle de Eugen Huber, le père du code, exhaussant la doctrine au rang de sources formelles au sens strict (*infra* Sous-Section 2).

Sous-§ 1. La loi au sens large

La loi au sens large équivaut au *droit écrit*, à tout le droit écrit, à savoir les traités et conventions internationales, les constitutions (fédérale et cantonales), les « lois » fédérales, cantonales et communales (lois au sens strict, nous y reviendrons), les ordonnances, les règlements, les décrets et les arrêtés.

Cette terminologie varie suivant les États qui édictent ces règles juridiques et les types d'autorités qui les adoptent.

Ce droit écrit (loi au sens large) se compose des règles *générales* et *abstraites*, se différenciant selon les procédures d'élaboration et les autorités concernées, d'une part ; selon le degré de précision ou de détail, d'autre part. La Constitution est une loi cadre, programmatique par bien des aspects ; à l'autre extrémité, les ordonnances et règlements sont des lois de détail, rédigées en termes précis. La « densité normative » de la loi (au sens large de degré de précision du prescriptif) varie suivant qu'elle fixe simplement le cadre (densité normative faible) de l'activité visée ou s'attache à en arrêter les détails (densité normative forte).

La loi au sens large est une source formelle au sens étroit que le Tribunal fédéral désigne aussi par l'expression, porteuse de confusion, de « loi au sens matériel », à distinguer fermement de « source matérielle ». La « loi au sens matériel » est une loi au sens large que le Tribunal fédéral a pu définir comme « une norme générale et abstraite fixant les droits et obligations des administrés et édictée par un organe compétent selon les règles du droit public » (ATF 97 I 344 consid. 2a)¹⁰⁵.

Que la loi soit édictée par un organe compétent s'inscrit dans la conception positiviste du droit.

Qu'on la désigne comme loi au sens matériel, ou loi au sens large ou encore droit écrit, la caractéristique la plus importante de la loi (au sens large) réside dans la structure de son contenu : des règles *générales* et *abstraites*.

Par « générale », le juriste entend que la loi concerne un nombre indéterminé de personnes c'est-à-dire une *classe* (entière) de personnes ; dit sous une forme négative, la loi ne concerne pas des personnes *spécifiques* visées en tant que

¹⁰⁵ Dans le même sens, voir aussi ATF 101 Ia 104 consid. 4 = JdT 1978 I p. 378, 380 et ATF 141 II 169 consid. 3.1 (en allemand).

singuliers. On retrouve ici une inspiration analogue à celle du deuxième critère de la définition du droit selon l'approche juridique, l'« obligation générale ».

Par « abstraite » le juriste entend qu'elle régit un nombre indéterminé de situations, une *classe* de cas, d'évènements ; en termes négatifs, elle ne vise jamais tel événement, ce cas-ci.

En tant que *générale et abstraite*, la *loi* s'oppose à la *décision*.

Le régime juridique de la *loi* et celui de la *décision* étant différents, il faut impérativement les distinguer.

Ainsi fit la jurisprudence dans le « cas d'école » ou *Schulbeispiel* ou encore *leading case*, cas topique, canon de l'ATF 97 I 509, affaire opposant la commune de Romanel-sur-Lausanne au Conseil d'État vaudois, se déployant comme tout arrêt (de jurisprudence) en deux moments : les faits et le droit.

En fait :

Une grande enseigne de la distribution, dénommée Hypermarché SA, demande à la commune de Romanel-sur-Lausanne une autorisation pour des ouvertures nocturnes. Le pouvoir législatif de la commune, dénommé Conseil général, y répond en adoptant un *acte juridique* en vertu duquel il prévoit :

« d'autoriser l'ouverture nocturne des magasins qui en font la demande. Dans le cas d'Hypermarché SA, selon l'horaire :

- a) lundi, mardi, jeudi, de 9 h. à 19 h.
- b) mercredi, vendredi, de 9 h. à 22 h.
- c) samedi, de 9 h. à 17h. »

L'acte juridique du 17 décembre 1969 fut adopté sur demande d'Hypermarché SA dont l'intention était d'ouvrir un grand magasin à Romanel dès le printemps 1970.

Cet acte juridique provoqua un *conflit de qualifications* (juridiques), commune et canton ayant une interprétation divergente du texte mentionné de l'acte juridique. Pour la commune, il s'agissait d'une *décision* ; pour le canton d'un *règlement*. Or, les régimes juridiques de la *décision* (*singulière et concrète*) et du *règlement* (*général et abstrait*) sont différents.

Pour ne retenir ici que l'essentiel, si l'acte juridique en litige est qualifié juridiquement de *décision*, alors il entre immédiatement en vigueur – c'est-à-dire déploie sans attendre ses effets juridiques –, à charge pour le Conseil d'État de le contrôler *a posteriori*. En revanche, si l'acte juridique en litige est qualifié de *règlement*, alors le contrôle du gouvernement vaudois (en vue de l'approbation) précède tout déploiement d'effet juridique, laissant en particulier au Conseil d'État la possibilité d'amender le règlement communal, ce qu'opéra précisément le gouvernement, modifiant les heures de fermeture en particulier. La commune attaqua alors la décision gouvernementale, jusqu'à se retrouver devant le Tribunal fédéral, motif pris de ce que le canton n'aurait pas respecté l'autonomie communale. Le Tribunal fédéral rejeta le recours intenté par la commune.

En droit :

La question juridique nodale à trancher se ramassait dans l'alternative *décision vs loi* (règlement). À lire l'extrait mentionné, on constate que la première phrase désigne au pluriel et sans autre précision « *des magasins* », sans aucune référence à *tel* magasin précis ; l'acte juridique aux formules *générales et abstraites* semble être en conséquence une *loi* (règlement). À lire en revanche la seconde phrase de l'extrait mentionné, on constate qu'un seul magasin, singulier, à savoir Hypermarché SA, c'est-à-dire *tel* magasin, ce *magasin-ci*, avec des horaires concoctés pour lui seul, est concerné, donnant à penser qu'il s'agirait plutôt d'une *décision* ; sa structure apparaît ici *singulière et concrète*.

L'acte est donc frappé d'une ambivalence, au sens littéral du terme : il présente *simultanément* deux valeurs, ici deux qualifications juridiques possibles, celle de *décision* et celle de *loi*. Dans la mesure où était bel et bien désignée de manière *générale et abstraite* une pluralité de magasins possibles, en sus de la désignation d'Hypermarché SA, l'acte juridique communal présentait la structure juridique d'une *loi*, dût-on constater que le règlement contenait aussi en son sein une *décision*... ce qui est de bien mauvaise légistique, cet art de bien rédiger les lois¹⁰⁶.

On retrouve dans l'opposition entre *loi* et *décision* telle que campée par les juges un droit « science » des contradictions, des nuances. Comme toujours en droit, si une distinction est opérée, le bon juriste doit s'attendre à ce que des régimes juridiques différents soient attachés aux diverses branches de l'alternative. Ne s'agissant pas des mêmes *actes juridiques*, les procédures

¹⁰⁶ A. FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi*, pp. 517 ss en particulier.

(notamment) les concernant divergent, en particulier les modalités du contrôle gouvernemental.

Sous-§ 2. La loi au sens étroit ou loi au sens strict

Parmi les lois au sens large, la méthodologie juridique distingue la loi au sens étroit ou loi au sens strict. Il s'agit de l'acte le plus important du pouvoir législatif, dénommé très souvent « Loi », élaboré et adopté selon une procédure prédéfinie, en l'occurrence la procédure ordinaire suivie par le pouvoir législatif.

Le critère méthodologique retenu ici pour distinguer la loi au sens étroit de la loi au sens large réside donc dans les formes à respecter pour que le produit de l'activité législative puisse être dénommé « loi ». On ne s'intéresse pas en première ligne à la structure de son contenu, à savoir sa nature « générale et abstraite » (propre de la loi au sens matériel selon la formule du Tribunal fédéral), caractéristique déjà acquise puisque nous nous situons ici à l'intérieur de la loi au sens large.

Sous-§ 3. Les rapports entre loi et coutume

N'ayant point encore abordé la notion de coutume, deuxième source formelle dans la liste de l'art. 1 CC, nous traiterons de cette question lors de la subdivision suivante consacrée à la coutume. Notons déjà que, *sur le principe*, la loi l'emporte sur la coutume ; en d'autres termes, la loi est *hiérarchiquement supérieure* à la coutume comme le donne à voir l'ordonnancement de ces deux sources à l'art. 1 CC al. 1 et, mieux *puis*, al. 2.

§ 2. La coutume

Sous-§ 1. Définition de la coutume

La coutume est la source formelle la plus proche des sources matérielles : « la coutume est le droit établi par les mœurs », formule classique du vénérable juriste romain Julien¹⁰⁷.

Elle suppose deux éléments, enchevêtrés, intriqués, mais que l'on distingue pour des raisons didactiques principalement.

Le premier élément est de nature *matérielle* : la répétition d'une certaine pratique, d'un certain usage ou comportement déterminé, qualifiée de « *longa consuetudo* ».

Une certaine *constance* et une certaine *concordance* entre les différents actes constituant la répétition sont exigées, sans que l'on puisse préciser plus avant la mesure de la constance ni celle de la concordance.

La « constance » désigne un critère temporel, à savoir que la répétition doit se réaliser avec une périodicité suffisante pour que l'on puisse y discerner une régularité. Un acte par siècle, par exemple, semble bien insuffisant pour établir une *pratique*. Mais on ne sait ni combien ni dans quel laps de temps les actes *similaires* (et non *identiques*, ce qui ne se peut, le contexte ayant changé) doivent être recensés pour pouvoir affirmer l'existence d'une coutume.

La « concordance », elle, désigne un critère structurel, les usages ou comportements constituant la *consuetudo* devant présenter une similarité certaine, la similitude laissant entendre que les ressemblances l'emportent sur les dissemblances entre les pratiques concernées.

En ce jeu de « même » et d'« autre » réside la caractéristique de l'*analogie*, l'*identité* ou *univocité* ne recelant que du « même » (que des ressemblances) et l'*équivocité* que de l'« autre » (que des dissemblances). L'univocité excède les possibilités pratiques du langage, avons-nous vu (supra Titre I, Chapitre 2), le texte clair n'étant qu'un idéal mais point une réalité concrète ; l'équivocité empêche tout discours cohérent puisque toutes les interprétations (les signifiés de la formule arrêtée) se valent ; or, le droit recherche l'ordre.

Quoi qu'il en soit, ce premier élément matériel doit être doublé d'un élément dit intellectuel ou psychologique.

Le second élément constitutif de la coutume, l'élément *intellectuel*, est dénommé « *opinio juris sive necessitatis* », conviction (opinion) de droit (qu'il s'agit d'une obligation juridique) ou de « nécessité » (que la règle est obligatoire, que le sujet *doit* la respecter). Il s'agit d'un élément d'ordre « intellectuel » ou « psychologique » consistant dans la conviction ou la croyance des acteurs de cette pratique de devoir s'y conformer pour des raisons juridiques ; partant, que son non-respect entraînera une sanction (juridique).

¹⁰⁷ Digeste 1, 3, 32, 1 : « [...] *et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum* ».

En d'autres termes, ces sujets sont convaincus que la règle pratiquée a force obligatoire, sans qu'une autorité étatique n'intervienne pour autant. Ainsi dit la Cour de justice du Canton et République de Genève, dans une affaire valant *leading case* (SJ 1989, pp. 642 ss), portant en l'occurrence sur les titres d'avocat et de Maître.

En fait :

Un avocat-stagiaire genevois, ayant essuyé un triple échec éliminatoire aux examens de fin de stage, fut radié du tableau des avocats-stagiaires au barreau de Genève. Il ouvrit néanmoins un « Cabinet juridique de Me X. », avec plaque à l'entrée de l'immeuble, inscription dans différents annuaires professionnels en tant qu'« avocat » et boîte aux lettres portant l'indication « Me X., avocat ». L'Ordre des avocats ouvrit action afin qu'interdiction soit signifiée à M. X. de mentionner le titre d'« avocat » ou d'user de la désignation de « Maître », sous quelque forme que ce soit.

En droit :

La Cour fit d'abord application de la loi fédérale contre la concurrence déloyale¹⁰⁸, à laquelle, décida-t-elle, les agissements de M. X. contrevenaient¹⁰⁹. Elle analysa ensuite, avec une certaine tenue méthodologique, la dénomination de « Maître » (la loi genevoise sur la profession d'avocat réglant, elle, la dénomination d'« avocat »). Elle commença par des recherches linguistiques, historiques et géographiques, passant du genre aux espèces¹¹⁰. Dans une perspective historique (suivant le point de vue du temps) d'abord, elle passa du Moyen-Âge à nos jours. Dans une perspective géographique ensuite, elle passa de la Suisse, aux pays romands et enfin à Genève, soit du général au spécial, adoptant le point de vue du lieu. Elle cherchait, ce faisant, à établir l'existence de la *consuetudo*, la

¹⁰⁸ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (« LCD », RS 241).

¹⁰⁹ L'art. 24 let. d de la loi cantonale genevoise sur la profession d'avocat du 15 mars 1985 (« LPAV », E 6 10) prévoyait que le brevet d'avocat et par là même le titre d'avocat était délivré aux requérants qui, entre autres conditions, avaient subi avec succès un examen de fin de stage. La Cour souligne dès lors que « [e]n raison de son échec définitif aux examens de fin de stage [...], le cité n'a plus aucun droit au titre d'avocat. Il adopte donc un comportement contraire aux articles 2 et 3 litt. b, c et d LCD ».

¹¹⁰ En bonne logique aristotélico-porphyrénienne, le classement des réalités s'ordonne en genre et espèces (et sous-espèces, et ainsi de suite), ce qui correspond quasi littéralement à « général » et « spécial » (*species* en anglais), qualificatifs précieux en droit.

longue pratique, volontiers affirmée « immémoriale » dans les pays anglo-saxons. En bonne méthodologie, elle acheva son examen à la situation la plus concrète et pertinente pour le différend, Genève : « à Genève, c'est un usage immémorial que seuls les avocats, les avocats-stagiaires, les notaires et les huissiers judiciaires peuvent porter ce titre [Maître]. De plus, les milieux juridiques ont toujours respecté cette tradition et ont donc prouvé qu'ils se sentaient liés par la pratique généralement admise. Ainsi, bien qu'actuellement aucun texte légal ne protège à Genève l'appellation « Maître », cette protection semble reposer sur une coutume constituée par le long usage et l'*opinio necessitatis* des milieux intéressés ». La Cour respecta la hiérarchie des sources telle que couchée à l'art. 1 CC, ayant constaté dans un premier temps qu'aucune *loi* ne consacrait juridiquement l'appellation « Maître », elle devait examiner *ensuite* une éventuelle source (formelle) coutumière, ce qu'elle analysa *in concreto*.

L'absence d'intervention d'une autorité étatique dans le cadre de l'élaboration de la coutume ne pouvait que déplaire à l'École positiviste puisqu'elle échappe par cette origine concrète, inductive, pratique, à la volonté expresse du législateur. Raison pour laquelle, dans la définition du droit (mentionnée) de Batiffol, il est indiqué : « ensemble des commandements édictés ou *acceptés* par l'autorité publique ». La coutume doit être acceptée par une autorité publique pour pouvoir déployer avec sûreté ses effets juridiques. Se pose alors la délicate question de la *preuve de la coutume*, sur laquelle nous reviendrons lors de l'examen de la procédure d'élaboration des différentes sources formelles (*infra* Titre III, , Chapitre 2, Section 2).

Pour les positivistes légalistes, la branche la plus formaliste du positivisme juridique, la coutume constitue un mode primitif de création du droit. Le projet légaliste visait en effet à la réduction de tout le droit à la seule loi, un monopole de la loi que l'on établirait par la codification des coutumes c'est-à-dire leur mise par écrit dans un code, les transformant de la sorte en loi. La note marginale de la version française de l'art. 1 CC porte encore la marque de ce projet : « Application de la loi », alors que la version allemande mentionne l'application « *des Rechts* », du *droit*, et la version italienne « *Applicazione del diritto* ».

Mais la coutume n'est aucunement une source (formelle) méprisable, pour cinq raisons au moins :

1) La coutume est encore fort répandue en droit international public. On la trouve au fondement de maintes normes conventionnelles et de nombreux

traités. Les immunités diplomatiques (et consulaires) sont d'origine coutumière¹¹¹ ; par exemple considérer le sol d'une ambassade étrangère comme une exterritorialité vis-à-vis de l'État hôte. Ainsi la Turquie, désireuse de conduire une enquête portant sur le meurtre du journaliste Jamal Khashoggi à Istanbul même, dans les bureaux du consulat d'Arabie saoudite, dut attendre l'autorisation de Riyad pour y procéder. De même, le droit des traités fut des siècles durant coutumier, précisément avant sa codification, en 1968, dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ou encore le droit de libre passage des navires de guerre (canons baissés) dans les eaux territoriales de quelque État que ce soit, en l'absence même de traité entre l'État du pavillon et l'État côtier.

2) En droit interne, la coutume est quantitativement peu présente, à tout le moins dans les systèmes juridiques romano-canoniques. Les pays continentaux ont connu d'amples mouvements de codification (et souvent d'unification du droit) à savoir la mise par écrit dans des codes des coutumes nationales et locales qui régissaient tel ou tel aspect de la vie. Ces mouvements de codification constituent évidemment l'un des thèmes majeurs des cours d'histoire du droit.

3) La *common law*, anglaise en particulier, se fondait principalement sur des coutumes, quand bien même, quantitativement, l'influence de l'Union européenne et de son droit de type *civil law* a sensiblement diminué l'importance de la coutume dans le Royaume-Uni.

4) En droit suisse, de nombreuses normes constitutionnelles et libertés publiques, dites aujourd'hui libertés fondamentales, ont une origine coutumière et demeurent pleinement du droit même si elles devaient ne pas avoir été reprises lors de la rédaction de la Constitution de 1999. La liberté d'opinion par exemple, formellement absente des anciennes constitutions, était une règle coutumière, couchée désormais à l'art. 16 Cst. Le droit suisse consacre par ailleurs expressément la coutume, à l'art. 1 al. 2 CC. Le secret bancaire fut par exemple pendant longtemps une norme coutumière. Il en irait

¹¹¹ Règles en large partie codifiées dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (RS 0.191.01) et la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (RS 0.191.02)

de même de la représentativité des régions et religions au sein du Conseil fédéral, à suivre Le Roy/Schönenberger¹¹².

5) Tout un pan du droit positif interne connaît des coutumes au sens juridique : les usages, pratiques et autres usances suivis dans le domaine du commerce, notamment. L'*opinio juris* n'est pas toujours aisée à établir mais la mention des usages dans le texte même de la loi favorise leur interprétation comme coutume (juridique). Ainsi en va-t-il de l'art. 124 al. 3 CO ou de l'art. 212 al. 3 CO qui mentionnent *expressis verbis* les « usages » ; de l'art. 201 CO qui mentionne « la marche habituelle » ; des art. 266b à 266d CO qui évoquent « l'usage local », ou encore de l'art. 314 al. 3 CO qui renvoie aux « règles du commerce ».

Le juriste rencontre avec la coutume, et en particulier avec son second élément constitutif, l'un des problèmes les plus redoutables de toute son activité : la *preuve*.

L'opinion publique conclut souvent sans preuve – pour cause, le dossier d'instruction n'est pas public –, s'offusquant le cas échéant de ce que son « coupable » se trouve libéré par le tribunal dont les juges seront immédiatement traités d'incompétents, voire de vendus ou d'achetés, bref de scélérats. La noblesse du métier de magistrat réside dans sa prudence à ne condamner que sur la base de preuves solides, des preuves ayant emporté « sa conviction au-delà de tout doute raisonnable » selon une formule anglo-saxonne de droit criminel (*beyond reasonable doubt*). Ainsi, ensuite des attentats de Madrid, Mohammed l'Égyptien, prévenu d'en être l'un des concepteurs, entendit le procureur réclamer une peine de 32'000 ans d'emprisonnement, réclusion qui, même avec une libération conditionnelle, ne laissait que peu d'espoir de sortir vivant de prison. Il fut, le 31 octobre 2007, tout bonnement acquitté, faute de preuve décisive, alors même que les téléphones portables révélaient qu'il était bel et bien en contact avec les exécutants de l'attentat.

¹¹² LE ROY/SCHÖNENBERGER, *Introduction*, pp. 166-167, note 723. Pour notre part, nous doutons de la nature coutumière (surtout eu égard à l'*opinio juris*), et, partant, juridique (puisque sans mention dans le texte de la Constitution soit dépourvu de source *légale*), de cette règle dite constitutionnelle ; mais le droit n'est-il pas pénétré d'opinions et donc de divergences que l'on rassemble traditionnellement sous la dénomination pacifique de « doctrine » ?

Sous-§ 2. Les rapports entre la coutume et la loi

La notion de coutume étant désormais circonscrite, nous pouvons, et devons, envisager les rapports juridiques entre loi et coutume, singulièrement leur hiérarchie.

Cette interrogation reçoit en bonne *théorie* positiviste une réponse évidente : face à une contradiction, à tout le moins une divergence, entre la loi et la coutume, cette dernière doit céder au motif de son *infériorité hiérarchique* face à la loi. Comme toujours en méthodologie juridique, une réponse n'a pas de sens si on n'en fournit pas la *raison*, c'est-à-dire le « pour-quoi ».

La loi étant la plus formalisée des sources formelles, et les formes le critère même de la juridicité pour le positivisme juridique, en découle la supériorité *de principe* de la loi sur la coutume, que corrobore l'ordonnancement des alinéas 1 et 2 de l'art. 1 CC. Seule la loi prend sa source dans l'État, garantissant à ce dernier la maîtrise de cet instrument puisqu'il l'édicte.

Rappelons par ailleurs que les codifications des XVIII^e et XIX^e siècles ont réduit la coutume à une portion congrue, rapportée au quasi-monopole de la loi. Il arrive néanmoins que le législateur lui-même renvoie expressément à la coutume ; ainsi en droit suisse à propos des usages commerciaux. En pratique toutefois, il ne reste plus guère de domaine dans lesquels la coutume serait décisive, l'inflation législative témoignant, au rebours, de l'omniprésence de la loi, à l'exception notoire du droit international public.

Dès lors, dans l'ordre juridique suisse, la coutume vient, en principe, seulement confirmer, préciser ou compléter la loi en cas de lacune (*infra* Tome II, Titre VI, Chapitre 3).

Trois réserves ou « exceptions » à cette supériorité *de principe* de la loi sur la coutume méritent attention.

1) La coutume peut revêtir, le cas échéant et tout à fait exceptionnellement, une force dérogatoire par rapport à la loi : des pratiques considérées comme du droit se développent en contravention avec la réglementation légale de la problématique concernée. La jurisprudence de droit fédéral semble n'en connaître qu'un seul cas, celui « de l'art. 873 aCO qui interdisait de faire figurer le nom d'une personne dans la raison d'une société anonyme. L'usage contraire a persisté et le Tribunal fédéral a fini

par l'admettre (ATF 45 II 633 = JdT 1920 24). Finalement, l'art. 950 CO, qui a remplacé l'art. 873 aCO, a autorisé cette pratique. »¹¹³

- 2) La coutume internationale l'emporte sur la loi nationale, théoriquement à tout le moins, en vertu de la hiérarchie des ordres juridiques entre le droit international public et le droit interne, le droit suisse reconnaissant la *primauté du droit international*, conformément à l'article 5 al. 4 de la Constitution, ainsi qu'aux art. 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst.
- 3) Rappelons encore une fois, que le positivisme juridique, en particulier sa version légaliste, ressortit à une conception du droit typiquement continentale. Les systèmes juridiques anglo-saxons, en particulier la *common law* anglaise, dans la mesure où elle opère principalement et principalement à partir de pratiques – d'où sa qualification de « casuistique » – c'est-à-dire de manière inductive ou *bottom-up*, privilégie au contraire la coutume par rapport à la loi, laquelle n'est pas nécessairement le fruit de la pratique. D'un point de vue méthodologique, il est tout à fait cohérent qu'un ordre juridique fondé sur la casuistique (*bottom-up*) accorde l'éminence juridique, la primauté, à la coutume voire à la jurisprudence, toutes deux constituant des formes de la pratique.

§ 3. La jurisprudence, en tant que source formelle au sens étroit

Le statut de la jurisprudence en tant que source formelle est ambivalent. Tantôt source au sens étroit, tantôt source au sens large, selon l'art. 1 al. 2 et 3 CC respectivement ; nous croiserons donc à deux reprises cette source.

La jurisprudence est constituée de l'ensemble des décisions prises par les autorités investies du pouvoir de dire le droit dans un litige, autorité dite judiciaire ou juridictionnelle.

« Dire-le-droit » traduit précisément « *jurisdictio* », « juri-diction » ou diction du droit : il revient aux juridictions de *dire le droit* par voie jurisprudentielle. L'expression « juris-prudentielle » reflète exactement cette vertu de prudence, de mesure, de réserve, de retenue, qui doit animer le juge : le droit « dit » par la juridiction se doit d'être prudent.

On se gardera de réduire la jurisprudence aux seules décisions émanant d'un « tribunal » ou d'un « juge » ainsi dénommés. D'autres autorités tranchent des litiges juridiques : les autorités administratives, telles le Conseil fédéral, un

¹¹³ LE ROY/SCHÖNENBERGER, *Introduction*, p. 165, note 241.

chef de Département au niveau cantonal (par exemple sur recours contre des notes d'examens universitaires), un préfet (sur recours contre les décisions d'une municipalité par exemple). Autant d'autorités *juridictionnelles* qui se distinguent des tribunaux comme tels.

Nous utiliserons, dans la suite de cet ouvrage, l'expression « juge » comme concept générique ramassant toute autorité en charge de « dire le droit » (« *juris-dictio* ») dans un cas concret, si d'aventure précision n'est point apportée au texte.

Toutes ces autorités sont en charge de l'*application* du droit (loi au sens large et coutume) au cas d'espèce, à l'occurrence soumise à jugement.

En bonne théorie, considéré le principe de la séparation des pouvoirs, ces autorités se contentent d'appliquer le droit et non de le créer ou de l'élaborer : le *législateur* détient le monopole de créer le droit, à l'exception de la coutume.

En pratique, une part de créativité assortit toujours le travail de la « *juris dictio* » puisqu'il s'agit de passer d'une norme *générale et abstraite* à un cas *singulier et concret*, soit de franchir un *saut qualitatif*. On ne saurait trouver, d'un point de vue strictement logique, de passage continu, linéaire, parfaitement déductif, de la loi au cas. Qu'il suffise de mentionner ici, dans le cadre du droit pénal, la nécessaire prise en compte de la personnalité de l'auteur ou des circonstances de l'acte, donnant lieu à des appréciations *singulières*, des évaluations qu'aucun législateur ne peut prévoir dans une *loi*, c'est-à-dire dans une forme *générale et abstraite*. En d'autres termes, il n'existe pas d'application automatique ou mécanique de la loi. Par voie de conséquence, le juge dispose *toujours* d'une *marge d'appréciation* (officielle ou non, reconnue ou non) pour dire le droit *dans* la singularité du cas¹¹⁴.

Cette réalité pragmatique – en cela incontournable – n'empêche pas que les décisions de justice sont souvent présentées sous les espèces du syllogisme comportant A) une majeure – un article de loi – ; B) une mineure – la situation singulière au sein de laquelle on tente d'identifier les éléments constitutifs tels que campés dans l'article de loi (c'est-à-dire dans la majeure) – ; puis, selon un enchaînement qui se veut mécanique, automatique, objectif, logiquement contraignant, C) la conclusion, à savoir la sanction (au sens de l'approche

¹¹⁴ Ce qu'un algorithme est précisément incapable de calculer, de prévoir, l'idiosyncrasie ne pouvant par nature pas être programmée. Le concept de justice prédictive pris à la lettre constitue une faute logique.

juridique de la définition du droit) ou plus généralement le « dispositif » du jugement.

Pareille *présentation* des décisions de justice, pour illusoire qu'elle soit du point de vue de la logique formelle, fonctionne suffisamment bien d'un point de vue opératoire pour être retenue *prima facie* comme le mode général de résolution des cas.

Le positivisme juridique, dans sa prétention à faire science, y souscrit pleinement. Dès lors, conviendra-t-il de s'en tenir à cette *présentation* du raisonnement juridique même si, en *effectuation*, la démarche juridique s'avère infiniment plus raffinée et complexe. La co-fixation ou la co-détermination (réciproque) du *fait* et du *droit*¹¹⁵ comporte une part de *subjectivité*, qu'on se gardera par ailleurs de confondre avec l'arbitraire. Qu'il suffise de mentionner ici l'obligation de motiver, faisant devoir au juge d'explicitier les *raisons* de ses choix, de ses évaluations, en bref de ses *qualifications juridiques*. L'*arbitraire*, lui, ne fournit pas ses raisons, étant le « *fait* du prince » (et justement pas le « *droit* ») ; l'*objectivité* pas non plus puisqu'elle s'impose d'elle-même, sans choix... si elle existe.

Si le syllogisme constituait véritablement le mode de raisonner du juriste, alors le droit se dirait selon le *calcul* et non selon le *jugement*. Relevant du simple calcul, on ne comprendrait pas davantage l'existence des procès, les calculs étant par nature objectifs : ils ne donnent pas lieu à argumentation ; un ordinateur les pourrait effectuer. Par où se révèle une fois de plus la part de *subjectivité* que recèle toute décision de justice.

Cette part de *subjectivité* ou de pouvoir créateur du juge (au sens générique) est même expressément reconnue par le droit suisse, à l'art. 1 al. 2 CC, article célèbre dans le monde pour la lucidité dont il fait preuve. Comment pourrait-il en aller autrement, d'un point de vue pratique, si aucune disposition légale ni coutumière ne permet de trouver solution au cas soumis ?

¹¹⁵ N'est-ce pas dans les *codes de procédure* que l'on trouve les dispositions déterminant comment les *faits* sont fixés devant l'instance saisie ? Or ces codes sont du droit, des lois. C'est donc bien le droit qui permet d'arrêter les faits *pertinents pour le droit* ; où l'on retrouve la figure de l'auto-référence ou auto-fondation ou encore auto-transcendance (*supra* Partie II, Chapitre 3). Des cours de philosophie du droit et d'épistémologie juridique, notamment des réflexions *sur* le droit de la procédure (en particulier sur le droit de la preuve), permettront de pénétrer plus avant la dynamique de l'application de la loi, qui n'est syllogistique que *prima facie*.

Il est même fait devoir au juge, obligation juridique aussi bien que sociale, de trancher tout cas à lui soumis. En d'autres termes, il lui est *interdit* de ne pas trancher un cas entré en sa juridiction : « l'interdiction du déni de justice ». Le Code Napoléon s'exprime sur ce point, comme souvent, avec élégance : « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (art. 4 du Code civil français, dit « Code Napoléon »).

Aussi le juge devra-t-il combler l'absence d'une disposition légale ou coutumière. En pratique, il s'agira d'une lacune de la loi, situation *exceptionnelle* donnant lieu à un comblement *ponctuel*. Le juge procédera dès lors à la création d'une règle de droit, plus exactement au règlement d'un point précis d'une règle de droit, en conformité même avec l'art. 1 CC, bien qu'en délicatesse vis-à-vis du principe de la séparation des pouvoirs. On voit, une nouvelle fois, qu'il convient d'interpréter le principe de la séparation des pouvoirs avec pragmatisme, et non avec fondamentalisme, dans le cadre du travail du juge¹¹⁶.

Il en alla ainsi de la *culpa in contrahendo* ou faute précontractuelle. Dans les années 1990 (emblématiquement l'Arrêt Swissair, ATF 120 II 331), le Tribunal fédéral eut à trancher des situations juridiques dans lesquelles l'un des cocontractants d'un contrat à venir, pendant les négociations, faisait naître des attentes légitimes en le chef de l'autre partie sans avoir l'intention réelle d'aboutir à la passation du contrat. Or, le cocontractant, ayant consenti des dépenses en vue de ce contrat, soumet à la cour une demande de réparation du dommage subi compte tenu de l'absence de bonne foi du cocontractant. Un examen superficiel de la situation aurait pu conclure à l'absence de relation juridique entre les cocontractants tant qu'un contrat n'a pas été passé selon l'art. 1 CO. La Cour, se fondant notamment sur le principe général de la bonne foi (art. 2 CC), considéra qu'il s'étendait aussi à la phase de la négociation d'un contrat, dans la mesure où l'une des parties avait fait naître, par son comportement, des attentes légitimes en le chef de l'autre. Ni la loi, ni la coutume n'avaient réglementé cette phase de négociation « en vue du contrat »

¹¹⁶ Le « s'il avait à faire acte de législateur » de l'art. 1 al. 2 CC souligne la pleine conscience de cette distinction politique comme méthodologique à maintenir : le juge *n'est pas* législateur. Sur cette analyse du « comme si », voir *infra*, Titre 3, Chapitre 3, Section 1, Sous-section 2.

(*contrahendo*). La jurisprudence – dite alors de « droit prétorien » (art. 1 al. 2 CC) – combla cette lacune¹¹⁷.

Dans ce cas de figure, à savoir celui du comblement d'une lacune de la loi (ou de la coutume), la jurisprudence qui crée une règle de droit doit être considérée comme une source formelle du droit au sens étroit, et non comme une simple *information sur* le droit, selon le rôle classique attribué à la jurisprudence, puisque l'élément jurisprudentiel arrêté revêt la structure *générale et abstraite* propre à la loi (ou à la coutume) comblée sur le point en question.

C'est pourquoi on distingue cette jurisprudence de celle de l'art. 1 al. 3 CC (*infra* subdivision suivante), laquelle ne revêt pas d'aspect général et abstrait, n'étant pertinente que pour la situation singulière et concrète soumise au tribunal. Sauf à servir de modèle d'inspiration, selon le verbe ouvrant l'art. 1 al. 3 CC, et par là « faire jurisprudence ». On dénomme classiquement « droit prétorien » la jurisprudence arrêtée au titre de comblement d'une lacune de la loi (ou de la coutume).

La jurisprudence de droit prétorien se démarquera de la jurisprudence selon l'al. 3 dans l'expression déjà, en ce que sa formulation devra revêtir quelque caractère général et abstrait, s'agissant d'un comblement d'une lacune de la loi, elle-même générale et abstraite. Mais étant simultanément une décision de jurisprudence, elle prendra bien place dans le déroulé propre à l'application de la loi dans un cas. La jurisprudence selon l'al. 3 ne revêtira elle-même que ce dernier aspect.

Pareilles situations de comblement ne sont pas fréquentes en droit suisse. Partant, la jurisprudence n'est généralement qu'une source formelle au sens large, et nous allons la réexaminer à ce titre (*infra* subdivision suivante).

Remarquons enfin qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer la jurisprudence en comblement de lacune de la jurisprudence en interprétation d'une loi (*infra* Tome II, Titre VI, Chapitre 3 sur les lacunes), l'interprétation en droit

¹¹⁷ Depuis cette époque, le Tribunal fédéral a abordé la *culpa in contrahendo*, connue de longue date, comme un cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance. Véritablement apparue en 1994 avec l'arrêt Swissair (ATF 120 II 331), la responsabilité fondée sur la confiance a servi de fondement pour trancher la question bien plus ancienne de la *culpa in contrahendo*. Voir N. KUONEN, *La responsabilité précontractuelle : analyse historique : étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels : théorie générale en droit suisse*, Schulthess, Zurich, 2007.

permettant souvent de compléter discrètement la loi pour en permettre l'application pratique à savoir singulière et concrète. (*infra*, Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation)

Sous-section 2. Les sources formelles au sens large

Les sources formelles au sens large fournissent des informations autorisées *sur* les règles de droit, plus exactement sur la compréhension qu'il sied ou qu'il conviendrait d'en avoir, ainsi que sur le droit en général.

Ces sources nous indiquent non seulement comment appliquer le droit ou l'adapter mais encore (en particulier la doctrine) dans quel sens le modifier ou le corriger, voire le concevoir.

On distingue traditionnellement deux sources formelles au sens large : la jurisprudence et la doctrine.

Malgré l'ordonnancement de l'art. 1 al. 3 CC¹¹⁸, dont la lecture de gauche à droite indiquerait d'examiner d'abord la doctrine puis la jurisprudence, nous pensons que l'ordre inverse s'impose. En effet, si du point de vue des informations sur le droit aucune hiérarchie entre elles ne saurait être pertinente – elles sont toutes deux des « autorités du droit » selon certains auteurs –, leur contribution au droit positif n'est pas équivalente.

La jurisprudence n'est que très artificiellement qualifiée d'information *sur* le droit puisque, finalité même de l'application de la loi, la décision de justice appartient nécessairement au droit positif. L'argument confine même à l'évidence pour qui conçoit le droit comme une *praxis* : que pourrait bien être un droit que l'on n'appliquerait jamais ? La décision de justice est en réalité le but ultime du droit dès lors qu'un conflit sourd, moment nodal de la *pratique* du droit que traduit fort pertinemment l'expression « faire jurisprudence ».

Cette disqualification de la jurisprudence, renvoyée au simple rang d'information *sur* le droit, sans être *du* droit « véritable », n'est qu'un reliquat du positivisme juridique légaliste pour lequel, en effet, en théorie tout du

moins, les cas ne sont que détails puisque leur solution est obtenue mécaniquement à partir de la loi, par la « déduction » syllogistique.

À suivre cette vision, on s'expliquerait mal pourquoi les praticiens consacrent une grande partie de leur temps libre à lire la jurisprudence, de nos cours suprêmes en particulier, cantonales ou fédérale. Ils savent qu'en *pratique* (*law in action*) ils devront s'y référer s'ils ont à plaider un cas analogue à une affaire déjà tranchée par l'instance ultime, sous peine de succomber à l'action.

La doctrine, elle, doit peut-être sa relative place de choix à l'avant-projet du CC préparé par Eugen Huber à l'intention du législateur helvétique. L'historien du droit classait la doctrine dans les sources formelles au sens strict¹¹⁹. Et comme lui, le Message du Conseil fédéral du 28 mai 1904 concernant le projet de CC prévoyait à l'art. 1 al. 2 P-CC (Projet CC) : « A défaut d'un texte légal applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, en l'absence d'un droit coutumier, suivant les règles consacrées par la doctrine et la jurisprudence » et à l'art. 1 al. 3 P-CC : « S'il ne peut recourir à aucune de ces sources, il applique les règles qu'il devrait édicter s'il avait à faire office de législateur »¹²⁰.

Là encore, si cette position peut sembler quelque peu étrange dans une perspective de positivisme juridique, ni autorité ni procédure officielle à respecter ne pouvant conférer quelque titre de droit positif à la doctrine, la conception de Huber s'avère parfaitement pertinente dans une vision pragmatique du droit, le praticien – avocats, notaires ou juges, juristes en général – élaborant souvent son argumentation en s'inspirant des auteurs qui ont traité le même sujet.

¹¹⁸ Art. 1 al. 3 (f) : « Il [le juge] s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ». Art. 1 al. 3 (d) : « *Es [das Gericht] folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung* ». Art. 1 al. 3 (i) : « *Egli [il giudice] si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli* ».

¹¹⁹ Des auteurs soutiennent aujourd'hui encore ce point de vue, se fondant sur une philosophie pragmatique du droit, soit le droit comme *praxis* ; voir A. PAPAUX et E. WYLER, « *Legal Theory as a Source of International Law : Doctrine as Constitutive of International Law* » in *The Oxford Handbook on The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 513-541.

¹²⁰ FF 1904 IV 1, 99.

§ 1. *La jurisprudence en tant que source formelle au sens large*

Sous-§ 1. La jurisprudence comme application du droit

À l'instar de la jurisprudence de droit prétorien, la fonction première de la jurisprudence de l'art. 1 al. 3 CC, est d'*appliquer* le droit au cas concret, et non de le *créer*... en bonne théorie.

Cette application constitue le moment fondamental, central du droit : le droit étant une *praxis*, considérant les *pragma-pragmata* (soit une *pragmatique*), les « existants », sa fin ultime réside dans l'application au *cas concret*.

Coutumes comme lois au sens large sont en effet des règles *générales* et *abstraites* élaborées pour des classes ou types de personnes et de situations, et par là même ne visent pas le *singulier* et *concret* comme tel, rôle dévolu à la décision de justice précisément.

Dès lors qu'advient-il lorsqu'un *particulier* se trouve dans une situation *singulière* et requiert des autorités qu'elles lui appliquent le droit, souvent la loi, elle, *générale* et *abstraite* ?

L'autorité de jugement analysera la situation, cherchant à y distinguer les éléments *pertinents* pour le droit, afin d'identifier les règles juridiques propres à résoudre les difficultés soulevées par la situation litigieuse. La reconnaissance des éléments pertinents requiert bien de l'expérience, s'éclaire des jurisprudences passées, pour discerner dans l'immensité de l'ordre juridique les catégories les plus congrues aux faits retenus. Ce sera le moment nodal de la *qualification* juridique des « faits ».

L'autorité de jugement doit parvenir à une solution singulière et concrète à *partir* de règles générales et abstraites, en tirant les conséquences de ces règles *dans* le cas soumis ; elle rend une *décision*, en s'aidant très souvent de la doctrine.

Cet *exercice* de la règle générale et abstraite *dans* le cas singulier concret s'opère, affirme-t-on traditionnellement, selon une *déduction* ramassée dans la figure du syllogisme à l'enchaînement d'une nécessité implacable... rigueur de « logique formelle », exigence nullement requise au reste par le devoir d'*inférer* la solution à *partir* de la loi. D'autres modes d'inférence sont à disposition du juriste que la trop exigeante déduction. Nous nous contenterons

néanmoins, pour l'heure, de cette approximation, la présentation d'autres modes d'inférences (l'induction, l'abduction, l'analogie) requérant trop de développements pour être conduite dans une introduction au droit tout au service des enseignements classiques des branches de droit positif.

Sous-§ 2. La hiérarchie des instances de jugement

L'autorité de la jurisprudence repose en grande partie sur la hiérarchie des instances judiciaires ou juridictionnelles. Conscients de la faillibilité de l'homme, les systèmes juridiques occidentaux non seulement prévoient souvent des autorités collégiales, mais surtout des instances de recours, de sorte qu'une même affaire peut être soumise, en principe, à au moins deux tribunaux différents successivement.

Il existe donc un système généralisé de recours lequel – comme tout ordre – présuppose une *hiérarchie* des instances. La solution du cas telle que jugée par une instance inférieure peut (quasiment) toujours être attaquée, par *recours* devant une instance supérieure qui, ainsi, contrôle le raisonnement conduit par l'instance précédente, par définition inférieure. Deux instances de recours sont parfois prévues, ce qui peut porter à trois le nombre d'autorités saisies successivement de la même cause. Il peut arriver qu'une quatrième instance connaisse de l'affaire, lorsque des droits de l'homme sont en jeu, et qu'à ce titre la décision du Tribunal fédéral soit attaquée devant la Cour européenne des droits de l'homme.

La décision la plus forte, *ultime* en ce qu'elle met *juridiquement* fin au litige, est évidemment celle rendue par l'instance la plus élevée. En bonne logique, ce sont avant tout les décisions de la dernière instance qui font jurisprudence soit, pour le droit suisse, de par la structure fédérale de notre État, les décisions des tribunaux cantonaux, ou les décisions du Tribunal fédéral, toutes questions relevant du droit de la procédure que nous n'aborderons pas ici.

L'obligation faite au juge inférieur de suivre la jurisprudence des cours supérieures a pour conséquence que les décisions des juridictions suprêmes s'imposent et deviennent alors une manière officielle – *autorisée* – de comprendre et d'appliquer le droit dans une catégorie de situations typiques, dans les cas *semblables* ou *analogues*.

Cette obligation de respecter la jurisprudence des tribunaux supérieurs ne revêt certes pas la force contraignante qu'elle connaît en *common law*, la « règle du précédent » y étant très strict.

À défaut d'une force si rigoriste, l'obligation pesant sur le juge inférieur en droit continental est *de facto* stricte. Si le juge inférieur s'écarte de la jurisprudence des instances supérieures, rien n'empêche la partie qui succombe à cette instance de recourir à l'instance supérieure afin qu'elle tranche le cas en conformité avec sa propre jurisprudence. Aussi, de manière pragmatique, est-il rare que le juge inférieur s'écarte de la jurisprudence des tribunaux hiérarchiquement supérieurs. Et s'il s'y employait, il devrait alors produire une motivation très sérieuse, exposée à même le jugement, en conformité avec l'obligation de motiver toute décision.

Si le changement d'interprétation de la loi (ou de la coutume) décidée par l'autorité inférieure est confirmée par les juges de l'instance supérieure, alors la première décision fera jurisprudence, donnant naissance à une nouvelle solution jurisprudentielle. Toutefois, cette nouvelle solution, dans l'hypothèse où elle se trouverait attaquée devant l'instance supérieure, laquelle viendrait la confirmer, déplacerait l'autorité de la nouvelle jurisprudence de l'instance inférieure vers l'instance supérieure « ultime ».

Au rebours, schématiquement, si les juges supérieurs sont en désaccord avec la décision de l'instance inférieure, ils « casseront » - « casser » signifie rendre nulle la décision attaquée - si le code de procédure leur ouvre cette possibilité ou « réformeront » - « réformer » signifie arrêter une solution autre que celle décidée par l'instance inférieure - la décision attaquée en rendant une nouvelle décision conforme à l'ancienne jurisprudence (ou, éventuellement, en consacrant une nouvelle interprétation). L'ancienne jurisprudence sera donc confirmée (contre la décision de l'instance inférieure), se trouvant de la sorte renforcée. Les juges peuvent encore renvoyer l'affaire à l'instance inférieure en lui donnant des instructions quant à la solution à arrêter.

Lorsque les juges répètent une solution similaire d'affaires analogues en affaires analogues, à savoir que l'interprétation de la loi demeure semblable d'un cas à l'autre, alors cette jurisprudence pourra être qualifiée de « constante » ou de « ferme ». Elle sera, d'un point de vue psychologique et rhétorique, d'autant plus difficile à modifier, sorte de mise en garde à l'endroit des plaideurs téméraires. D'où l'expression consacrée (dans les arrêts du Tribunal fédéral notamment) : « il est de jurisprudence constante que... ».

Pareille configuration n'interdit toutefois pas un changement de jurisprudence. C'est dire que, par sa nature même, la jurisprudence s'avère changeante. Raison pour laquelle la doctrine majoritaire ne lui reconnaît que le simple rang d'*autorité du droit*. Raison pour laquelle aussi elle suscite une certaine

réticence de la part du positivisme juridique légaliste qui se refuse à l'élever au rang de source formelle au sens strict.

Sans doute cette plasticité ou mouvance de la jurisprudence doit-elle être contenue afin de ne pas sombrer dans l'anarchie, « *an-arche* », c'est-à-dire l'absence de principe, de règles¹²¹. Nous retrouvons ici la valeur cardinale de la sécurité juridique. En le chef de la Cour suprême, la sécurité juridique ne repose que sur la bonne volonté du Tribunal fédéral, lequel fait *grosso modo* preuve de cohérence.

§ 2. *La doctrine*

La doctrine, comme son nom le laisse entendre, est l'œuvre des doctes (*doctus* signifie savant en latin), écrits des savants du droit, de ses docteurs.

D'une manière synthétique, nous pouvons définir la doctrine comme l'ensemble des opinions, avis, arguments, raisonnements, commentaires, critiques, élaborées par les juristes *sur* le droit, à savoir portant sur des questions juridiques, en particulier *sur* les règles telles qu'élaborées par l'autorité législative et interprétées par l'autorité judiciaire.

La référence aux « opinions » éclaire la réticence du positivisme juridique à classer la doctrine parmi les sources formelles au sens étroit : affaire d'opinion, elle ne peut que varier, n'offrant aucune assise définitive ; d'où son lieu, à l'art. 1 al. 3 CC.

La doctrine juridique n'émane en principe que de juristes et, si l'on veut être puriste, de docteurs en droit, la thèse de doctorat signant l'entrée en doctrine, comme on entre dans les ordres.

Partant, l'appréciation d'un médecin concernant l'application d'une règle de droit, par exemple de ce qu'il conviendrait de faire dès lors que le consentement éclairé d'un patient ne peut être obtenu du fait de sa perte de conscience, n'entre normalement pas dans la doctrine juridique. Pour important que soit son avis, jusqu'à convaincre la doctrine de proposer une modification de la règle de droit le cas échéant ou de son interprétation, il n'est généralement pas reçu comme une source formelle au sens large.

¹²¹ « *Archè* » en grec signifie commencement, début, (premier) principe, commandement ; « a- » ou « an- » marque la privation ; d'où anarchie : sans principe (organisateur).

Aussi la doctrine juridique se trouvera-t-elle, dans sa quasi-totalité, développée dans les ouvrages juridiques sous la forme de traités, de commentaires, de monographies (dont les thèses de doctorat), de précis, d'Actes de colloques ou de journées d'études, d'articles dans les mélanges, dans les revues généralistes ou spécialisées, revues « papier » ou électroniques, dans les notes des codes annotés et autres sources numériques. On rencontre parfois des articles de doctrine dans des revues non-juridiques. Par exemple, un article sur le consentement éclairé du patient ou la responsabilité des médecins par un juriste spécialiste du droit médical dans une revue de médecine ; ou un article de droit fiscal dans une revue d'experts-comptables.

La doctrine s'avère précieuse dans le cadre de l'obligation de motiver ; les instances judiciaires la citent en abondance.

Elle joue un rôle fondamental dans la compréhension du droit et dans l'orientation de son évolution, portant alors aussi bien sur la loi que sur la jurisprudence.

Ce rôle de première importance est parfaitement rendu en droit international public. L'art. 38 du Statut de la Cour internationale de justice¹²², l'analogie de notre art. 1 CC mais pour les différends internationaux, porte en son al. 1 lit. d : « [...] les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Tous les spécialistes du droit international public, à savoir les « publicistes », n'y sont pas considérés de même niveau, certes tous « qualifiés », mais certains plus que d'autres (« *les plus qualifiés* »).

Cette différence rend bien la notion romaine d'*auctoritas*, l'« autorité » fondée sur le savoir de quelqu'un considéré plus compétent que les autres dans un domaine donné et qui, par là même, les aide à (se) grandir, à s'améliorer, à être les auteurs d'eux-mêmes, à augmenter ; toutes notions contenues dans le latin *auctor* (celui qui augmente, qui accroît ; auteur). Rares sont les auteurs toutefois à élever la doctrine au rang de véritable source formelle (au sens étroit) alors que l'*interprétation* du droit (de la loi notamment), à savoir la pratique, lui doit tant¹²³.

¹²² Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945 (RS 0.193.501).

¹²³ Dans le sens d'une pleine considération de la doctrine, on lira notamment A. PAPAUX et E. WYLER, « Le droit international public libéré de ses sources formelles : nouveau

Quelle que soit son importance, et elle est grande, la doctrine ne *crée* jamais le droit, dans la perspective positiviste à tout le moins. Elle peut suggérer une règle, indiquer du « droit désirable » ou *lex ferenda* (*infra* Titre III, Chapitre 1). Mais tant que cette suggestion n'est pas assumée par une source formelle au sens étroit ou par la jurisprudence, elle demeure un simple conseil, fût-il des plus avisés.

Sous-section 3. Richesse de l'art. 1^{er} CC

Cet aperçu des sources formelles, tant au sens étroit qu'au sens large, épuise l'art. 1 CC pour ce qui a trait à la *mention des diverses sources*, rappelant que les principes généraux n'y figurent pas, contrairement à l'art. 38 al. 1, lit. c du Statut de la Cour internationale de justice. L'art. 1 CC recèle toutefois tant de richesses méthodologiques et culturelles que nous le rencontrerons encore (*infra* Titre III, Chapitre 3, Section 1) : et sous la forme de la *hiérarchie des sources du droit* ; et sous l'espèce d'un guide pour l'*interprétation du droit* que nous aborderons à travers les méthodes d'interprétation et la dernière d'entre elles, selon le Tribunal fédéral, qui consiste précisément en l'absence de toute *méthode* d'interprétation, le *Methodenpluralismus* (*infra* Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation).

Sous-section 4. Où trouver matériellement les différentes sources

§ 1. La loi au sens large

« Nul n'est censé ignorer la loi », sentence constituant l'un des principes cardinaux de l'Etat de droit, il convenait de publier intégralement tout le droit écrit. Or, le droit écrit se définit précisément comme la loi au sens large dans la conception positiviste que nous suivons ici. Eu égard, de surcroît, à la structure fédérale de la Confédération helvétique, il siéra de déterminer quel est le niveau pertinent afin de consulter les recueils systématiques et autres recueils officiels du niveau étatique correspondant à la question juridique posée.

regard sur l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice » in *Revue belge de droit international*, 2013, n° 2, pp. 525-584 ainsi que « *Legal Theory as a Source of International Law : Doctrine as Constitutive of International Law* », in *The Oxford Handbook on The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 513-541.

Confédération et cantons tiennent leur recueil systématique aussi bien sous la forme électronique que sous la forme papier. Qu'advient-il si, d'aventure, ces deux formes de publication devaient diverger quant au contenu d'un article de loi ?

La Loi sur les publications officielles¹²⁴ prévoit en son art. 15 al. 2, consacré au « Version faisant foi », que « [l]a version publiée sur la plate-forme fait foi », l'al. 1 renvoyant à l'art. 2 pour la définition d'« acte de la Confédération ».

Si la question juridique relève du droit fédéral, les textes de loi concernés devront être consultés dans les trois langues officielles (l'allemand, le français et l'italien ; le romanche étant une langue nationale mais point officielle ou partiellement), étant donné que chaque version linguistique fait foi ou, dit autrement, aucune ne l'emporte sur les autres comme telle (voir *infra* Tome II, Titre VI, Chapitre 1, Section 1), quand bien même certaines versions ne sont-elles que la traduction du texte discuté par les Chambres fédérales.

On consultera bien évidemment aussi la Feuille fédérale, laquelle fournit des informations précieuses sur le sens de la loi. Le juriste vouera ainsi sa meilleure attention aux messages du Conseil fédéral, notamment, en se gardant d'oublier qu'il s'agit de la parole du pouvoir *exécutif* et non du pouvoir *législatif*, quand bien même l'administration fédérale eût-elle préparé le projet de loi dans son intégralité.

Les moteurs de recherche constituent de vaillants *auxiliaires*, pour autant qu'on sache que leur demander, ce qui suppose d'avoir analysé *juridiquement* la situation *avant* de dégainer le clavier, en particulier de s'être remémoré les catégories juridiques possiblement pertinentes pour résoudre le cas ; sauf à risquer la noyade numérique.

En cas de panne de la version électronique, ne restera plus qu'à consulter la version papier ou à requérir du juge une prolongation du délai pour le dépôt des actes de procédure.

§ 2. *La coutume*

Les coutumes sont, de par leur nature de processus, difficiles à établir. Source très majoritaire durant le Moyen-Âge, les codifications nationales ne

¹²⁴ Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale du 18 juin 2004 (« LPubl », RS 170.512).

commençant de manière substantielle qu'au XIX^e siècle, les juristes y développèrent plusieurs stratégies pour rapporter la preuve des coutumes. Des recueils de coutume dits « costumiers » (coutumiers) colligeaient des coutumes en vigueur dans une contrée circonscrite, à une époque donnée ; ou encore les « enquêtes par turbe », procédures au cours desquelles des notables étaient interrogés sur l'existence et les modalités des coutumes dont ils avaient connaissance.

Aujourd'hui, dans les systèmes juridiques à dominante positiviste, l'existence de la coutume sera prouvée par sa consécration dans une jurisprudence, au bénéfice de la force de chose jugée qui y est attachée, ou sera fortement suggérée par une doctrine unanime par exemple.

§ 3. *La jurisprudence*

Les revues topiques en matière de jurisprudence dépendent là aussi largement de l'autorité concernée : cantonales ou fédérales ? Il faudra en outre déterminer la nature ou le type d'autorité concernée : un tribunal (ou un juge) ou une autorité administrative (le Conseil fédéral, un préfet), puis, en leur sein, le niveau pertinent (pour les décisions administratives, par exemple gouvernement, département, office, service, etc.).

La jurisprudence du Tribunal fédéral, notre Haute cour, est disponible sous forme électronique sur le site du Tribunal fédéral. La version papier se « contente », elle, de consacrer les « arrêts de principe », ceux que le juriste doit connaître absolument. Certains de ces arrêts se trouvent traduits et commentés dans des revues spécialisées, en particulier le journal des tribunaux ou la semaine judiciaire pour la Romandie.

§ 4. *La doctrine*

La doctrine se trouve dans différents types d'ouvrages, tels ceux mentionnés ci-dessus.

Le juriste consultera encore le Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale selon ses deux chambres ou le Bulletin (cantonal) du Grand Conseil, comme informations *sur* le droit.

Maintes *jusletters* (newsletters juridiques) sont également disponibles pour suivre l'actualité de la doctrine (ainsi que de la jurisprudence).

Sous-section 5. Les principes généraux du droit : une source du droit négligée

Si maints codes civils étrangers consacrent, dans l'article traitant des sources formelles du droit, les principes généraux – à l'instar du Statut de la Cour internationale de justice (art. 38 al. 1 lit. c) –, l'art. 1 CC les ignore, marque supplémentaire, s'il en était besoin, de l'orientation positiviste (légaliste) du droit suisse en son critère implicite de la maîtrise par le législateur. Eu égard à cette obédience, les principes généraux ne pouvaient qu'apparaître « atypiques », comme le soulignent Y. LE ROY et M.-B. SCHÖNENBERGER.

La notion de principes généraux du droit est connue depuis fort longtemps, du droit romain notamment, mais a récemment pris un sens nouveau et vu son blason redoré.

Au sens classique de principe généraux, élaborés selon une méthode inductive (*bottom-up*), s'est ajouté aujourd'hui un sens plutôt jusnaturaliste, développé *top-down* selon une voie « déductive » (*top-down*).

§ 1. Les principes généraux induits (« *bottom-up* »)

Souffle ici l'esprit du droit entendu comme *ars juris* : la pensée part de cas particuliers ou de situations juridiques singulières, pour en inférer, par comparaison et analogie, une règle générale propre à guider les espèces futures ou trancher les litiges pendants. Les principes généraux reflètent du point de vue subjectif « l'esprit de système » des juristes ; du point de vue objectif l'ordre interne, la cohérence conceptuel du Droit.

Ainsi, de ce que les jugements deviennent définitifs, après épuisement du délai de recours s'il existe (force de chose jugée¹²⁵), on en induit¹²⁶ le principe en vertu duquel on ne peut pas remettre en cause, juridiquement parlant, une même affaire, sauf faits nouveaux. Il en va notamment de la sécurité juridique. Cette règle est devenue un principe cardinal du droit pénal sous la forme de

¹²⁵ Sur la notion de « force de chose jugée », *infra* Titre III, Chapitre 2, Section 3.

¹²⁶ Et non pas « déduit » suivant une formule aussi répétée qu'erronée : une « déduction *bottom-up* » n'est rien moins qu'un oxymore, contradiction dans les termes illustrés par l'art. 8 CC notamment. La déduction est en effet, par nature, un mode d'inférence descendant, *top-down*.

l'adage « *ne bis in idem* » (art. 11 al. 1 CP) : nul ne peut être puni deux fois pour la même infraction.

Comme nous l'avons brièvement vu, de l'existence de cas d'abus de droit (art. 2 CC), le Tribunal fédéral a établi par voie prétorienne un principe général de respect des attentes légitimes qu'une partie a pu faire naître par son comportement en le chef de l'autre dès avant la conclusion du contrat, c'est-à-dire dans la phase de négociation : « *culpa in contrahendo* » ou « faute précontractuelle ». Cette création de droit prétorien est d'autant plus remarquable que, du point de vue du droit des obligations, aucun lien juridique formel ne lie encore les parties durant la phase de négociation puisque le contrat ne sera parfait que par un échange de volontés réciproques et concordantes selon l'article 1 CO.

De manière générale, doctrine et parfois jurisprudence vouent leurs soins à faire apparaître la logique implicite suivie par les tribunaux ou la pratique des acteurs juridiques dans une série de cas analogues. L'existence d'une telle logique se trouve souvent consacrée dans des formules habiles, adages ou aphorismes, maximes ou brocards.

Ainsi « nul ne peut être juge et partie », fondant l'obligation de récusation du juge en matière de droit procédural. « Pas d'égalité dans l'illégalité » : un sujet de droit ayant, par l'inadvertance de quelque autorité, bénéficié d'un droit indu, une autre personne se trouvant dans une situation analogue ne peut réclamer d'être mise au bénéfice du même traitement (illégal par hypothèse). Ou « Nul n'est censé ignorer la loi ». Le droit pénal connaît de nombreux adages. « *Nullum crimen sine lege* » : pas de crime sans loi ou principe de la légalité des délits et des peines, ou « *nulla poena sine lege* », le principe de la légalité de la peine. « *In dubio pro reo* » : le doute doit profiter à l'accusé ou présomption d'innocence. Encore : « *ne bis in idem* », avons-nous vu.

On retrouve ici le droit comme sédimentation des cas les plus fréquents, les régularités ou *regula*, en consonance avec la doctrine aristotélicienne du droit, en particulier avec son droit naturel inductif et pragmatique, couché ici en aphorisme.

On loue volontiers le droit romain pour sa nature casuistique, pragmatique, en bref inductive. Le jurisconsulte Paul avait parfaitement saisi l'esprit des principes généraux *bottom-up*, ainsi que le rappellent fort à propos LE ROY et

SCHÖNENBERGER : « Le droit n'est pas fondé sur le principe général (la règle) mais c'est le principe général qui est tiré du droit »¹²⁷.

La généralisation peut aussi s'opérer à partir de règles générales.

Ainsi de l'égalité devant la loi, principe constitutionnel couché à l'art. 8 Cst., on peut inférer un principe général du droit imposant d'entendre de la même manière les différentes parties à un procès, c'est-à-dire donner à chacune les mêmes chances de faire valoir sa cause, présenter son point de vue : le fameux « *audiatur et altera pars* » ; principe que la vindicte populaire oublie souvent, qui lapiderait volontiers le violeur pédophile ou le tyran déchu sans procès régulier, ce qui contrevient à l'idée d'*État de droit*. Cette dernière expression consacre elle-même un principe général désormais inscrit dans la Constitution (art. 5 Cst.).

Les principes généraux du droit peuvent régir des situations pour lesquelles la loi n'a initialement rien prévu (« pré-vu », vu à l'avance). Ainsi, le principe de la bonne foi consacré par les art. 2 et 3 du Code *civil*, codification du droit *privé*, comme son nom et la note marginale l'indiquent, est reconnu valoir pour l'ensemble du droit, privé comme public. Partant, l'extension de sa validité à l'ensemble de l'ordre juridique suisse ne pouvait qu'être le fruit d'une jurisprudence¹²⁸.

Les principes généraux ont « force de loi », qu'ils soient tirés (induits) de la comparaison entre des cas considérés analogues ; inférés de lois ; ou encore utilisés pour combler une lacune via l'exercice du droit prétorien, à l'instar de la *culpa in contrahendo*.

Eu égard à la complexité, en particulier juridique, du monde actuel, les juristes reviennent toujours plus volontiers à ces principes généraux induits.

¹²⁷ *Non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (Digeste 50, 17, 1) cité par LE ROY/SCHÖNENBERGER, *Introduction*, p. 173. Les juristes romains éminemment pragmatiques (droit *casuistique*) se méfiaient des définitions ; ainsi Iavolenus, dans le Digeste 50, 17, 202, peut-il écrire « *Omnia definitio in iure civili periculosa est* ». Ce qui conduit, en bonne méthodologie, à considérer que le droit conçu par principes (généraux) requiert toujours une analyse, une confrontation, une évaluation du cas par rapport à la régularité des cas précédents (analogie), tandis qu'un droit conçu et appliqué sur la base de définitions s'exerce, en stricte théorie, selon une application mécanique... ce qui constitue une vue de l'esprit.

¹²⁸ ATF 83 II 345 = JdT 1958 I 194.

Les principes généraux déduits *top down* procèdent d'une toute autre démarche, peu ou prou inspirés par le jusnaturalisme.

§ 2. *Les principes généraux déduits (« top down »)*

Nous avons vu, à la faveur de l'approche philosophique, plus particulièrement de l'École jusnaturaliste, que la seconde guerre mondiale, par ses indicibles horreurs, a réactualisé une certaine aspiration jusnaturaliste dans les droits occidentaux.

Cette aspiration va se traduire dans des *principes généraux* qui ne sont pas du droit édicté mais du droit qui, d'une certaine manière, parfois fictive, revêt une existence transcendante, au-delà du monde des hommes, échappant à leur libre volonté, comme s'imposant à eux.

Les droits de l'homme en sont exemplaires : nul État ne peut disposer de la dignité humaine d'une personne. On l'a foulé pourtant aux pieds, des camps de concentration et d'extermination au bombardement de Dresde ou aux explosions atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki. Les droits de l'homme ne furent donc pas inférés de pratiques (lesquelles manquaient cruellement) mais tirés d'idéaux transcendants qu'aucun droit positif ne peut remettre en cause, en théorie.

Les principes généraux *top down* sont de plus en plus souvent invoqués en droit contemporain. Suivant LE ROY et SCHÖNENBERGER¹²⁹ : « Les principes généraux du droit expriment des valeurs philosophiques sur lesquelles repose, ou devrait reposer, le système juridique de l'État dans les pays de civilisation occidentale ». L'expression « devrait reposer » traduit bien l'orientation idéaliste, à tout dire jusnaturaliste, de ces principes généraux.

Le droit international public les consacre même explicitement à l'art. 38 al. 1, lit. c du Statut de la Cour internationale de justice, indiquant que le juge doit appliquer « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». L'expression « reconnus » est ambivalente dans la mesure où elle désigne aussi bien des principes généraux *posés et consacrés* par la volonté humaine que des principes généraux transcendants, jusnaturalistes, que le législateur se contente de « re-connaître » sans les créer.

¹²⁹ LE ROY/SCHÖNENBERGER, *Introduction*, p. 175.

Le formalisme des juristes peut parfois prêter à sourire et la rigueur de leur langue aux reproches de pédantisme. Il n'empêche que la modification d'une seule lettre emporte changement du régime légal mobilisé. Ainsi en droit international public distinguera-t-on avec grand soin les principes généraux de droit des principes généraux *du* droit (international public).

Les principes généraux *de* droit désignent des principes juridiques consacrés dans tous les systèmes juridiques des nations désignées comme civilisées, « une sorte de *sens commun des lois internes* »¹³⁰ et par là plutôt induits.

Les principes généraux *du* droit devront se comprendre, eux, *dans ce contexte*, comme les principes généraux du droit existant immédiatement sur le plan du droit international public, à la différence de principes importés des droits internes, par comparaison notamment. Ainsi trouve-t-on au fondement de l'ordre juridique international moderne la notion de souveraineté « absolue » des États, empêchant d'asseoir quelque entité juridique au-dessus d'eux (sous les réserves du Chapitre VII de la Charte de l'ONU¹³¹). Le droit à l'autodétermination des peuples constitue lui aussi un principe du droit (international public), de même que la fameuse mise hors la loi de la guerre ou interdiction du recours à la force, au respect chancelant.

Pourquoi préférer, pour l'interdiction du recours à la force, la qualification de « principe général » du droit international public à celle de « coutume » ? La coutume n'est-elle pas de rang plus élevé dans l'ordonnement des sources formelles de l'article 38 al. 1 du Statut de la Cour internationale de justice ? C'est tout l'esprit juridique qui se reflète dans la réponse : le nombre élevé de conflits armés que connaît chaque année le monde ruine le premier élément constitutif de la coutume, la *longa consuetudo*, tout en rendant douteux le second élément constitutif, l'*opinio juris sive necessitatis*, la conviction d'être lié par une règle juridique contraignante. La qualification de « principe général *du* droit international public » met l'interdiction du recours à la force à l'abri de l'épreuve des faits : transcendant, il ne peut être démenti par la pratique.

Quoi qu'il en soit, le ressort méthodologique des principes généraux réside toujours en le juge, éclairé par la doctrine cas échéant, en sa sagacité à

¹³⁰ P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public » in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, tome 297, p. 181.

¹³¹ Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120).

« reconnaître » des principes généraux de droit ou du droit et les consacrer en ses jugements.

Il va sans dire que le droit interne connaît lui aussi cette faveur nouvelle des principes généraux *top-down*, à l'exemple éminent de la dignité humaine, les principes généraux *bottom-up* étant connus et exercés depuis des millénaires. La complexité extrême des situations sociales, l'intrication des lois, oblige souvent à remonter aux principes généraux pour esquisser la ligne générale de la solution juridique à apporter au différend soumis.

§ 3. *Principes généraux et « gouvernement des juges »*

Maints auteurs craignent en ce domaine un « gouvernement des juges » entendu à la mode de l'Ancien Régime, à savoir l'arbitraire pur et simple régnant en maître, si tant est que l'histoire du droit nous enseigne si mauvaise conduite à propos des anciennes « bouches de la loi », à savoir les « Parlements » d'Ancien Régime qui étaient des tribunaux. Ni à la botte du roi, ni au son du « bon plaisir », les juges « bouches de la loi » exprimaient alors les exigences de lois supérieures au roi, lois divines ou lois du Royaume de France. C'est le positivisme légaliste qui a dressé la caricature du juge perroquet répétant devant les parties, à l'oral, par sa voix, ce que l'écrit dicterait, la parole de la loi. Cette conception servile du juge est le fruit même du légalisme dont le caractère idéologique, non-pragmatique, est ici patent.

En d'autres termes, dans le « gouvernement des juges », les magistrats se substitueraient au législateur, faisant le droit au lieu de simplement l'appliquer. Il s'agit-là d'une vision excessivement formaliste du droit et du principe de la séparation des pouvoirs, par contraste remarquable avec les *checks and balances* de la *common law* : l'important ne réside pas dans la séparation absolue – en cela illusoire – des pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif mais dans la réalité de contre-pouvoirs au sein même de chacun notamment et entre eux évidemment. Les sectateurs de ce formalisme oublient que le juge agit pour toutes les affaires graves en collège, qu'il doit motiver ses décisions (ce qui réduit de beaucoup les risques d'arbitraire), qu'il sera contrôlé par les cours supérieures. Au reste, comment expliquer l'existence de tribunaux administratifs : n'est-ce pas le judiciaire jugeant l'exécutif, rendant ce dernier moins absolu vis-à-vis de lui mais pas pour autant dépendant ?

Théorie et pratique du droit

Jean-François Dumoulin
Gabriel Frossard

Les sources du droit,
la documentation juridique et
l'informatique documentaire

Introduction aux sources documentaires du droit suisse

BCU/F
No d'exemplaire
7002
Dr CA/CH 23 g DUMO 1992 > TDB
36658
1546600
KUB/F



S. 21
CA/CH
23 g
DUMO
1992

Editions Helbing & Lichtenhahn
Bâle et Francfort-sur-le-Main

2. Le droit suisse

2.1. Un droit d'essence romano-germanique

Bibliographie choisie :

DAVID, René. - Les grands systèmes de droit contemporain. 9e éd. Camille Jauffret-Spinozi. - Paris : Dalloz, 1988.

90. Le droit suisse appartient à la famille du droit romano-germanique, ainsi désignée par une référence historique aux universités des pays latins et des pays germaniques qui, au cours du Moyen-Age, s'employèrent à élaborer, à partir des compilations du droit romain, une science du droit commune à tous et adaptée à l'évolution de la civilisation occidentale.

91. Ce système est propre à l'Europe continentale. Il se rencontre également sous d'autres latitudes lorsqu'il a été apporté par les puissances européennes, à l'occasion de leurs campagnes de colonisation.

92. Il est caractérisé, notamment, par l'importance des codifications et la primauté que revêt la loi en tant que source de droit, par opposition à la coutume ou à la jurisprudence.

2.2. Fédéralisme, démocratie et libéralisme

Bibliographie choisie :

DOMINICE, Christian. - Fédéralisme, démocratie et constitution. In : Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie : Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi. - Zürich : Schulthess, 1979; p. 65-77.

KNAPP, Blaise. - Le fédéralisme. - Basel : Helbing & Lichtenhahn, 1984. (Rapports et Communications / Société suisse des juristes, 1984, fasc. 3), a paru également dans : Revue de droit suisse, 1984, vol. 103 t. 2, p. 275-430.

93. La Suisse s'est dotée en 1874 d'une constitution qui en fait un Etat fédéraliste, démocratique et libéral (Voir N° 192 ss).

94. Le fédéralisme est un système politique dans lequel un Etat central partage avec les collectivités qui forment cet Etat les diverses compétences législatives, administratives et juridictionnelles (Voir aussi N° 156 ss).

95. Un Etat est qualifié de démocratique lorsqu'il s'efforce aussi assidûment que possible de mettre en pratique la doctrine politique selon laquelle la souveraineté doit appartenir à l'ensemble de ses citoyens.

96. La démocratie est directe si le peuple adopte lui-même les lois, prend les décisions importantes et choisit lui-même les agents d'exécution; c'est le cas, sous diverses formes, des cantons qui réunissent des "Landsgemeinde" (Voir N° 400). Elle est indirecte (ou représentative) lorsque le peuple se borne à élire des représentants qui forment un parlement (Voir N° 206 et N° 398 ss).

97. La Suisse connaît un régime de démocratie semi-directe, qui associe les deux systèmes : le peuple élit ses représentants, mais il est cependant appelé à statuer sur certaines lois, par le biais d'institutions politiques prévues à cet effet, en particulier le référendum. (Voir N° 238 s.).

98. La garantie des libertés individuelles, le respect de la libre concurrence et de la liberté du travail sont les marques du libéralisme.

99. Toutes ces caractéristiques trouvent leurs prolongements dans l'ordre juridique suisse. Le fédéralisme, en particulier, exerce une influence directe sur les sources du droit suisse, car il implique la coexistence d'une Confédération, de cantons et de communes qui détiennent chacun une part de souveraineté selon une répartition définie dans la Constitution fédérale et dans les constitutions et législations cantonales.

2.3. Plurilinguisme

100. La Suisse présente, en outre, la particularité d'être un Etat qui, sur un territoire exigü, reconnaît quatre langues nationales et utilise trois langues officielles (art. 116 Cst.). De même, plusieurs cantons sont bilingues, voire trilingues. Ce plurilinguisme a d'évidentes répercussions juridiques.

101. Les textes législatifs et réglementaires fédéraux sont rédigés dans les trois langues officielles, en français, en allemand et en italien, chacun des textes faisant foi. Certaines divergences minimales peuvent toutefois surgir selon les versions; il n'empêche que les trois textes doivent être considérés comme l'expression du même et unique droit.

102. Il existe au surplus des versions romanches, parfois partiellement désuètes, de la Constitution fédérale, du Code civil, du Code des obligations, du Code pénal, ainsi que de différentes lois fédérales. Bien que ces traductions soient faites sur mandat de l'administration, elles n'ont pas la même valeur juridique que les textes publiés dans les trois langues officielles (voir le Message du Conseil fédéral du 29 juin 1983 concernant une loi fédérale sur les recueils de lois et la Feuille fédérale, FF 1983 III p. 453).

103. L'Annexe N° 1 présente une liste complète des textes récents publiés en édition romanche par la Chancellerie fédérale et de ceux dont la traduction est envisagée. (Voir p. 281 ss).

104. Quant au droit cantonal, il est rédigé dans la ou les langues officielles du canton considéré. Au sein des vingt-six cantons suisses, dix-sept sont officiellement germanophones et quatre francophones, à savoir Genève, Jura, Neuchâtel et Vaud; trois sont bilingues, Berne, Fribourg et Valais; un seul est trilingue, le canton des Grisons, et un seul également italophone, le Tessin.

105. Les décisions des tribunaux sont rendues dans la langue officielle du canton ou, si elles émanent du Tribunal fédéral ou d'une juridiction d'un canton plurilingue, dans la langue des parties (Voir N° 488).

106. Enfin, les auteurs d'ouvrages ou d'articles de doctrine rédigent dans la langue de leur choix et les traductions de ces textes constituent une exception.

2.4. *Le droit suisse et ses dimensions internationales*

107. Le droit suisse n'est pas le seul droit dont l'application soit faite en Suisse. En vertu de la loi ou de la volonté des parties, un droit étranger peut y déployer ses effets. La connaissance du droit étranger, au moins dans ses principes, est dès lors d'une utilité certaine.

108. Inversement, un juriste étranger peut être amené à faire usage du droit suisse hors de nos frontières ou à en débattre avec des partenaires étrangers. Afin d'en assurer une meilleure diffusion et d'en faciliter la compréhension, certains textes de lois suisses à vocation internationale sont disponibles en anglais; ces traductions ne revêtent toutefois pas un caractère officiel.

109. En Annexe N° 2, on trouvera une liste, forcément non exhaustive, des principaux textes de lois qui ont fait récemment l'objet d'une publication en traduction anglaise (Voir p. 285 ss).

3. Les sources du droit

3.1. *En général*

Bibliographie choisie :

The sources of law : a comparative empirical study : national systems of sources of law. Ed. by Chantal Kourilsky, Attila Rácz et al. - Budapest : Akadémiai Kiado, 1982.

BÜHLER, Theodor. - Rechtsquellentypen. - Zürich : Schulthess, 1980.

BÜHLER, Theodor. - Rechtserzeugung, Rechtserfragung, Legitimität der Rechtsquellen. - Zürich : Schulthess, 1985.

110. La plupart des auteurs s'accordent à dire que l'image des "sources" est heureuse en ce qu'elle évoque le jaillissement du droit. En remontant à ses sources, le juriste découvrira en effet la réponse aux questions qu'il se pose quant aux origines du droit. Ces sources peuvent être envisagées sous divers aspects.

3.2. *Les sources réelles*

111. Constituent les sources réelles du droit tous les phénomènes de la vie sociale - politiques, philosophiques, économiques, culturels, moraux, etc. - qui concourent à définir le contenu des règles juridiques.

112. C'est ainsi, à titre d'exemple, que les difficultés rencontrées par les locataires dans la quête d'un logement cédé pour un loyer raisonnable sont une des sources du nouveau droit suisse du bail. De même, les graves atteintes portées à la nature ont suscité, en Occident, l'émergence des mouvements écologistes qui ont contribué à l'adoption de législations protégeant l'environnement.

113. La notion de source réelle du droit comporte un caractère théorique : à ce titre, elle intéresse surtout la politologie et la sociologie du droit.

3.3. Les sources matérielles

114. Les sources matérielles désignent les institutions qualifiées pour émettre des règles juridiques.

115. Ces institutions peuvent différer en fonction des systèmes juridiques. En Europe continentale, il s'agit essentiellement des parlements, investis du pouvoir législatif. Il peut s'agir en outre des organes de l'Exécutif, lorsqu'ils concluent des traités internationaux ou rédigent des ordonnances, également connues dans la pratique suisse et principalement en droit cantonal sous le nom de règlements. Les organes judiciaires sont eux aussi amenés parfois à édicter des ordonnances. Les citoyens entrent enfin dans cette catégorie à l'occasion des référendums.

116. Le droit anglo-américain reconnaît aux tribunaux en tant qu'ils rendent la justice la qualité de source matérielle de droit. Sous d'autres latitudes, d'autres organes (chefs religieux, conseil des anciens, etc.) ont le pouvoir d'émettre des règles de droit.

3.4. Les sources formelles

117. Les sources formelles sont les formes que doivent emprunter les autorités compétentes pour émettre valablement des règles juridiques et les porter à la connaissance des justiciables.

118. Cette notion a été concrètement traduite de façon fort diverse selon les systèmes juridiques en vigueur de par le monde. Dans les ordres juridiques issus de la famille du droit romano-germanique, le droit écrit - c'est-à-dire d'une manière générale le droit légiféré - constitue la source formelle primordiale. A côté du droit écrit, d'autres sources formelles existent, tels la coutume ou le droit prétorien, dont la portée sera définie plus loin (Voir N° 433 ss et N° 444 ss).

119. Dans la famille du droit anglo-américain, présente dans tous les pays du Commonwealth et aux Etats-Unis, le droit se manifeste d'abord dans les décisions rendues par les tribunaux; le droit légiféré n'y joue qu'un rôle de second plan, encore que son importance s'accroisse de plus en plus.

120. Dans d'autres régions du globe, fortement attachées à des traditions millénaires, l'importance de la coutume transmise oralement par les anciens est capitale, même si un autre système juridique y a été implanté de façon artificielle. Ailleurs encore, le droit tel qu'il est contenu dans des textes religieux continue de déployer tous ses effets.

3.5. Les sources documentaires

121. Par sources documentaires, on entend les publications qui contiennent le texte des sources formelles de droit.

122. Seules les publications officielles, éditées par les chancelleries, ont rang de sources documentaires. Il s'agit, en Suisse, des recueils officiels de la législation fédérale et des législations cantonales (Voir N° 300 ss et N° 408 ss).

123. A côté des recueils officiels existent d'assez nombreuses publications privées de textes législatifs, souvent d'usage très largement répandu. Si elles n'ont pas la valeur d'une source documentaire authentique, ces éditions présentent néanmoins l'avantage d'être doublées de notes explicatives, de renvois de jurisprudence, etc..

124. Pour se limiter à quelques exemples, parmi les éditions les plus connues, on peut citer :

- Code civil suisse et code des obligations annotés par Georges SCYBOZ et Pierre-Robert GILLIERON. - 4e éd. Lausanne : Payot, 1990.
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht : Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen, Ausführungserlassen und Sachregister / von W. Schönenberger und Peter Gauch. - Zürich : Schulthess, 1990.
- Code pénal suisse annoté. Par André Panchaud, Denis Ochsenbein, Vésale Van Ruymbeke. - Lausanne : Payot, 1989.
- TRECHSEL, Stefan. - Schweizerisches Strafgesetzbuch von 21. Dezember 1937 : Kurzkomentar. - Zürich : Schulthess, 1989.
- BUSSY, André. - Code suisse de la circulation routière : commentaire par André Bussy, Baptiste Rusconi. 2e éd. - Lausanne : Payot, 1984.

3.6. Publicité des sources du droit

125. Dans un pays de droit écrit, une règle de droit doit être publiée afin d'être opposable aux autorités et aux citoyens (Voir N° 300 ss). A défaut d'une publication dans les formes prescrites, la règle n'est pas obligatoire : sa transgression ne peut être sanctionnée, son inobservation n'est pas synonyme d'illégalité et n'entraîne pas de responsabilité pour violation du droit (art. 10 LPO, RS 170.512).

126. La publication des sources du droit garantit une certaine sécurité du droit. Elle permet à chacun de connaître la teneur des règles en vigueur. Elle évite ainsi les incertitudes et prévient les conflits.

4. Les sources du droit suisse

Bibliographie choisie :

- DESCHENAUX, Henri. - Le Titre préliminaire du Code civil. - Fribourg : Ed. universitaires, 1969. (Traité de droit civil suisse, t. 2, 1.)
- DUTOIT, Bernard. - Les sources du droit en Suisse. In : The sources of law : a comparative empirical study : national systems of sources of law. Ed. by Chantal Kourilsky, Attila Rácz et al. - Budapest : Akadémiai Kiado, 1982.
- Les sources du droit suisse. Recueil éd. au nom de la Société suisse des juristes par sa Commission des sources du droit. - Aarau : H.R. Sauerländer, depuis 1898. (Cette

collection, dont la parution se poursuit, compte d'ores et déjà cinquante-huit volumes. Elle analyse, dans sa perspective historique, la question des sources du droit, telle qu'elle se présente dans chaque canton).

Williams, Ivy. - The sources of law in the Swiss civil code. - Zürich : ReMak Verlag, 1976.

4.1. Les sources formelles

127. Le législateur suisse examine la question des sources formelles à l'art. 1er du Code civil du 10 décembre 1907.

128. Bien que ce texte figure en tête d'un code relevant du droit privé, le Tribunal fédéral a jugé qu'il s'appliquait à l'ensemble de l'ordre juridique suisse, avec certaines réserves, en droit pénal ou en droit administratif par exemple, où le principe de la légalité est parfois un obstacle à la création de nouvelles règles par voie coutumière ou prétorienne (Voir notamment ATF 106 IV 101, JT 1981 IV 35).

129. Sa teneur, sous la note marginale "Application de la loi" (il s'agit plutôt de l'application du droit, "Anwendung des Rechtes" dans la version allemande), est la suivante :

"La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre et l'esprit de l'une de ses dispositions."

"A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur."

"Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence."

130. Cette disposition comporte trois objets. Elle expose d'abord quelles sont les sources du droit suisse, à savoir la loi, la coutume et le droit prétorien (ou judiciaire). Elles seront étudiées en détail plus loin (Voir N° 147 ss, N° 433 ss et N° 444 ss).

131. Elle établit ensuite une hiérarchie au sein des sources de droit : la source première du droit suisse est la loi. A défaut de disposition légale applicable, le

juge a recours à la coutume, puis au droit prétorien, en dernier ressort et en l'absence de règle coutumière.

132. Enfin, elle indique de quelle manière le juge doit procéder pour trouver ou pour dégager la règle applicable : pour ce qui a trait à la loi, le juge doit s'attacher à en retrouver tant la lettre que l'esprit. Lorsqu'en l'absence d'une coutume, le juge crée une règle de droit prétorien, il agit alors comme le ferait un législateur. Dans ses démarches, il s'inspire des solutions dégagées par la doctrine et par la jurisprudence.

4.2. Les sources d'inspiration

133. L'alinéa 3 de l'art. 1er CC dispose que le juge s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

134. La doctrine désigne l'ensemble des ouvrages rédigés par les juristes les plus éminents. Quant à la jurisprudence, il s'agit de l'ensemble des décisions rendues par les autorités juridictionnelles. Il sera plus amplement question de ces deux sources de droit ultérieurement (Voir N° 568 ss et N° 450 ss).

4.3. Les sources auxiliaires

135. La liste des sources qui figure à l'art. 1er CC n'est pas exhaustive. A côté de la loi, de la coutume et du droit prétorien, on peut mentionner d'autres sources auxiliaires, tels que les principes généraux du droit, le droit conventionnel ou le droit étranger. Ils peuvent servir d'authentique source de droit en l'absence de règle pertinente, mais également de point d'appui dans l'interprétation du droit, ou encore servir de modèles à l'occasion de l'élaboration du droit par le législateur ou le juge (Voir N° 444 ss).

4.3.1. Les principes généraux

Bibliographie choisie :

MAYRAND, Albert. - Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit. - Cowansville (Québec) : Editions Y. Blais Inc., 1985.

ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. - Expressions latines du droit français. 2ème éd. - Lyon : Ed. L'Hermès, 1985.
SPRUIT, J. E.; VAN DE VRUGT, M. (éd.). - Brocardica in honorem G.C.J.J. Van Den Bergh : 22 studies over oude rechtsspreuken. - Deventer : Kluwer, 1987.

136. Les principes généraux du droit sont des concepts susceptibles de généralisation qui se dégagent de la structure cohérente d'un système juridique et des rapports existant entre les règles de ce système.

137. Souvent exprimés sous forme d'adages ou de brocards ("nul n'est censé comparaître devant un tribunal incompétent"), ils sont parfois formulés en latin ("in dubio pro reo" : "le doute profite à l'accusé"; "in dubio contra stipulatorem" : une convention peu claire doit être interprétée en défaveur de la partie qui l'a rédigée).

4.3.2. Le droit conventionnel ou autonome

138. L'ordre juridique suisse permet à chacun d'aménager sa sphère juridique à son gré, dans les limites de la loi. Ainsi, les particuliers ont la faculté de s'obliger contractuellement, les corporations et les établissements peuvent - ou doivent - se doter de règles internes.

139. La conclusion d'un contrat est un acte juridique tout à fait banal : qui n'a jamais acheté un livre ou loué un appartement ? Certes, une telle convention ne lie que ceux qui l'ont conclue. Il n'en demeure pas moins qu'elle déploie entre eux des effets obligatoires auxquels ils ne peuvent se soustraire sous peine de sanction. C'est ce que rappelle de manière explicite l'art. 1134 du Code civil français qui dispose que "Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites."

140. Les modalités d'un contrat peuvent être contenues dans des "conditions générales", préétablies et définissant la nature des prestations de chaque partie. Ces conditions ne déploient toutefois leurs effets que dans la mesure où elles ont été intégrées à la convention. Cette intégration doit respecter certaines exigences légales, essentiellement prévues dans le but de protéger la partie contractante la plus faible.

141. Parmi les plus répandues, il faut signaler les conditions générales des banques, les conditions générales des assurances et les normes SIA ("Société

suisse des ingénieurs et des architectes"). Adoptées de manière uniforme et générale par des associations professionnelles présentes sur l'ensemble du marché suisse, ces règles s'imposent finalement à tous les usagers ou clients sans qu'il ne leur soit plus possible d'y déroger.

142. Les conventions collectives constituent quant à elles une forme particulière de contrat. Très répandues dans le monde du travail, elles sont généralement conclues entre groupes socio-professionnels au nom de leurs membres (syndicats et associations patronales, par exemple), afin de fixer des conditions uniformes de travail pour des professions déterminées. Leur champ d'application peut être toutefois étendu à l'ensemble des personnes concernées par décision officielle (voir la Loi fédérale du 28.9.1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, LECCT, RS 221.215.311).

143. Quant aux associations, fondations ou sociétés commerciales, elles se dotent de statuts qui déterminent leur fonctionnement. La loi pose à cet égard des exigences minimales. Elles sont libres ensuite d'adopter des règles plus élaborées si elles le souhaitent. Là encore, il y a création de règles de droit qui s'appliquent à toutes les personnes qui deviennent membres des ces corporations ou qui participent à l'activité de tels établissements.

4.3.3. Le droit étranger

144. Le droit étranger peut également se révéler une source de droit précieuse pour le juge confronté à un problème inédit. Il n'est pas rare d'ailleurs que le Tribunal fédéral fasse référence, dans un arrêt, à une décision d'une Cour Suprême étrangère ou à un avis de doctrine étrangère.

145. La connaissance du droit étranger est de surcroît utile en ceci qu'elle permet de faire ressortir, par comparaison, les particularités du droit suisse. Elle peut dès lors constituer tant une méthode d'interprétation qu'une source de droit auxiliaire. Le procédé ressortit au domaine du droit baptisé "droit comparé".

146. Pour une approche rapide et sûre des sources documentaires des droits étrangers, on se référera avec profit à des ouvrages spécialisés. A titre indicatif

et pour se limiter aux pays avec lesquels la Suisse entretient un important courant d'échanges, voici quelques références utiles :

France

DUNES, André. - Documentation juridique. - Paris : Dalloz, 1977.

TANGUY, Yann. - La recherche documentaire en droit. - Paris : Presses Universitaires de France, 1991.

Allemagne

WALTER, Raimund-Ekkehard; HEIDIMANN, Frank. - Wie finde ich juristische Literatur. 2. Aufl. - Berlin : Berlin-Verlag Arno Spitz, 1984.

Belgique

LEURQUIN-DE VISSCHER, Françoise; SIMONART, H. - Documentation et méthodologie juridiques. - Louvain-la-Neuve : A.E.D.L; Bruxelles : Bruylant, 1980.

Grande-Bretagne

DANE, Jean. - How to use a law library. 2nd ed. - London : Sweet & Maxwell, 1987.

JEFFRIES, John; MISKIN, Christine. - Legal research in England and Wales. - Hebden Bridge West Yorkshire : Legal Information Resources, 1990.

SMITH, Nigel. - Legal research techniques. - Hebden Bridge West Yorkshire : Legal Information Resources, 1987.

Etats-Unis

COHEN, Morris L.; BERRING, Robert. C.; OLSON, Kent C.. - How to find the law. 9th ed. - St. Paul Minn. : West Publ., 1989.

COHEN, Morris L. - Legal research in a nutshell. 4th ed. - St. Paul Minn. : West Publ., 1985.

LOGAN, Robert. - United States legal research. - Hebden Bridge West Yorkshire : Legal Information Resources, 1990.

DOYLE, Francis-R. - Searching the law : the States : a selective bibliography of state practice materials in the 50 States. Incl. 2 suppl. Dobbs Ferry N.-Y. : Transnational Publ., 1989-1991.

Canada

BANKS, Margaret A. - Using a law library : a guide for students and lawyers in the Common Law Provinces of Canada. 5th ed. - Toronto : Carswell, 1991.