

GEORGES SCYBOZ +
Ancien juge au Tribunal fédéral

PIERRE SCYBOZ
Avocat

Secrétaire adjoint des Commissions
des affaires juridiques du Parlement fédéral

PIERRE-ROBERT GILLIÉRON
Juge émérite au Tribunal cantonal vaudois
Professeur honoraire de l'Université de Lausanne

ANDREA BRACONI
Dr en droit
Greffier au Tribunal fédéral

S.PR
CAICH
63 b
SCYB
2008

CODE CIVIL SUISSE ET CODE DES OBLIGATIONS

ANNOTÉS

Huitième édition mise à jour



Préface de Pierre Tercier
Professeur à l'Université de Fribourg
Ancien Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI

S 26 AOUT 08

Introduction de Jean Gauthier
Professeur honoraire de l'Université de Lausanne

2008

Helbing Lichtenhahn

TDA 768

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu l'article 64 de la constitution;*
vu le message du Conseil fédéral du 28 mai 1904,

décète:

Code civil suisse

Titre préliminaire

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

A. Application
de la loi

² 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.

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

* A la disposition mentionnée correspond actuellement l'art. 122 de la Constitution du 18 avril 1999 (RS 101). Nouvelle teneur selon le ch. 2 de l'annexe à la loi du 24 mars 2000 sur les fors en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2001.

1 Al. 1 La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre; il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair que si des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la norme ainsi que de la systématique de la loi; si le texte légal n'est pas absolument clair et que plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la vérita-

ble portée de la norme en la dégageant de tous les éléments à considérer, à savoir notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, ou encore de sa relation avec d'autres dispositions; si la prise en compte d'éléments historiques n'est pas déterminante, l'interprétation doit néanmoins s'appuyer sur la volonté du législateur et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de manière reconnaissable, tant il est vrai que l'interprétation des normes légales selon leur finalité ne peut se justifier par elle-même, mais doit être déduite des intentions du législateur qu'il s'agit d'établir à l'aide des méthodes d'interprétation habituelles; si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Consti-

tution; le TF ne privilège aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ATF 129 III 55 SJ 2003 I 187, ATF 129 III 656 SJ 2004 I 108, ATF 130 III 76 JT 2004 I 73, ATF 131 III 623, ATF 132 III 226 SJ 2006 I 321, ATF 132 III 555 SJ 2006 I 524, ATF 133 III 175 SJ 2007 I 387, ATF 133 III 257 SJ 2007 I 461, ATF 133 III 497 SJ 2007 I 595, ATF 133 V 593. Une norme dont le texte est à première vue clair peut être étendue par analogie à une situation qu'elle ne vise pas ou, au contraire, si sa teneur paraît trop large au regard de sa finalité, elle ne sera pas appliquée à cette situation par une interprétation téléologique restrictive ATF 129 III 559 JT 2004 II 29, ATF 129 III 656 SJ 2004 I 108, ATF 131 III 61 SJ 2005 I 289.

Un plan social à caractère normatif s'interprète comme une loi ATF 133 III 213, de même qu'un règlement d'une institution de prévoyance de droit public (*i.c. Publica*) ATF 133 V 314 JT 2007 I 376. Les notions du droit maritime ne s'interprètent pas, en premier lieu, d'après les dispositions des droits nationaux, mais bien d'après les usages reconnus en matière de navigation tant en Suisse qu'à l'étranger ATF 115 II 494 JT 1990 I 316. L'administration et le juge doivent faire preuve de circonspection lorsqu'ils interprètent les normes de la législation fiscale afin d'éviter que ne soient créés, par le biais d'une interprétation extensive, de nouveaux cas d'assujettissement, de nouvelles matières imposables ou de nouveaux faits générateurs d'imposition ATF 131 II 562.

Al. 2 On est en présence d'une lacune *proprement dite*, ou authentique, lorsque le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi, ou du traité, alors que l'on a affaire à une lacune *improprement dite* lorsque la loi offre une solution, mais que celle-ci n'est pas satisfaisante; seule l'existence d'une lacune *proprement dite* appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est interdit de corriger une lacune *improprement dite*, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une

violation de la Constitution ATF 125 III 425 JT 2001 I 78, ATF 127 V 439, ATF 129 III 656 SJ 2004 I 108, ATF 130 III 241 JT 2007 II 3, ATF 132 III 470 JT 2006 I 555, ATF 132 III 707, ATF 133 III 213. Ces principes valent aussi en droit fiscal ATF 131 II 562. L'existence d'une lacune *proprement dite* est une condition nécessaire à la naissance d'un droit coutumier complémentaire ATF 94 I 305 JT 1969 I 302, ATF 104 Ia 305 JT 1980 I 626.

Il y a lacune *proprement dite*: lorsqu'une question dont la solution est nécessaire pour appliquer le droit n'est pas du tout résolue par la loi ou ne l'est que d'une façon partielle ATF 97 I 353 JT 1972 I 606; - lorsque l'on ne peut tirer de norme applicable ni de la teneur de la loi ni de son interprétation ATF 83 III 147 JT 1958 II 49 et que l'application analogique de règles juridiques en vigueur ne permet pas de trouver une solution au problème posé par une situation nouvelle ATF 94 I 305 JT 1969 I 302, ATF 100 Ib 137 JT 1975 I 354, ATF 103 Ia 501, ce qui n'est pas nécessairement le cas lorsque apparaît un nouvel état de fait que le législateur ne pouvait pas connaître ATF 82 II 224 JT 1957 I 126. En général, on ne peut conclure à l'existence d'une lacune *praeter legem* lorsque le législateur a eu l'occasion d'édicter de nouvelles dispositions sur le point en cause et qu'il ne l'a pas fait ATF 114 II 353 JT 1990 I 190. L'intention du législateur de restreindre son intervention dans un domaine n'exclut pas l'existence d'une lacune ATF 118 II 199 JT 1993 I 563.

Pour rechercher si la loi est incomplète, il faut se référer à la *ratio legis* et comparer les intérêts en présence en se fondant sur les valeurs mêmes qu'elle défend et les buts à quoi elle tend ATF 88 II 477 JT 1963 I 265, ATF 102 Ib 224. Dans le domaine de la police des constructions, on ne peut guère imaginer l'existence de lacunes *proprement dites* ATF 97 I 353 JT 1972 I 606; v. cependant ATF 108 Ia 295 JT 1984 I 508. Il n'y a pas de lacune si le silence du législateur est qualifié ATF 101 Ib 329, ATF 111 Ia 191 JT 1987 I 138, ATF 112 II 104 JT 1989 I 376.

Constitue une lacune le défaut: d'une disposition sur la surveillance des fondations qui d'après leur destination relèvent de plusieurs collectivités, notamment des

institutions de prévoyance en faveur du personnel ATF 105 II 321 JT 1981 I 99; - d'une disposition réglant le cas où l'impossibilité de la prestation du débiteur est due à une circonstance dont le débiteur et le créancier doivent répondre l'un et l'autre ATF 114 II 274 JT 1990 I 7; - de règles limitant la capacité du représentant de conclure un contrat avec lui-même en son nom propre ou au nom d'un tiers ATF 93 II 461 JT 1969 I 232, ATF 95 II 442 JT 1970 I 644; - d'une disposition attribuant au juge le pouvoir de fixer le loyer initial approprié en cas de vice de forme lors de la notification du loyer initial ATF 120 II 341 JT 1995 I 382; - d'une disposition analogue à l'art. 422 CO pour le mandat gratuit ATF 61 II 95 JT 1935 I 615; - d'une disposition sur la subrogation du vendeur d'un immeuble, grevé d'une dette hypothécaire reprise par l'acheteur, dans les droits du créancier gagiste, qui n'a pas consenti à la reprise de dette, lorsqu'il le désintéresse ATF 60 II 178 JT 1934 I 589; - d'une disposition sur le droit de recours de l'employeur qui continue à payer le salaire d'un travailleur à la suite d'une incapacité de travail ATF 126 III 521 JT 2001 I 506; - d'une disposition sur la subrogation réelle de la créance en contribution du propriétaire de l'immeuble contre la Confédération en cas de diminution de la valeur de l'immeuble à la suite d'une réduction des effectifs ou d'une cessation de l'exploitation ATF 110 II 24 JT 1984 I 633; - d'une réglementation de l'admission d'importations parallèles en matière de droits des brevets ATF 126 III 129 JT 2000 I 529; - d'une réglementation de la prolongation d'un contrat de bail soumis à une condition résolutoire dont la survenance dépend d'un événement incertain et qui doit être qualifié de contrat à durée déterminée ATF 121 III 260 JT 1996 I 244; - d'une disposition sur la réinscription d'une société en commandite radiée dont l'actif et le passif ont été repris par une société anonyme nouvellement constituée ATF 121 III 324 JT 1996 I 288; - d'une réglementation du transfert des actions nominatives par voie successorale ATF 75 II 348 JT 1950 I 396, ATF 110 II 293 JT 1985 I 214; - d'une réglementation sur les effets sur l'institution d'héritier du refus d'autoriser des héritiers institués domiciliés à l'étranger à acquérir par voie

successorale des immeubles situés en Suisse ATF 101 Ib 379, ATF 105 Ib 178 JT 1979 I 529; - de règles applicables à la réparation du dommage causé par des immissions licites, mais dépassant la mesure supportable pour le lésé ATF 91 II 100 JT 1965 I 590, ATF 114 II 230 JT 1989 I 144; - d'une sanction spécifique, lorsque des délais de congé inégaux ont été convenus en faveur de l'employeur, déclarant applicable aux deux parties le plus long des deux délais ATF 92 II 180 JT 1966 I 638; - d'une disposition réglant l'imputation de la rémunération que le travailleur dispensé de travailler gagne ailleurs ATF 118 II 139 JT 1993 I 390; - d'une disposition pour déterminer les effets d'une grève licite sur les rapports de travail de droit privé ATF 125 III 277 JT 2000 I 240; - de dispositions relatives à la révision des sentences arbitrales internationales dans la LDIP ATF 118 II 199 JT 1993 I 563, ATF 122 III 492 JT 1997 I 611; - d'une disposition sur la signature de la réquisition de poursuite ATF 119 III 4 JT 1995 II 98; - d'une disposition sur la date et le taux de conversion des créances exprimées en monnaies étrangères dans la faillite et le concordat par abandon d'actif ATF 105 III 92 JT 1981 II 153; - d'une disposition protégeant les intérêts des créanciers hypothécaires lors de la réalisation forcée d'un immeuble faisant l'objet d'un bail à ferme agricole, annoté ou non au registre foncier ATF 124 III 37 JT 1999 II 111, cf. art. 125 al. 1 première phrase *in fine* ORFI; - d'une disposition protégeant les intérêts des créanciers hypothécaires lors de la réalisation forcée d'un immeuble faisant l'objet d'un bail de longue durée non annoté ATF 125 III 123 JT 2000 I 249; - d'une disposition réglementant la durée de la validité des privilèges de collocation restreints par le nouveau droit dans une procédure concordataire ATF 125 III 154 JT 1999 II 71; - d'une disposition relative à la compensation opérée par un créancier du de cuius au cours de la procédure de bénéfice d'inventaire qui a précédé la liquidation de la succession par voie de faillite ATF 130 III 241 JT 2007 II 3; - d'une disposition réglant la prise en charge des prestations d'assurance pour les frais de soins et de séjour en milieu hospitalier du nouveau-né en bonne santé ATF 125 V 8; - de règles sur la rétrocession

d'un bien-fonds exproprié lorsque l'exproprié a reçu un immeuble à titre d'indemnité en nature ATF 99 Ib 267; - d'une disposition réglant les conditions de la désaffectation d'un abri de protection civile ATF 119 Ib 216; - d'une disposition sur l'autorité compétente pour statuer sur une demande d'indemnité présentée par un voisin à la suite de travaux de sondage en vue de la construction d'une route nationale ATF 119 Ib JT 1995 I 606; - d'une disposition dans le traité du 9 juillet 1869 entre la Suisse et la France sur l'extradition réciproque des malfaiteurs permettant de refuser l'extradition lorsqu'elle est demandée à raison d'une infraction commise, au moins en partie, sur le territoire suisse ATF 103 Ia 616 JT 1979 IV 96; - de règle cantonale concernant la publication de l'entrée en vigueur des lois ATF 104 Ia 167 JT 1980 I 54; - d'une disposition sur le for de la procédure administrative en cas de changement de domicile du conducteur ATF 108 Ib 139 JT 1982 I 396; - d'une disposition transitoire pour décider d'une mesure administrative selon la LCR ATF 104 Ib 87 JT 1978 I 408; - de dispositions en matière de liquidation de négociants en valeurs mobilières non titulaires d'une autorisation ATF 126 II 71; - d'une règle sur la compétence *ratione loci* de l'autorité de première instance qui doit statuer sur le non-assujettissement d'une société dont le but réel est l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger ATF 114 Ib 261 JT 1990 I 251; - d'une disposition fixant le commencement du délai d'interdiction pour la vente d'immeubles non agricoles (art. 3 al. 3 AF concernant un délai d'interdiction de vente des immeubles non agricoles et la publication des transferts de propriété immobilière) en cas de partage successoral ATF 116 II 174; - d'une disposition réglant la prescription des prétentions à indemnité en cas d'expropriation formelle des droits des propriétaires voisins d'un ouvrage public d'être protégés contre les immissions excessives provenant de l'utilisation conforme à sa destination de l'ouvrage public ATF 124 II 543 JT 1999 I 754; - d'une disposition sur la prescription des créances pour dommages-intérêts en connexion avec des mesures de sécurité au sens des art. 19 et 21 LCdf ATF 126 II 54 JT 2000 I 789; - de dispositions

réglant la relation entre la concession de construction et la concession d'exploitation d'un aéroport ATF 124 II 293 JT 1999 I 618; - d'une disposition cantonale d'application de la législation fédérale ATF 105 Ib 94.

Ne constitue pas une lacune le défaut: d'une disposition réglant la prescription absolue de l'action de l'art. 30 al. 3 ATF 118 II 1 JT 1995 I 545; - d'une disposition permettant au créancier d'exiger des sûretés ou le rétablissement de l'état antérieur en cas de dépréciation d'un gage mobilier ATF 108 II 180 JT 1983 I 222; - d'une disposition relative à l'adoption par un époux de l'enfant majeur de son conjoint ATF 106 II 278 JT 1981 I 315; - d'une disposition réservant l'exécution forcée du devoir des héritiers et des tiers de renseigner l'autorité dans la procédure d'inventaire ordonné à titre de sûreté au sens de l'art. 533 ATF 118 II 264 JT 1995 I 125; - d'une disposition instituant une reprise de dette à la charge d'une personne gratifiée par testament ATF 104 II 337 JT 1979 I 503; - d'une disposition subordonnant l'exhérédation préventive à l'insolvabilité réelle d'un descendant ATF 111 II 130 JT 1986 I 626; - d'une disposition fixant le mode de réalisation forcée d'une créance du poursuivi qui fait l'objet d'un procès pendant ATF 120 III 131 JT 1997 II 67; - d'une disposition prescrivant que le litige relatif aux prétentions en dommages-intérêts du bailleur pour usage anormal de la chose louée doit faire l'objet d'une tentative de conciliation préalable obligatoire ATF 118 II 309 JT 1993 I 566; - d'une disposition relative à la possibilité d'attaquer les décisions du conseil d'administration de la société anonyme ATF 76 II 51 JT 1950 I 555; - d'une disposition relative à la prescription des créances découlant des droits à rémunération fondés sur l'art. 13 al. 1 LDA ATF 124 III 370 JT 1999 I 419; - d'une disposition sur la participation du débiteur à la procédure d'annulation des titres au porteur ATF 82 II 224 JT 1957 I 126; - d'une disposition instituant une responsabilité subsidiaire de l'Etat envers les artisans et entrepreneurs employés comme sous-traitants sur un immeuble du patrimoine administratif pour leurs créances contre l'entrepreneur général et qui ne peuvent être garanties par une hypothèque légale ATF 103 II

Art. 2¹ Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

² L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

B. Etendue des droits civils
I. Devoirs généraux

227 JT 1978 I 322, ATF 108 II 305 JT 1983 I 609, ATF 116 Ib 367 JT 1991 I 382, ATF 124 III 337 JT 1999 I 239; - d'une disposition permettant d'imposer à un Konzern bancaire une répartition consolidée des risques ATF 108 Ib 78 JT 1982 I 375; - d'une disposition exigeant la double notification du congé pour le bail à ferme agricole ATF 125 III 425 JT 2001 I 78; - d'une disposition permettant le remplacement d'une construction agricole, dont la destruction est due à la force majeure sans égard aux conditions de la législation sur l'agriculture ATF 110 Ib 275; - d'une règle générale de droit transitoire applicable aux modifications subséquentes du droit foncier rural ATF 127 III 16 JT 2002 I 259; - d'une disposition permettant de déléguer l'enquête pénale administrative aux autorités cantonales d'instruction pénale ATF 121 IV 326 JT 1997 IV 122; - de reprise à l'art. 17 LP de l'art. 58 PA ATF 126 III 85 JT 2000 II 16; - d'une disposition obligeant le canton de résidence à prendre en charge la part des frais d'hospitalisation visée à l'art. 41 al. 3 LAMal lorsque l'assuré se rend dans un hôpital privé, non public ou non subventionné par les pouvoirs publics ATF 123 V 310; - d'une disposition transitoire concernant l'application du concordat intercantonal sur l'arbitrage ATF 103 Ia 613; - d'une disposition transitoire relative au recours au TF contre une sentence arbitrale rendue avant l'entrée en vigueur de la LDIP ATF 115 II 97 JT 1989 I 544.

Possibilité de combler une lacune en matière: de procédure civile ATF 74 I 105 JT 1949 I 149, ATF 122 I 253 JT 1997 I 214; - de procédure d'exécution forcée ATF 110 III 60 JT 1987 II 7, ATF 110 III 105 JT 1987 II 88, ATF 112 III 67 JT 1989 II 9, ATF 114 III 120 JT 1990 II 190; - de procédure pénale: ATF 108 IV 154 JT 1984 IV 62; - d'entraide internationale en matière pénale ATF 113 IV 93 JT 1988 IV 84; - d'extradition ATF 113 Ib 183 JT 1989 IV 158; - d'exécution en Suisse d'une commission rogatoire décer-

née en matière pénale en vertu d'un traité ATF 98 Ia 226; - de droit pénal ATF 103 IV 27 JT 1978 IV 63, ATF 103 IV 129 JT 1978 IV 29, ATF 106 IV 101 JT 1981 IV 35; - de retrait du permis de conduire ATF 112 Ib 309 JT 1987 I 402; - de construction de chemins de fer ATF 115 Ib 424 JT 1991 I 570; - de navigation maritime et sur le Rhin ATF 115 II 494 JT 1990 I 316; - d'AVS ATF 113 V 6; - de contrat de prévoyance ATF 129 V 145, ATF 133 V 607; - de droit fiscal ATF 102 Ia 342 JT 1978 I 84.

Lorsque le droit fédéral autorise les cantons à édicter par voie d'ordonnance des mesures provisoires qui doivent uniquement combler à titre transitoire les lacunes du droit fédéral pour en permettre l'application, les cantons ne sont pas tenus de respecter les formes ordinaires pour adopter des règles de droit ATF 109 Ib 193 JT 1985 I 544.

Pour combler les lacunes des lois spéciales en matière de propriété intellectuelle, on ne peut s'appuyer sur la clause générale de l'art. 1 al. 1 LCD ATF 110 II 411 JT 1985 I 203.

2 Cette disposition est une norme fondamentale - sans avoir le rang de droit fondamental, sauf sous ses aspects spécifiquement constitutionnels ATF 122 I 328 JT 1997 I 452 - tirée de considérations éthiques, qui s'ajoutent aux règles qui régissent les divers rapports juridiques; pour les compléter et contribuer à leur interprétation ATF 83 II 345 JT 1958 I 194; elle introduit dans l'application du droit la référence à des valeurs très générales, comme les bonnes mœurs, l'équité, les droits de la personnalité ATF 113 II 209 JT 1988 I 160. Toutefois, cette disposition ne vise pas à écarter d'une manière toute générale, pour certaines catégories de cas, l'application des règles du droit civil, mais permet au juge de tenir compte de particularités propres au cas concret lorsque, en raison des circonstances de l'espèce, l'application

Yves Le Roy

Professeur à la Faculté de droit de Fribourg (Suisse)

Marie-Bernadette Schoenenberger

Maître assistante à la Faculté de droit de Fribourg (Suisse)

Introduction générale au droit suisse

2^{ème} édition entièrement refondue



BRUYLANT

L.G.D.J

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2008

Chapitre préliminaire Quelques notions de base

Plan

Les notions fondamentales de l'art. 1^{er} Tit. prélim. CC (§ 1) ;
Sources et autorités (§ 2) ;
Le système de l'art. 1^{er} Tit. prélim. (§ 3).

§ 1. Les notions fondamentales de l'art. 1^{er} Tit. prélim. CC

La compréhension de l'art. 1^{er} Tit. prélim. nécessite la connaissance de trois notions fondamentales, à savoir celles d'ordonnement juridique, de source du droit, d'autorité et de Tradition.

Plan

L'ordonnement juridique (A) ;
La notion de source du droit (B) ;
Les notions d'autorité et de Tradition (C).

A. La notion d'ordonnement juridique

Il faut dire quelques mots du système de **Kelsen***, car « l'ordonnement juridique » est un procédé commode pour présenter le système juridique suisse et les techniques de création du droit. En voici schématiquement quelques traits :

1° Kelsen* veut étudier le droit à l'état pur, dégagé de tout environnement social, politique, moral, etc., comme on étudie un phénomène physique, selon les méthodes des sciences de la nature et non selon celles des sciences morales : la théorie pure du droit cherche à « déterminer ce qu'est le droit et comment il se forme, sans se demander ce qu'il devrait être ou comment il devrait se former²⁶⁵ », d'où le titre de *Théorie pure du droit* (*die Reine Rechtslehre*) donné à l'ouvrage dans lequel il résume sa pensée ;

2° Le critère de la règle de droit est l'impératif juridique (*der Rechtssatz*, v. p. 5), et non son caractère général et abstrait, d'où le recours au mot « norme »

²⁶⁵ KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, adapt. de l'allemand par Henri THÉVENAZ, 2^e éd. Neuchâtel 1988 (1^{ère} éd. 1953), p. 25. Kelsen* insiste davantage dans la seconde éd. : la théorie pure du droit « se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique » (trad. EISENMANN, réimp. 1999, p. 9).

(*die Norm*)²⁶⁶, plutôt qu'à l'expression « règle de droit ». Puisque tout impératif est une règle de droit, il n'existe pas de différence de nature entre une norme figurant dans un article de loi et une mesure de portée individuelle enjoignant par une décision administrative ou résultant d'une disposition contractuelle ;

3° Toute norme prend rang dans une hiérarchie, l'ordonnement juridique, qui va du général au particulier, du supérieur à l'inférieur. Schématiquement, on trouve au sommet la constitution²⁶⁷, puis la loi, les ordonnances, les décisions de justice, les décisions administratives, les actes des particuliers. Si on résume l'ensemble sous la forme d'une figure géométrique, on obtient la fameuse « pyramide de Kelsen²⁶⁸ ». Cette hiérarchie des normes existe aussi dans un État fédéral comme la Suisse, mais elle y est plus grande. Une norme inférieure doit être conforme aux normes supérieures²⁶⁹. Cette idée est admise par tout le monde. Voici par exemple l'intervention du Député Dufresne au Grand Conseil genevois, le 11 mai 1907 :

« Il y a d'abord un fait juridique qui s'impose à nous comme à tout pays civilisé, c'est celui-ci : Lorsqu'un règlement de police est contraire à une simple loi, ce règlement de police est nul, quand une loi simple est contraire à une loi constitutionnelle, cette loi simple²⁷⁰ est nulle ; quand une loi constitutionnelle est contraire à un traité international, cette loi constitutionnelle est nulle.

« Voulez-vous donner à ma parole plus d'autorité qu'elle n'en a elle-même, je me suis adressé à une de nos sommités juridiques et je lui ai demandé : Où est-ce que je pourrais bien trouver énoncé ce fait si simple mais enfin ce fait juridique ? Cet éminent professeur sourit et me répondit : « On n'essaie pas de prouver qu'à midi, il fait jour, vous ne trouverez cela nulle part, dans aucun de nos auteurs suisses²⁷¹. »

4° Le droit se forme par degrés (*die Stufentheorie*), du général, au sommet de la hiérarchie, au particulier, au niveau inférieur de l'acte individuel. Il existe seulement une différence de degré, mais non de nature, entre une norme générale et un acte individuel. Dans ces conditions, la distinction entre droit subjectif et droit objectif n'a pas de sens. Ce point de vue a été âprement critiqué, notamment par la doctrine française qui reste majoritairement attachée à l'idée que la

²⁶⁶ Les juristes français parlent de « normativisme » plutôt que de « théorie pure du droit ».

²⁶⁷ Au-dessus, on a le droit international, si on écarte le dogme de la souveraineté de l'État qui fait dépendre le droit international de sa reconnaissance par l'État. Comme la plupart des penseurs qui ont connu les catastrophes totalitaires, Kelsen* penche en faveur de la supériorité du droit international sur le droit national. Les réalisations de l'UE et d'autres accords internationaux vont dans le sens de sa conviction.

²⁶⁸ Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit*, Trad. EISENMANN (Charles), Paris, 1999, p. 224 et suiv.

²⁶⁹ Cette conformité est fondamentale, car elle détermine la validité de tout acte juridique. Ex. : 1) Elle permet de distinguer l'acte d'un voyou, qui contraint sa victime à lui remettre une somme d'argent, et celui d'un fonctionnaire obligeant un contribuable à payer ses impôts ; 2) La validité de l'octroi d'un permis de construire dépend de sa conformité au droit de l'aménagement du territoire.

²⁷⁰ Le procès-verbal dit par erreur « constitutionnelle ».

²⁷¹ *Mémorial des séances du Grand Conseil*, séance du 11 mai 1907, 1907, t. 3, p. 977-978.

règle de droit est une norme générale et abstraite. La formation du droit par degré implique aussi que l'autorité compétente de chaque échelon dispose d'une marge d'autonomie qui lui permette de créer du droit. Sinon, le droit d'un niveau ne serait que le décalque du droit du niveau supérieur. La difficulté consiste donc à déterminer la limite entre l'autonomie créatrice et l'obligation de conformité ;

5° La seule source du droit est la volonté de l'État. Le mot « État » n'est qu'un raccourci commode pour désigner l'ordonnement juridique. Beaucoup de critiques adressées à Kelsen* sont venues de ce que cette limitation volontaire de son objet d'étude a été perçue comme du positivisme étatiste²⁷². Or, c'est faux, Kelsen*, dont l'existence a été bouleversée par le nazisme, est le premier à reconnaître qu'il doit y avoir au sommet de son système une norme fondamentale (*die Grundnorm*) qui est une valeur supérieure²⁷³ dont la validité est supposée par hypothèse. Mais, comme cette valeur n'est pas juridique, au sens où il définit le droit, Kelsen* ne l'intègre pas. En revanche, cette conception du droit exige du juge une double formation juridique et générale conséquente car il doit non seulement vérifier la conformité de la règle qu'il applique aux normes supérieures, mais aussi à la norme fondamentale qui est une expression non juridique de la civilisation, par exemple la dignité humaine.

Si, selon Kelsen*, il n'existe pas de différence de nature entre les éléments de l'ordonnement juridique, il n'en reste pas moins que :

- 1) L'art. 1^{er} Tit. prélim. distingue entre les sources du droit et la Tradition ;
- 2) Le juge utilise différemment les sources et les éléments constitutifs de la Tradition, ce qui justifie le clivage de l'exposé.

²⁷² Conception selon laquelle l'État est la seule source du droit, puisque lui seul le sanctionne. Cette doctrine a été mise en lumière par Rudolph von Jhering*. Elle a connu de multiples développements. Sa discussion est sensible, car, forcé à l'extrême, le positivisme étatiste a fondé les régimes totalitaires prônés par le nazisme, le fascisme, le stalinisme, le maoïsme, etc. Les controverses, dont le système de Kelsen* a été l'objet, ont le mérite de souligner que le droit, tel qu'on le définit comme segment d'étude dans cet ouvrage, n'est qu'un outil, et que, comme tout outil, il peut en être fait un bon ou un mauvais usage. Le positivisme étatiste correspond à la croissance de l'État, ininterrompue depuis la naissance de l'État moderne au XVI^e siècle, et accélérée à l'époque contemporaine. Ce phénomène se traduit dans les démocraties occidentales par le renforcement du pouvoir de l'État, l'élargissement de son domaine d'action et le développement de l'ordre public contraignant, allant parfois jusqu'au « politiquement correct ». Dès 1847, Kirchmann* avait vivement critiqué le positivisme : « La loi positive avait mis le droit au service du doute, de l'erreur, de la passion et de la déraison » (cité par BOURTHOMIEUX (Ch.), « Une critique allemande du positivisme juridique », dans : RIDC t. 3 (1951), p. 81, qui poursuit : « en s'attachant à des contingences, la science juridique aurait renoncé à servir l'idéal et serait elle-même devenue contingente »).

²⁷³ Le droit étant réduit à un outil, la fin qui commande son emploi est nécessairement en dehors de lui. S'appuyant sur l'histoire, Gierke* a montré que le droit n'est pas lié à l'État, mais à la vie sociale, que son apparition est antérieure à celle de l'État, que l'État lui est soumis et qu'il doit le faire respecter.

B. La notion de source du droit

Appliqué au droit, le terme « source » a trois sens :

1° Les sources « réelles », aussi appelées « matérielles » sont l'ensemble des faits, besoins et idées qui ont présidé à l'adoption d'une norme ou d'un ensemble de normes. On emploie aussi le mot « cause ». Ainsi, le droit privé²⁷⁴ suisse « remonte » aux codes cantonaux, le nouveau droit de l'environnement « découle » de la détérioration du milieu et du mouvement d'opinion que celle-ci a suscité, la législation sociale a en grande partie sa « source » dans les revendications des classes populaires, la loi sur la circulation routière vient de la nécessité d'organiser le trafic ;

2° Les sources « documentaires » sont les recueils et documents dans lesquels sont reproduites les règles de droit. Certaines sources documentaires ont un caractère authentique²⁷⁵. D'autres n'ont qu'un caractère privé. On s'y réfère pour apporter la preuve de la règle que l'on invoque²⁷⁶. L'administrateur qui doit décider, le juge appelé à trancher un litige, l'avocat chargé de conseiller un client, le particulier désireux de se conformer au droit trouvent la norme applicable dans les sources documentaires ;

3° Les « sources formelles du droit » (*die Rechtsquellen*) sont les formes que doit revêtir le droit pour s'imposer comme règles de droit. Ex. : une loi votée par l'Assemblée fédérale. Autrement dit, les sources formelles sont des outils d'expression du droit : elles sont le contenant, et le droit, le contenu²⁷⁷. Les formes du droit sont le mode d'expression d'un pouvoir. Elles indiquent qui fait le droit. Dans ce chapitre préliminaire, on retiendra l'expression « sources du droit » au sens de « sources formelles ».

La hiérarchie des sources du droit et les pouvoirs accordés au juge pour trancher les litiges posent la question de savoir si l'État est la source de tout droit ou s'il existe une source qui lui est supérieure. Suivant la réponse qu'on donne à cette question, le droit est soit l'expression du pouvoir soit un moyen de le contrôler²⁷⁸. Le problème s'est complètement renouvelé avec le progrès de l'idée d'État de droit (v. p. 75) et, depuis la Seconde

²⁷⁴ Le substantif « source » est dérivé du vieux verbe « sordre », lui-même issu du verbe latin *augere*, composé à partir de la préposition *sub* qui indique un mouvement de bas en haut et du verbe *regere* (v. p. 10). « Sordre » a donné « sourdre » et évoque immédiatement de l'eau jaillissant de terre. Cette image a été transposée au droit.

²⁷⁵ Ainsi le RO et le RS en Suisse, le *Journal officiel* (J.O.) en France, les ATF, etc.

²⁷⁶ La « source » de l'information.

²⁷⁷ On peut faire la comparaison avec une bouteille de vin : la bouteille est la loi au sens formel, et le vin le droit.

²⁷⁸ Aujourd'hui, les États d'Europe occidentale, reprenant les idées de la Révolution française, considèrent que leur souveraineté implique qu'ils soient la seule source du droit, d'où l'importance accordée à la loi. À l'inverse, la coutume apparaît comme un frein aux débordements du pouvoir. Ainsi, en Angleterre, la *common law* fut un des outils de la lutte contre la tentative des Stuart d'établir une monarchie absolue à l'image de celle de la France. Sur les rapports du pouvoir et du droit, v. JOUVENEL (Bertrand de), *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Genève 1947, p. 369-386.

guerre mondiale, avec le développement des conventions internationales reconnaissant des droits à la personne humaine (v. p. 480) en tant que telle. Des États de plus en plus nombreux ont souscrit à ces conventions ou leur ont été imposées. Aujourd'hui, le droit applicable est au-dessus de la souveraineté d'un bon nombre d'États et des espaces de liberté existent, par exemple, la Suisse et l'Union Européenne (v. p. 488).

C. Les notions d'autorité et de Tradition

Le mot « autorité » vient du latin *autoritas* qui, lui-même, vient du verbe *augere* « accroître », « augmenter », employé en droit augural²⁷⁹. Remontant à l'ancien droit romain, la notion d'*autoritas*, déjà chargée de multiples sens, fut récupérée par l'empereur Auguste qui lui donna un sens politico-religieux flou²⁸⁰ pour dominer les institutions politiques romaines²⁸¹. Par la suite le mot fut très utilisé en droit canonique et en droit laïque, et s'est chargé de multiples sens.

Voici les principaux sens du mot « autorité » dans le domaine du droit :

1° Les organes du gouvernement et de l'administration investis du pouvoir de commander. Ex. : recourir à l'autorité supérieure, les autorités constituées ;

2° Pouvoir d'obliger à quelque chose, appartenant aux gouvernants, à des agents publics ou à des particuliers. Ex. : une vente par autorité de justice, l'autorité parentale ;

3° Valeur attachée à des décisions. Ex. : l'autorité de la chose jugée (v. p. 331) ;

4° Valeur d'argument reconnue à la solution d'un problème ou à l'opinion d'un auteur ;

5° Dans les droits européens continentaux, le mot autorité est la qualification donnée aux formulations du droit que sont la doctrine (v. p. 205), la jurisprudence (v. p. 181) et la pratique (v. p. 196) pour indiquer que les règles, qu'elles expriment en tant que telles, ne lient pas de la même manière que celles figurant dans les sources formelles (v. p. 85). Néanmoins, elles ont « une puissance effective²⁸² ». Ainsi, la doctrine et la jurisprudence gui-

²⁷⁹ Ce verbe est à l'origine de plusieurs mots très importants en droit : 1) Le substantif latin *auctor* a donné le français « auteur » qui est amphibologique : l'auteur est soit celui qui a commis un acte ou réalisé une œuvre, soit celui dont on tient un droit. Ex. : dans une vente, le vendeur est l'auteur de l'acte ; 2) Une « autorisation » est un acte qui donne le pouvoir de faire quelque chose (autorisation parentale, autorisation d'ouvrir une pharmacie, autorisation de construire) ; 3) Une personne « autorisée » est soit celle qui a reçu une autorisation, soit celle qui fait autorité.

²⁸⁰ L'adjectif « auguste » fut initialement le titre décerné à Octave par le Sénat le 16 janvier 27 av. J.-C.

²⁸¹ MAGDELAIN (André), *Autoritas principis*, Paris 1947 ; « *Autoritas rerum* », dans : *Mélanges F. De Visscher*, t. IV (1950), p. 127-153 ; « *De l'autoritas patrum à l'autoritas senatus* », dans : *Iura*, 53 (1982), p. 25-45. Les deux articles cités ont été réimprimés dans : MAGDELAIN (André), *Jus Imperium. Autoritas. Études de droit romain*, Rome 1990 (Collection de l'École française de Rome, 133).

²⁸² GÉNY (François), *Méthode d'interprétation ...*, 2^{de} éd. Paris 1919, t. 2, p. 7.

dent le juge à la recherche d'une solution, mais celui-ci a la possibilité de s'en écarter²⁸³.

Les autorités prises dans leur double dimension contemporaine et historique constituent la Tradition (v. p. 175).

§ 2. Sources et Tradition

L'histoire du droit et le droit comparé montrent non seulement que le clivage entre sources et Tradition n'est pas fixe, mais que la hiérarchie des différentes manifestations du droit varie. Les sources formelles et les autorités du droit sont soumises à la « théorie des climats ». Elles n'ont pas la même importance d'un système juridique à l'autre ; elles sont fonction des systèmes politiques, du milieu, de l'évolution et des habitudes du pays considéré, de la conception du droit qui y règne, de son fondement, etc. C'est pourquoi la coutume dans des pays en voie de développement, le droit écrit en Europe et en Amérique latine, la jurisprudence en Angleterre, aux États-Unis et au Canada par exemple, sont tour à tour considérés comme source principale du droit.

Il existe une évolution presque constante de la coutume orale, puis écrite vers le droit légiféré écrit : la loi existait déjà en droit romain²⁸⁴ et en droit médiéval²⁸⁵. Elle a pris toujours plus d'importance avec la croissance du pouvoir dont elle est l'expression, à partir du XVI^e siècle²⁸⁶ et surtout du XVII^e siècle²⁸⁷. Cependant, ce n'est que vers la fin du XVIII^e siècle que fut franchi le pas décisif sous l'influence de la « nomophilie » : les États-Unis, la France, puis les autres pays européens se dotèrent de constitutions écrites. Le Code prussien de 1794 voulait contenir tout le droit public et tout le droit privé. La France révolutionnaire multiplia les lois, et le Code civil de 1804 obligea les pays d'Europe continentale à codifier leur droit privé. Au XIX^e siècle, le prestige du droit écrit était si grand, qu'on crut même pouvoir établir la paix entre États en multipliant les traités²⁸⁸.

²⁸³ Il peut aussi prendre ses distances vis-à-vis de la loi, mais moins couramment. Par exemple, il lui faudra invoquer des clauses générales comme l'abus de droit, la bonne foi ou l'équité.

²⁸⁴ Lois, sénatus-consultes, constitutions impériales.

²⁸⁵ Capitulaires, ordonnances royales, chartes urbaines, statuts urbains, etc.

²⁸⁶ Ex. : 1) France : *Ordonnance de Villers-Cotterets* (1530), *Ordonnance de Moulins* (1566) ; 2) Saint-Empire : *Constitutio criminalis carolina* de l'empereur Charles Quint (« La Caroline » de 1532).

²⁸⁷ Ex. : en France, les *Grandes Ordonnances* de Louis XIV et de Louis XV.

²⁸⁸ La réalité se chargea d'infirmer la possibilité de la paix seulement par les traités. En particulier, Bismarck balaya cette conception du droit des traités, d'une phrase dite devant une commission de la Diète prussienne : « Ce n'est pas du libéralisme de la Prusse que s'occupe l'Allemagne, mais de sa puissance ; il faut qu'elle rassemble ses forces et qu'elle les tienne prêtes pour le moment favorable. Les frontières du royaume, telles que les a fixées le Congrès de Vienne, ne se prêtent pas à une vie politique saine ; ce n'est pas par des discours et des votes que se résolvent les grandes questions — les hommes de 1848 et de 1849 le crurent, et ce fut leur erreur — mais par le fer et le sang » (traduction par Ernest DENIS, *La formation de l'Empire allemand (1852-1871)*, 2^e éd. Paris 1924, p. 265). Le rejet de la politique des traités ressort également de la réponse du chancelier de l'Empire d'Allemagne, Bethmann-Hollweg, à l'ambassadeur de Grande-Bretagne qui lui demandait, le 4 août 1914, de respecter la neutralité de la Belgique garantie par un traité dont l'Allemagne était signataire : « Il dit [le chancelier] que la mesure prise par le Gouvernement de Sa Majesté britannique était terrible au dernier point ; rien que pour un mot neutralité, un mot dont, en temps de guerre, on n'avait si souvent tenu aucun compte rien que pour un bout de papier (*scrup of paper*), la Grande-Bretagne allait faire la guerre à une nation de la même famille, qui ne demandait pas mieux que d'être son amie... » (trad. BONNEFOUS (Georges), *Histoire politique de la Troisième République*, Paris, 1957, t. 2, p. 36).

Actuellement, le droit législatif écrit joue un rôle fondamental dans tous les pays de la famille romano-germanique. La même tendance se développe en droit international public (v. p. 471), encore qu'en ce domaine, l'évolution soit moins avancée.

Depuis la Seconde guerre mondiale, la loi (*statute, act, bill*, législation européenne et communautaire) a aussi pris un essor considérable en Angleterre, mais sa place n'est pas la même que dans les pays d'Europe continentale. Ceci tient à ce que la principale source du droit est la *common law* qui est un droit jurisprudentiel. Il en résulte trois conséquences :

1^o La *common law* constitue un cadre dans lequel s'insère la loi, tandis que sur le Continent, c'est au contraire la loi qui fixe le cadre de l'activité juridique ;

2^o La loi contient des règles spéciales qui dérogent aux règles de la *common law* ;

3^o Les lois sont rédigées de manière très détaillée, comme le dispositif d'un jugement.

On trouve la même tendance aux États-Unis, mais moins forte.

Parmi les différentes relations possibles entre sources, la solution du droit canonique est intéressante, car elle est l'aboutissement de siècles de réflexions devenues sous-jacentes aux droits laïques contemporains, et suit de près la vie juridique concrète. Voici la traduction du c. 19 CIC 1983 :

« Si, dans un cas déterminé, il n'y a pas de disposition expresse de la loi universelle ou particulière, ni de coutume, la cause, à moins d'être pénale, doit être tranchée en tenant compte des lois portées pour des cas semblables, des principes généraux du droit appliqués avec équité canonique, de la jurisprudence et de la pratique de la Curie Romaine, enfin de l'opinion commune et constante des docteurs²⁸⁹. »

En cas de lacune de la loi et de la coutume, le juge dispose de quatre sources supplétives du droit : « les lois portées pour des cas semblables », c'est-à-dire l'analogie (v. p. 390), « les principes généraux du droit appliqués selon l'équité canonique », « la jurisprudence et la pratique de la Curie Romaine », et « l'opinion commune et constante des docteurs », c'est-à-dire la doctrine. Mutatis mutandis, ces quatre sources font partie de l'*Überlieferung* (la Tradition) de la version allemande de l'art. 1^{er} al. 3 Tit. prélim., dont E. Huber avait initialement fait une source formelle du droit (v. p. 90). L'ordre d'énumération des sources n'oblige pas le juge à les épuiser successivement. Il lui appartient de déterminer, cas par cas, celles qui lui serviront. La Tradition l'oriente dans ce choix.

²⁸⁹ Code de droit canonique, texte officiel et traduction française par la Société internationale de droit canonique et de législations religieuses comparées, Paris 1984. Texte latin : *Si certa de re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principis cum aequitate canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia.*

§ 3. Le système de l'art. 1^{er} du Tit. prélim. CC

La Suisse ayant trois langues officielles, le Code civil suisse existe en trois versions officielles, allemande, française et italienne régies par le « principe d'équivalence des textes légaux²⁹⁰ », c'est-à-dire qu'elles ont une égale valeur juridique.

Version allemande :

« A. Anwendung des Rechts.

¹ Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

² Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht (initiallement der Richter²⁹¹) nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

³ Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung. »

Version française :

« 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 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.

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

Version italienne :

« A. Applicazione del diritto

¹ La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione.

² Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore.

³ Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli. »

Il saute aux yeux que les trois versions de l'art. 1^{er} Tit. prélim. ne disent pas la même chose. Ce n'est pas une inadvertance, mais une volonté délibérée d'utiliser le génie de chaque langue et sa tradition juridique pour mieux expliquer le fond du droit par effet stéréoscopique²⁹². Les différences sont importantes. Parallèlement, par leur valeur officielle, les trois textes rappellent au juge qu'il n'est ni un juge allemand ou autrichien, ni

²⁹⁰ STEINAUER (Paul-Henri), « Das Gericht, le juge, il giudice ? Le principe d'équivalence des textes légaux dans les trois langues », dans : *La législateur et le droit privé. Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petipierre*, éd. par CHAPPUIS (Christine), FOEX (Bénédict), THÉVENOZ (Luc), Schulthess, 2005, p. 69-83.

²⁹¹ Le changement correspond à une décision de formulation non sexiste. STEINAUER (Paul-Henri), *art. prélim.*

²⁹² On trouve l'idée d'employer l'adjectif « stéréoscopique » chez CURTI-FORRER (Eugène), *Commentaire du Code civil suisse*, trad. PORRET (Max-E.), Neuchâtel 1912, p. 3, n. 4 ; LE ROY (Yves) et SCHENENBERGER (Marie-Bernadette), « Lecture „ stéréoscopique “ de l'article 1^{er} du Titre préliminaire du Code civil suisse », dans : *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Livres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 303-323.

un juge français, ni un juge italien, mais un juge suisse et qu'il doit tenir compte du tout, c'est-à-dire de combiner les apports des systèmes juridiques français, allemand, autrichien et italien, en ayant en vue la spécificité helvétique, telle que la percevaient les auteurs du Code de 1907, pour comprendre les finesses de la loi. Les écarts entre les versions allemande, française et italienne sont des enseignements. C'est une nécessité dans un pays plurilingue qui comprend des traditions juridiques différentes et dont les juges ne sont pas nécessairement des professionnels du droit.

Il est en effet impossible d'exposer une même idée de la même manière dans les trois langues, même si la solution concrète est la même. Par exemple, l'expression d'une idée en langue française exige que la pensée recoure aux procédés du rationalisme dont Descartes (1596-1650) fut l'initiateur reposant largement sur la déduction (du général au particulier), ce qui est beaucoup moins vrai en langue allemande. Des démarches différentes s'imposent donc, mais chacune peut être aussi claire que l'autre. De plus, il arrive souvent que le terme désignant une institution juridique dans une langue reflète un aspect différent, voire une conception différente de cette institution²⁹³.

Pour résumer, on peut dire que les rédacteurs du Code civil ont transformé en avantage, ce qui au départ constituait un inconvénient : le juge aura la facilité de se former au droit selon la tradition juridique propre à sa langue, mais l'application du droit suisse exigera une combinaison sui generis des trois traditions.

On approfondira les apports de l'art. 1^{er} CC au fil du livre à propos des sources, des autorités, de l'interprétation de la règle de droit, du comblement des lacunes, etc. Toutefois, on doit donner ici une vue d'ensemble de l'art. 1^{er} pour compenser la dilution pédagogique de sa richesse et montrer qu'une rédaction stéréoscopique du droit est un outil de communication incomparable.

Plan

L'intérêt des versions officielles de l'art. 1^{er} Tit. prélim. CC (A) ;

Le système de l'art. 1^{er} du Titre préliminaire du Code civil suisse (B) ;

La portée de l'art. 1^{er} Tit. prélim. CC (C) ;

Les racines savantes de l'art. 1^{er} Tit. prélim. CC (D)

²⁹³ Ex. : le mot « faillite » désigne la procédure appliquée au débiteur inscrit au registre du commerce qui ne peut plus faire face à ses échéances. Le français « faillite » (de l'italien *fallita*, « faute ») évoque l'aspect pénal de la faillite : jadis un ensemble de sanctions, d'interdictions et de déchéances sévères frappaient le failli. L'idée était que son insolvabilité était due à une conduite délictueuse. Les crises économiques conjoncturelles ou structurelles de la fin du dernier tiers du XIX^e siècle ont généré des faillites qui n'avaient rien de frauduleux. Aujourd'hui, le régime a été modéré et la langue juridique française n'emploie plus le mot faillite, mais l'expression « liquidation judiciaire ». En allemand, faillite se dit *der Konkurs*. Ce mot évoque un autre aspect de la faillite : la procédure à laquelle sont soumis les créanciers du débiteur malheureux : ils concourront ensemble pour le paiement de leurs créances et ils seront payés « au marc le franc », c'est-à-dire au prorata du montant du montant total des créances par rapport au produit de la réalisation de l'actif du débiteur.

A. L'intérêt des versions officielles de l'art. 1^{er} Tit. prélim. CC

L'intérêt des versions officielles de l'art. 1^{er} Tit. prélim. tient à la qualité de ses trois versions officielles. Ce constat vaut pour beaucoup de dispositions du Code civil. Simplement, on s'attache ici au seul art. 1^{er} du Titre préliminaire. E. Huber* a contribué lui-même et relu avec un très grand soin les rédactions. Il avait une excellente connaissance des langues fédérales. La traduction française fut confiée à Virgile Rossel* et Fritz-Henri Mentha*. Ils travaillèrent à partir d'une « terminologie réfléchie » du Code Napoléon (1804). Stendhal recommandait la lecture du Code Napoléon pour se forger un style. Toutefois, la doctrine a reproché des incertitudes au langage du Code Napoléon. Celles-ci ont été amendées par la doctrine et la jurisprudence²⁹⁴. Les auteurs de la version française du Code civil suisse en ont recueilli les acquis, d'où l'expression « terminologie réfléchie ».

Plan

L'art. 1^{er} Tit. prélim. CC répond à trois questions :

Il distingue les sources du droit suisse et la Tradition (1^o) ;

Il établit la hiérarchie des sources (2^o) ;

Il dit quelles sont les méthodes de recherche du droit à un cas (3^o)

1^o Les sources du droit suisse et la Tradition

a) Les sources du droit sont :

1) La loi (al. 1^{er}) ;

2) La coutume (al. 2) ;

3) Le pouvoir du juge de combler les lacunes du droit, couramment appelé « droit prétorien » (al. 2) ;

b) La Tradition dont deux éléments importants sont :

1) Les solutions consacrées par la doctrine (al. 3) ;

2) Les solutions consacrées par la jurisprudence (al. 3).

Le clivage entre les sources et la Tradition fit l'objet de discussions. Dans l'Avant-projet de Code civil, la Tradition (*die Überlieferung* de la version allemande), dont les solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence (version française) sont des composantes, étaient des sources :

Version allemande de l'avant-projet d'art. 1^{er} :

« A. Die Herrschaft des Civilrechts.

I. Die Grundlagen der Rechtsprechung.

¹ Das Zivilgesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

² Fehlt es in dem Gesetze an einer Bestimmung, so entscheidet der Richter nach dem Gewohnheitsrechte und wo auch ein solches mangelt, nach bewährter Lehre und Ueberlieferung.

³ Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so hat er sein Urteil nach der Regel zu sprechen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. »

²⁹⁴ Ex. : 1) Le mot « acte » employé dans plusieurs sens ; 2) Les liens entre les notions de « cause étrangère », « force majeure » et « cas fortuit ».

Version française de l'avant-projet d'art. 1^{er} :

« A. Empire du droit civil.

I. Principes de son application.

¹ La loi civile s'applique à toutes les causes qu'elle régit selon sa lettre ou son esprit.

² En l'absence d'un texte légal applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et en l'absence d'un droit coutumier, suivant la doctrine et la jurisprudence.

³ A défaut de ces sources, il appliquera les règles qu'il édicterait s'il avait à faire office de législateur. »

En revanche, classer la doctrine et la jurisprudence dans la catégorie des sources du droit est le signe de l'influence de la *Begriffsjurisprudenz* allemande, donc du *ius commune*.

2^o La hiérarchie des sources

La loi laisse nécessairement des lacunes. Le législateur résout cette difficulté en instituant deux sources subsidiaires de droit : en premier lieu la coutume, puis, à défaut, le droit prétorien²⁹⁵, car le juge doit statuer sous peine de commettre un déni de justice (*die Rechtsverweigerung*), autrement dit un manquement au devoir de rendre justice²⁹⁶ ;

²⁹⁵ Le Code Napoléon a adopté une technique semblable. La loi du 30 ventôse an XII (31 mars 1804) qui réunit trente-six lois de droit privé en un seul corps de lois sous le titre de *Droit civil des Français* dispose dans son art. 7 : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code. » L'ancien droit conserve valeur subsidiaire. De plus, l'art. 4 (v. texte p. 407) faisant obligation au juge de juger sous-entend son pouvoir créateur en cas de lacune de la loi.

²⁹⁶ Cette défaillance peut se manifester de multiples façons. Ex. : 1) Une juridiction administrative et une juridiction de l'ordre judiciaire ont rendu des décisions contradictoires sur un même objet ; 2) Les dirigeants d'une entreprise ont été condamnés pour faillite frauduleuse. L'instruction du procès pénal a donné lieu à de multiples audiences et à l'accumulation de très nombreux documents mettant en évidence les fraudes commises et le préjudice subi par les créanciers de la société. Une partie des créanciers, cessionnaire de la masse en faillite, s'est constituée partie civile et bénéficie des preuves figurant dans le dossier constitué par le juge d'instruction, mais l'autre partie des créanciers a intenté un procès civil en responsabilité contre les administrateurs de la société. Sur leur requête, le tribunal civil a requis communication du dossier pénal alors en cours d'instruction. A l'unanimité, les juges de la chambre pénale ont répondu « que les parties qui ont renoncé ou qui n'ont pas été en mesure de se constituer parties civiles dans la procédure pénale n'ont pas à bénéficier, fût-ce ultérieurement, des avantages de communication de dossier réservés aux seules parties à la procédure pénale. » Le droit de consulter un dossier fait partie du droit d'être entendu, mais en matière pénale ce droit se heurte à l'intérêt légitime des personnes impliquées. C'est pourquoi, les tribunaux pénaux refusent généralement aux tiers l'autorisation de consulter un dossier. Ici, la Chambre pénale a commis un déni de justice en refusant de communiquer le dossier au seul motif que la demande était formulée par des personnes étrangères à la procédure pénale. Elle n'aurait pas dû rejeter la demande par principe, mais mettre en balance l'intérêt des personnes impliquées dans le procès pénal avec celui des requérants civils. Le cas échéant, le juge pénal devra procéder à un tri des pièces susceptibles d'être communiquées (ATF 110 Ia 83).

3° Les méthodes de recherche du droit applicable à un cas

Comme l'indique la note marginale en allemand, *Anwendung des Rechts*, l'art. 1^{er} dicte au juge des méthodes de travail pour trouver la règle de droit applicable à un cas :

- a) L'al. 1^{er} traite de l'interprétation (*die Auslegung*) de la loi, quelque soit son niveau dans la « pyramide de Kelsen » (V. un peu plus bas, p. 82). Le juge doit appliquer la loi conformément à son *sens* « signification » qu'il trouve en analysant sa « lettre » ou en dégagant son « esprit » selon les règles de l'interprétation ;
- b) A défaut de loi, le juge doit observer la même démarche vis-à-vis de la coutume (al. 2) ;
- c) Le juge doit combler les lacunes en opérant comme le ferait le législateur (al. 2) ;
- d) L'al. 3 dispose que le juge « *folgt die Überlieferung (Tradition)* », en particulier « les solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence » pour mettre en œuvre les alinéas 1^{er} et 2. L'al. 3 s'applique aussi à l'art. 4 Tit. prélim. sur le pouvoir d'appréciation du juge. L'alinéa 3 est la clé de voûte de la formation et de l'activité du juge. En effet, les deux premiers alinéas de l'art. 1^{er} et l'art. 4 Tit. prélim. assignent au juge une mission, dire le droit, et lui donnent des pouvoirs et des méthodes, mais ils ne lui disent ni comment choisir parmi les multiples façons de les mettre en œuvre, ni quel résultat retenir parmi plusieurs. C'est la Tradition qui oriente le juge dans son activité.

La combinaison des rédactions allemande, française et italienne, donne un poids énorme aux trois alinéas de l'art. 1^{er}. Dans le cadre de ce manuel, on ne peut seulement montrer comment, par un aperçu de quelques remarques sur un point : « la lettre et l'esprit »/ *Wortlaut oder Auslegung*. Ici, E. Huber fait une application exemplaire de ce que devrait être un « code populaire²⁹⁷ » selon Savigny*, en Suisse où les 26²⁹⁸ législateurs (le législateur fédéral et les législateurs cantonaux) ni les juges ne sont pas nécessairement des juristes :

[Si le code est écrit dans une langue irréprochable] « la pensée survole alors les différences de nature et de formation des individus qui écoulent et les atteint en ce centre de leur esprit qui est commun à tous. Alors il arrive que les grands soient satisfaits, tandis que tout est clair pour les petits : les uns et les autres voient dans la pensée qui les dépasse quelque chose de formateur, qui leur est accessible aux uns comme aux autres²⁹⁹. »

²⁹⁷ Sur la notion de code « populaire », v. aussi p. 20.

²⁹⁸ A l'époque de E. Huber, la Confédération comptait 25 cantons. Le canton du Jura a été créé en 1979.

²⁹⁹ SAVIGNY (Friedrich Carl von...), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, traduction, introduction et notes par DUFOR (Alfred), Paris, PUF, 2006 (Léviathan), p. 127.

L'*Exposé des motifs de l'avant-projet* du Code civil suisse se fait l'écho de cette conception :

« Quelque convaincu que l'on soit de la nécessité d'études juridiques pour les magistrats appelés à rendre la justice, les lois modernes ne sont pas rédigées dans le seul but d'enseigner aux juges comment ils auront à procéder le cas échéant. La loi s'adresse à tous ceux qui sont soumis à son empire. Les commandements du législateur doivent dès lors, dans la mesure où cela est compatible avec la matière traitée, être intelligibles pour chacun ou, du moins, pour les personnes qui sont tenues de par leur profession, à se familiariser avec le droit. Les règles établies doivent avoir un sens même pour le profane, ce qui n'empêchera pas le spécialiste de leur découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond que le profane. C'est là ce qu'on entend par les mots de législation populaire³⁰⁰. »

Le mot « juge » employé dès l'art. 1^{er} Tit. prélim. CC doit s'entendre dans le sens extrêmement large de toute personne soumise à la loi et ayant à appliquer une règle de droit, c'est-à-dire de pratiquement tout le monde dans la vie quotidienne. En conséquence, **il est rédigé de manière à fournir plusieurs niveaux de compréhension, du plus élémentaire au plus élevé, en fonction du degré de formation du lecteur.**

La priorité donnée à la lettre est normale : la loi exprime la volonté des gouvernants et ceux-ci veulent être compris des gouvernés. Il faut donc que la loi soit écrite dans un langage accessible à tous. Toutefois, elle doit aussi répondre à des questions complexes relevant des juristes professionnels. **L'al. 1^{er} Tit. prélim. prend acte de cette vérité d'évidence et édicte une présomption de conformité de la lettre de la loi à son esprit.** Cet impératif a eu des répercussions sur la langue et le style du Code civil. Les rédacteurs ont fait l'effort d'employer les mêmes termes et les mêmes expressions pour désigner les mêmes notions. Les articles sont presque toujours limités à trois alinéas. En principe, chaque article est intelligible par lui-même³⁰¹. Mais la langue est un outil imparfait et les hommes la manient plus ou moins bien. Il arrive que la lettre n'exprime pas correctement la volonté du législateur. Il faut alors se souvenir que la lettre est le contenant et que seul le contenu compte. En droit, dans le seconde moitié du XIX^e siècle et au début du XX^e, cette idée fait penser au but poursuivi par Jhering* dans son livre *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852-1865) : il dépasse la lettre du droit romain et veut trouver le droit à partir de l'esprit du droit romain :

« Par le droit romain, au-delà du droit romain³⁰². »

³⁰⁰ *Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse* (1902), p. 10-11.

³⁰¹ *Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse*, p. 12.

³⁰² JHERING, *La lutte pour le droit*, présentation de JOUANJAN (Olivier), p. XIII.

Le juriste français Saleilles* s'inspira de Jhering* pour conclure la préface qu'il écrivit pour le livre de Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*³⁰³ :

« Par le Code civil, mais au-delà du Code civil !³⁰⁴ »

De même, selon l'art. 1er Tit. prélim., le juge suisse doit trouver le droit à partir des sources et de la Tradition. Ces mots d'ordre correspondent à un besoin d'évolution du droit et à la manière d'y parvenir.

La présomption de conformité de la lettre peut être renversée en faveur de l'esprit par l'interprétation Il faut alors interpréter la loi au-delà de sa lettre. Sinon, comme l'avait écrit Cicéron, *summum ius summa iniuria*³⁰⁵, « le droit le plus exactement appliqué génère la plus grande injustice ». Pour éviter ce résultat, les jurisconsultes romains, formés à la philosophie grecque, se fondent sur les fins du droit. Le *rigor iuris* du droit romain doit être combiné avec trois notions venues de Grèce : l'équité, la bonne foi et l'utilité³⁰⁶. E. Huber part de la parole de saint Paul : « La lettre tue, l'esprit vivifie³⁰⁷ ». Le français « esprit » est à rapprocher du substantif allemand *die Überlieferung*, « La Tradition », de la version allemande de l'art. 1^{er} al. 3. Le terme évoque d'abord « la Loi et les prophètes » ; autrement dit la Bible, et le sens juridique — les autorités dans leur pleine dimension historique et contemporaine — vient en second (v. p. 175). De son côté, Virgile Rossel a déclaré que le Code civil suisse voulait être la « conscience écrite » (v. p. 46). E. Huber place ainsi le Code civil suisse sous les auspices de la Bible et de l'héritage gréco-romain. Dans le *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, Portalis* avait adapté le fragment paulinien au droit. Un professeur de droit français, Charles Aubry*, le reprit dans un discours prononcé lors la rentrée des Facultés de Strasbourg en 1857 : il fallait appliquer « toute la loi dans son esprit et dans sa lettre ». La formule exprimait une réaction de Aubry et de son collègue Charles Rau*, l'un catholique, l'autre protestant³⁰⁸. Les postulats constitutionnels de la Révolution et le prestige du Code Napoléon avaient engagé les juristes français dans la voie d'une exégèse article par article des textes légaux, largement coupée des racines du droit. Or, l'évolution sociale et économique avait rendu obsolète de nombreuses dispositions du Code civil et des problèmes nouveaux étaient apparus. Aubry et Rau étaient aussi avocats.

³⁰³ Paris 1899 (2^{de} éd. 1919).

³⁰⁴ SALEILLES* achève sur la réflexion suivante : « Je serais de ceux peut-être qui eussent volontiers retourné les termes : « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil ! » Je reconnais que ce serait manquer un peu de hardiesse et vouloir conserver une part de fiction. Aussi, je n'insiste pas, trop heureux de me laisser convaincre, pourvu que cela puisse convaincre : ce à quoi nous tenons le plus c'est à « l'au-delà ». Il sera difficile désormais que cet « Au-delà » ne devienne pas le mot d'ordre de tous les juristes. »

³⁰⁵ *De Officiis*, I, 33.

³⁰⁶ VILLERS (Robert), *Rome et le droit privé*, Paris, Albin Michel, 1977 (L'évolution de l'humanité. Collection fondée par Henri Berr), p. 98-99.

³⁰⁷ 2 *Corinthiens* 3, 6.

³⁰⁸ MALAURIE (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, 1996, p. 181-184.

L'expérience leur avait montré que les juges et les autres praticiens du droit, obligés de trancher au quotidien les problèmes dans le vif, avaient pris l'habitude d'improviser des solutions nouvelles tout en s'abritant derrière le paravent de la pseudo-interprétation d'une loi souvent sans rapport ni avec le problème ni avec sa solution. Alsaciens, Aubry et Rau eurent l'idée de guider les créations du juge par une méthode et de donner un nouveau départ à la doctrine française en l'appuyant sur la science juridique allemande qui s'était préservée des excès de la Révolution. Le Code Napoléon s'appliquait dans certains *Länder*, mais les juristes allemands l'étudiaient selon la méthode du *ius commune* qui faisait ses preuves depuis huit siècles. Ils écrivirent un manuel de droit civil français sur la base du *Handbuch des französischen Civilrechts* de Karl Salomon Zachariä von Ligenthal*. Ils y insèrent de la jurisprudence et de la doctrine françaises qu'ils analysèrent et ordonnèrent selon la même méthode. Dès la seconde édition, ils détachèrent leur ouvrage de son modèle et rédigèrent un travail spécifiquement français. Le binôme « lettre/esprit » est un hommage au *Cours de droit civil français* de Aubry et Rau, chef-d'œuvre de la doctrine française, maintes fois mis à jour et encore utilisé aujourd'hui. Ce faisant, le Professeur E. Huber invite l'étudiant en droit suisse à lire le *Discours sur le titre préliminaire* de Portalis, ainsi qu'un excellent cours de droit, celui d'Aubry et Rau, qui lui donnera une formation adaptée et de qualité parce qu'il recourt à la Tradition³⁰⁹. Après, il sera en mesure d'aborder les autres horizons culturels du droit suisse et d'apprendre à le pratiquer. Une phrase de l'*Exposé des motifs de l'Avant-projet de Code civil suisse* fait écho à Aubry et Rau :

Le droit écrit « doit être appliqué non seulement aussi loin que sa lettre le permet, mais aussi loin qu'une interprétation quelconque peut faire porter son esprit. Tel est le sens de l'alinéa 1 de l'article 1^{er}³¹⁰. »

La référence à la lettre et à l'esprit est également un hommage à Domat* qui réunit droit civil et droit naturel, ainsi qu'aux maîtres et docteurs des droits savants qui avaient posé en principe que les mots étaient au service d'un but, et multiplié les images affirmant la supériorité de l'esprit sur la lettre³¹¹. Naturellement, la référence renvoie aussi inmanquablement à *L'esprit des lois* de Montesquieu*, c'est-à-dire aux fondements du droit : celui-ci n'est qu'un outil dont il peut être fait un bon ou un mauvais usage. Ses causes et ses buts sont en dehors de lui. La version allemande n'est pas en reste de références. Si *der Wortlaut* correspond au français « lettre », *die Auslegung* ne signifie pas « esprit » mais « interprétation ». Pourquoi ? *Die Auslegung* renvoie aux diverses techniques perfectionnées d'interprétation, forgées par des siècles de droit romain, puis de droits savants, notamment de *ius commune*. Or, ces techniques ont été étudiées

³⁰⁹ En l'espèce les doctrines allemande et française, la jurisprudence, l'histoire du droit, le droit romain, le droit comparé et la philosophie du droit.

³¹⁰ *Exposé des motifs*, p. 30.

³¹¹ La lettre est le contenant et l'esprit le contenu, l'esprit est l'âme et la lettre le corps, etc.

avec beaucoup plus d'intensité en Allemagne et en Autriche qu'en France³¹². En particulier, l'effervescence doctrinale était vive à l'époque où E. Huber* élaborait le Code civil, et ce dernier en porte la marque. Mais il y a plus, sinon, le législateur aurait très bien pu utiliser le mot *der Sinn* qui serait un bon équivalent du mot « esprit » ou *der Zweck*, « le but », qui conviendrait aussi³¹³. Le texte italien définit un aspect de « l'esprit » en parlant de *sensu*. En somme, les versions française et italienne indiquent le but à atteindre et le texte allemand le moyen d'y parvenir : le recours à l'interprétation.

B. La portée de l'art. 1^{er} Tit. prélim. CC

L'art. 1^{er} Tit. prélim. CC a une portée très large :

1^o Il s'applique à tout le droit privé : CC, CO et leur législation accessoire. Il ne s'applique pas directement aux autres matières ;

2^o Il exprime un système général dont l'histoire montre qu'il a couvert tous les domaines du droit. C'est pourquoi, on peut également s'y référer en dehors du droit privé, notamment en droit constitutionnel et en droit administratif. Il faut néanmoins tenir compte des particularités du domaine considéré. Ainsi, le principe de la légalité des délits et des peines interdit la création de nouvelles infractions et sanctions par voies coutumière ou prétorienne³¹⁴. La question est

³¹² V. notamment : MÜLLER (Friedrich), *Juristische Methodik*, 5^e éd., Berlin, Dunker & Humblot, 1993, 351 p., trad. française par JOUANJAN (Olivier) sous le titre *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, 438 p. (Léviathan). L'ouvrage allemand en est à la 9^e éd. entièrement révisée et fortement augmentée : t. 1, *Grundlagen, öffentliches Recht*, Berlin 2004. V. aussi JOUANJAN (Olivier), *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005 (Léviathan), 364 p.

³¹³ Le Tribunal fédéral y recourt. V. par exemple dans les *Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse* (= ATF) 111 V 127 considérant 2b : « *Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar bzw. sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich der Auslegung nach dem Zweck, nach dem Sinn und nach dem Text zugrunde liegenden Wertungen. Der Sinn, der einer Norm in Kontext zukommt, ist ebenfalls wichtig* ». Le mot *der Zweck* aurait renvoyé trop directement à JHERING (Rudolph von...), *Der Zweck im Recht* (1877-1884). La même remarque vaut pour *der Geist* qui aurait renvoyé à son *Geist des römischen Rechts*.... Or, l'article 1^{er} se veut indépendant des doctrines qui l'ont inspiré.

³¹⁴ Sur la question de la légalité des délits et des peines HURTADO POZO (José), *Droit pénal. Partie générale I*, nouvelle édition refondue et augmentée, Zurich, Schulthess, 2008, p. 44-60, n^{os} 117-170. Voici un exemple classique : la LStup réglemente les conditions dans lesquelles les médecins, les pharmaciens et les vétérinaires peuvent dispenser des stupéfiants. L'art. 20 ancien LStup érigeait en délit les infractions que ces professionnels commettraient, mais il omettait de mentionner les pharmaciens. Il s'agissait d'un oubli que le législateur a corrigé ultérieurement. Néanmoins, entre-temps, le juge pénal n'est pas habilité à combler la lacune de la loi pour régler un cas concernant un pharmacien auquel le texte initial était applicable. La limite de l'intervention du juge est difficile à fixer. En effet, « si une interprétation conforme à l'esprit de la loi peut s'écarter de la lettre du texte légal, le cas échéant au détriment de l'accusé, il reste que le principe *nulla poena sine lege* interdit au juge de se fonder sur des éléments que la loi ne contient pas, c'est-à-dire de créer de nouveaux états de fait punissables ou de proposer une interprétation si extensive de ceux qui existent que l'esprit de la loi n'est plus respecté... S'il (le juge) arrive à la conclusion qu'il se trouve en présence d'une lacune proprement dite, il a le devoir de la combler comme il le ferait en droit civil, avec cette réserve qu'en droit pénal, sa démarche ne saurait que profiter à l'accusé, en vertu de l'art. 1^{er} CP » (ATF 103/1977 IV 129). V. aussi notre livre p. 132, 391, 549 et 578.

délicate en pratique. Le Tribunal fédéral a dû préciser sa position :

« Seul est punissable l'auteur d'un acte expressément réprimé par la loi (art. 1 CP). Le texte légal est le fondement de l'application de la loi. Même un texte légal clair demande toutefois à être interprété lorsqu'il ne peut, raisonnablement, correspondre au véritable sens de la loi. Ce n'est pas la lettre de la loi qui est déterminante mais son sens, déduit des valeurs, même imparfaitement traduites dans le texte légal, qui en sont le fondement. Une interprétation téléologique s'écarterant du texte légal peut s'effectuer au détriment de l'accusé. Le raisonnement par analogie est alors admissible, ne s'agissant que d'un moyen de dégager le sens d'une loi. Le principe « pas de peine sans loi (art. 1 CP) interdit uniquement de s'écarter du sens d'une norme légale interprétée fidèlement, soit de créer, par le biais de l'interprétation, de nouveaux états de fait punissables ou d'étendre ceux existants au point de trahir l'esprit de la loi (ATF 87 IV 115 c. b. p. 118 ; 95 IV 68 c. 3a p. 72, chacun avec ses références). Il est certes difficile de tracer la limite entre l'interprétation d'une norme légale au détriment de l'accusé et la création analogique, prohibée, de nouveaux états de fait punissables. Le souci de pénaliser un comportement répréhensible ne doit pas être assimilé, ni confondu avec l'esprit et le but d'une norme pénale. L'on ne saurait, non plus, ignorer que la question de savoir si un comportement déterminé est punissable se pose précisément lorsqu'il paraît devoir l'être. En matière d'interprétation, le raisonnement tant par analogie que a contrario est admissible (ATF 116 IV 134 c. 2a p. 138 et les références)³¹⁵. »

3^o Il vise expressément le juge, mais il concerne tous ceux qui ont à mettre en œuvre le droit positif, en particulier, les administrateurs.

C. Les racines savantes de l'art. 1^{er} Tit. prélim. CC

Pétri par des siècles de science juridique, notamment les droits savants (v. p. 555), l'article 1^{er} Tit. prélim. est la disposition la plus célèbre du droit suisse. Son texte a fait le tour du monde. Il est un objet de réflexion très intéressant pour tous les juristes, parce qu'il concentre énormément d'idées partagées par divers droits nationaux dans trois alinéas simples et courts, procédé dont son principal auteur, E. Huber*, avait le secret.

L'ascendance largement commune de l'art. 1^{er} Tit. prélim. et des c. 18 et 20 du *Code de droit canonique* (CIC) de 1917, § 7 de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien (ABGB, 1811) et art. 3 du *Codice civile del Regno d'Italia* (1865) explique l'utilité d'une simple lecture comparative de ces dispositions pour mieux les comprendre les unes par rapport aux autres³¹⁶ :

³¹⁵ SJ 2002 I 107. Selon l'art. 189 al. 1^{er} CP, est punissable, pour contrainte sexuelle, celui qui, notamment en usant de menaces ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel. Un Tribunal cantonal s'est appuyé sur ce texte pour punir également le fait de contraindre la victime à un comportement sexuel actif, partant à commettre, et non à subir, un acte d'ordre sexuel. Se fondant sur les travaux préparatoires et la doctrine dominante, le Tribunal fédéral confirme ce point de vue, et précise, à cette occasion, les règles d'interprétation en matière pénale.

³¹⁶ V. LEFEBVRE (Charles), *Les pouvoirs du juge en droit canonique. Contribution historique et doctrinale à l'étude du canon 20 sur la méthode et les sources en droit positif*, Paris, Sirey, 1938, 340 p.

C. 18 CIC de 1917 devenu le c. 17 CIC 1983 :

« Les lois ecclésiastiques doivent être comprises selon le sens propre des mots dans le texte et le contexte ; si le sens demeure douteux et obscur, il faut recourir aux lieux parallèles s'il y en a, à la fin et aux circonstances de la loi, et à l'esprit du législateur³¹⁷. »

C. 20 CIC 1917 devenu le c. 19 CIC 1983 :

« Si, dans un cas déterminé, il n'y a pas de disposition expresse de la loi universelle ou particulière, ni de coutume, la cause, à moins d'être pénale, doit être tranchée en tenant compte des lois portées pour des cas semblables, des principes généraux du droit appliqués avec équité canonique, de la jurisprudence et de la pratique de la Curie Romaine, enfin de l'opinion commune et constante des docteurs³¹⁸. »

ABGB (1811), § 7 :

« Analogie.

Si un cas litigieux ne peut se résoudre ni d'après le texte, ni d'après le sens naturel d'une loi, on doit s'attacher aux cas semblables résolus par les lois et aux motifs d'autres lois analogues. Si le cas litigieux demeure encore douteux, on doit statuer d'après les principes fondamentaux du droit naturel, en tenant compte des faits soigneusement rassemblés et minutieusement examinés³¹⁹. »

Codice civile del Regno d'Italia (1865), art. 3 :

« Lors de l'application de la loi, on ne peut lui attribuer un autre sens que celui qui ressort évidemment de la signification propre des mots selon le lien qu'ils ont avec l'intention du législateur.

Quand une question ne peut se résoudre par le texte précis de la loi, on doit recourir aux dispositions régissant des cas semblables ou des matières analogues : si la question reste encore douteuse, elle se résoudra d'après les principes généraux du droit³²⁰. »

Plan de la deuxième partie

Les sources formelles du droit (livre 1) ;

La Tradition. *Die Überlieferung* (livre 2).

³¹⁷ Texte latin : *Leges ecclesiasticae intelligendae sunt secundum propriam verborum significationem in textu et in contextu consideratam ; quae si dubia et obscura manserit, ad locos parallelos, si qui sint, ad legis finem ac circumstantias et ad mentem legislatoris est recurrendum.*

³¹⁸ Texte latin : *Si de certa re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principis cum aequitate canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia.*

³¹⁹ Trad. DOUCET (M.), *Code civil autrichien*, Paris 1947, p. 11. Texte allemand : *Analogie. Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss aus ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*

³²⁰ Texte italien : *Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.*

Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe : ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto.

LIVRE 1 LES SOURCES FORMELLES DU DROIT

Selon l'art. 1^{er} Tit. prélim., les sources formelles du droit sont la loi, la coutume et le pouvoir du juge de combler les lacunes du droit, usuellement appelé droit prétorien. Cette énumération des sources appelle deux remarques :

1° Elle est devenue lacunaire, et il faut la compléter avec les sources atypiques du droit ;

2° Sous l'influence de la doctrine de la *Freirechtsschule* (= École de la libre recherche scientifique, v. p. 402), E. Huber* a érigé le pouvoir du juge de combler les lacunes au rang de source du droit. Pourtant, ce pouvoir correspond simplement à la mission ordinaire du juge de trancher les litiges. Aussi, on n'étudiera pas ici le pouvoir prétorien du juge, mais dans la partie du livre consacrée à l'application de la loi (p. 421).

Plan.

La loi (titre 1) ;

La coutume (titre 2) ;

Les sources atypiques du droit (titre 3).

COMMENTAIRE ROMAND

Code civil I

Art. 1-359 CC

Commentaire



Edité par

S. 20 OCT. 10

Pascal Pichonnaz

Professeur à l'Université de Fribourg

Bénédict Foëx

Professeur à l'Université de Genève

S. DE
CAI
631
COX
201

Message majorité	Message concernant la révision du Code civil suisse (abaissement de l'âge de la majorité civile et matrimoniale, obligation d'entretien des père et mère), du 17 février 1993, FF 1993 I 1093
Message mariage	Message concernant la révision du Code civil suisse (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), du 11 juillet 1979, FF 1979 II 1179
Message médecine de la reproduction et génie génétique	Message concernant l'initiative populaire « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », du 18 septembre 1989, FF 1989 III 945
Message obligation de révision	Message concernant la modification du Code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, du 23 juin 2004, FF 2004 3745
Message protection de l'adulte	Message concernant la révision du Code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), du 28 juin 2006, FF 2006 6635
Message registres informatisés	Message concernant la révision du Code civil suisse (tenue informatisée des registres de l'état civil), du 14 février 2001, FF 2001 1537
Message SA et droit comptable	Message concernant la révision du Code des obligations (droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), du 21 décembre 2007, FF 2008 1407
Message Sarl	Message concernant la révision du Code des obligations (droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), du 19 décembre 2001, FF 2002 2949
Message transplantation	Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation), du 12 septembre 2001, FF 2002 19
Rapport CAJ-CN	Rapport de la CAJ-CN concernant l'initiative parlementaire « Protection contre la violence dans la famille et dans le couple », du 18 août 2005, FF 2005 6437
Rapport pour une révision du CC. de 1993	Message concernant la révision du Code des obligations (droit de la Code civil suisse (droit des fondations et ouverture des contrats de mariage et des pactes successoraux), Berne 1993
Rapport sur l'adoption	Rapport du Conseil fédéral sur les adoptions en Suisse (réponse au Postulat Hubmann « Rapport sur l'adoption »), du 1 ^{er} février 2006

Art. 1*

A. Application de la loi

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

² A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'établirait s'il avait à faire acte de législateur.

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

A. Anwendung des Rechts

¹ Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

² Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

³ Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

A. Applicazione del diritto

¹ La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione.

² Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore.

³ Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli.

Plan

I.	L'évolution des conceptions de l'article 1 CC et les limites du présent commentaire	1
	A. L'article 1 CC et la pensée juridique au tournant du XX ^e siècle	1
	B. L'empire de la loi dans les conceptions aujourd'hui en place	1
	C. Une nouvelle conception de l'article 1 CC ou le retour à celle de Eugen Huber?	1
	D. Les limites du présent commentaire	2
II.	L'originalité de l'article 1 CC et la pérennité de certaines solutions	2
	A. L'originalité de l'article 1 CC	2
	B. Les solutions à l'abri de la mouvance actuelle des conceptions?	5
III.	Les faits saillants de l'actualité de l'article 1 CC	6
	A. Le pluralisme méthodologique et le pragmatisme du Tribunal fédéral	6
	B. Le déclin de la frontière entre droit privé et droit public	7
	C. La prise en compte de la jurisprudence de la CJUE dans l'interprétation du droit privé suisse	9

* La présente contribution est le résultat du calme solitaire qu'offrent les vacances universitaires au *George town University Law Center* à Washington où j'ai pu écrire, modeler et adapter le texte ici reproduit. Il est également le fruit d'une collaboration avec les assistants de l'Université de Fribourg, celle de Nathanaëlle Petrig en premier lieu, qui a préparé un excellent premier jet du manuscrit; celle de Béatrice Hurni et Antoine Aviolat ensuite, qui m'ont aidé dans la mise au point finale du texte. Je tiens aussi à remercier les collègues et amis auxquels j'ai soumis des versions antérieures de ce commentaire: ma gratitude va tout spécialement à Marc Amstutz, Mauro Bussani, Dominique Manai et Pierre Legrand, qui m'ont fait part de leurs précieuses remarques.

Bibliographie¹

De droit suisse (petite sélection):

ABRAVANEL P., Recherches sur les méthodes d'élaboration de la décision judiciaire, RSJ 1991 165 ss;
AMSTUTZ M., Der Text des Gesetzes: Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB, RDS 2007 237 ss;
AMSTUTZ M./NIGGLI M., Wittgenstein III, Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der Rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in Forstmoser P./Honsell H./Wiegand W. (éd.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Berne 2005, 9 ss; BESSON S., Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme, in Werro F. (éd.), Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme, Zurich/Bâle/Genève 2006, 1 ss (cité: Comment humaniser le droit privé); BESSON S., Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, RDS 2003 47 ss (cité: RDS 2003); BIAGGINI G., Methodik in der Rechtsanwendung, in Peters A./Schefer M. (éd.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Berne 2004, 27 ss; BIERI L., L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires, PJA 2007 709 ss; CARONI P., Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte, Bâle/Genève/Munich 2003 (cité: Gesetz); CARONI P., Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996 (cité: Einleitungstitel); CHAPPUIS CH., Le texte clair du contrat, in Kellerhals J./Manai D./Roth R. (éd.), Pour un droit pluriel: études offertes au professeur Jean-François Perrin, Genève/Bâle/Munich 2002, 3 ss; CHAPPUIS CH./PERRIN J.-F., Le traitement des divergences en droit suisse, in Ancel P./Rivier M.-C. (dir.), Les divergences de jurisprudence, St-Etienne 2003, 329 ss; DU PASQUIER C., Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'article 1^{er} CCS, Bâle 1951 (cité: Les lacunes); DU PASQUIER C., Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 6^e éd., Lausanne/Paris 1998; DUBS H., Richterrecht und Rechtssicherheit, RSJ 1991 295 ss; GAUCH P., Argumente: Ein Geburtstagsbrief, recht 2000 87 ss; GILLIARD F., Le Tribunal fédéral, interprète du droit, in Perrin J.-F. (dir.), Les règles d'interprétation: Principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989; HÄFELIN U., Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes, in Riemer H. M. et al. (éd.), Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Berne 1986, 117 ss; HÄFELIN U./HALLER W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6^e éd., Zurich 2005; HAUSHEER H./JAUN M., Die Einleitungsartikel des ZGB, Berne 2003; HUBER E., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Justiz und Polizeidepartements, t. 2, 2^e éd., Berne 1914; JAUN M., Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, Konzeptionelle Erfassung, Voraussetzung und Schranken der Rechtsfindung *contra verba legis*, these Berne 2000; KÄLIN W., Verfassungsgerichtsbarkeit, in Thürer D./Aubert J.-F./Müller J. P. (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001; KLETT K., Methoden richterlicher Rechtsfindung aus praktischer Sicht, RSJ 1991 281 ss; KRAMER E., Juristische Methodenlehre, Berne/Munich/Vienne 2005; LE ROY Y./SCHÖNENBERGER M.-B., Introduction générale au droit suisse, 2^e éd., Zurich 2009; MANAI D., Les nouveaux adjoints pensants du législateur, in Chappuis Ch./Foëx B./Thévoz L., Le législateur et le droit privé: colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Zurich 2006, 57 ss (cité: Les nouveaux adjoints); MANAI D., Clés pour une introduction au droit, Berne 2005 (cité: Clés); MANAI D., Eugen Huber, Jurisconsulte charismatique, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990 (cité: Huber); MANAI D., Le juge entre la loi et l'équité: Essai sur le pouvoir d'appréciation en droit suisse, these Genève, Lausanne 1985 (cité: Le juge); MEIER-HAYOZ A., Schlusswort, in Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bâle 1994 (cité: Schlusswort); MEIER-HAYOZ A., Der Richter als Gesetzgeber, eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zurich 1951 (cité: Gesetzgeber); MERZ H., Neues zu den Methoden der Rechtsfindung, in Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bâle 1994; MOOR P., De la pratique du juriste à la théorie du droit, plädoyer 4/2007 50 ss (cité: plädoyer 4/2007); MOOR P., Pour une théorie micropolitique du droit, Paris 2005 (cité: Théorie); MORIN A., Les articles 2 et 4 CC: deux règles dans l'esprit du Code civil suisse, RDS 2007 205 ss; MÜLLER P., Gedanken zur richterlichen Rechtsbildung und Rechtsfortbildung, in Corboz B. (éd.), Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, 377 ss; NOLL P./TRESSEL S., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil: Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 3^e éd., Zurich 1990; NIGGLI M., Zur Problematik der Auslegung in Zivil- und Strafrecht, Analogie, Subsumtion, Selbstreferenz und Wortlautgrenze, PJA 1993 154 ss; OGOREK R., Der Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief?, in Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bâle 1994; PERRIN J.-F., Les relations entre la loi et les règles de la bonne foi, in L'abus de droit, Comparaisons franco-suisse, St-Etienne 2001, 31 ss (cité: Les relations); PERRIN J.-F., Sociologie empirique du droit, Bâle 1997 (cité: So-

ciologie); PERRIN J.-F., Pour une méthode de l'interprétation judiciaire des lois, in Perrin J.-F. (dir.), Les règles d'interprétation: Principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989, 243 ss (cité: Méthode); PERRIN J.-F., Le Tribunal fédéral face aux méthodes d'interprétation, SJ 1983 609 ss (cité: Tribunal fédéral); PIAGET E., L'influence de la jurisprudence communautaire sur l'interprétation des lois suisses relatives à la propriété intellectuelle: argument contraignant ou simple aide à l'interprétation?, sic! 2006 727 ss; PICHONNAZ P./VOGNAUER S., Le «pluralisme pragmatique» du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode?, Réflexions sur l'ATF 123 II 292, PJA 1999 417 ss; PROBST T., Die Grenze des möglichen Wortsinns: methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität, in Honsell H. et al. (éd.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle/Genève/Munich 2004, 249 ss (cité: Wortsinn); PROBST T., Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004 225 ss (cité: EuGH); PROBST T., La Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes: un nouveau défi pour la pratique juridique en droit privé suisse, RJN 2004 13 ss (cité: CJCE); PROBST T., Die Änderung der Rechtsprechung, eine Rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (*civil law*) und den Vereinigten Staaten (*common law*), Bâle 1993 (cité: Die Änderung der Rechtsprechung); RIEMER H. M., Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 1-10 ZGB, Berne 1987; ROSSEL V./MENTHA F.-H., Manuel de droit civil suisse, t. 1, Lausanne 1922; SCHLUEP W. R., Einladung zur Rechtstheorie, Berne/Baden-Baden 2006; SCHEFER M., Der zähe Überlebenswille einer überholten Dichotomie, in Werro F. (éd.), Droit civil et convention européenne des droits de l'homme, Zurich/Bâle/Genève 2006, 223 ss (cité: Dichotomie); SCHEFER M., Die Kerngehalte der Grundrechte, Berne 2002 (cité: Die Kerngehalte); SCHMID J., Die Einleitungstitel des ZGB und Personenrecht, Zurich 2001; SCHUBARTH M., Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität, recht 1995 154 ss (cité: Der Richter); SCHUBARTH M., Wie entsteht ein Urteil? – Zur Realität der Urteilsfindung, recht 1992 122 ss (cité: recht 1992); STAUDER B., L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation, in Werro F./Probst T. (éd.), Le droit privé suisse face au droit communautaire européen: questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats, Berne 2004, 75 ss; STEINAUER P.-H., Das Gericht, le juge, il giudice? Le principe d'équivalence des textes légaux dans les trois langues, in Chappuis Ch./Foëx B./Thévoz L., Le législateur et le droit privé: colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Zurich 2006, 69 ss (cité: Le juge); STEINAUER P.-H., L'interprétation des silences du législateur à l'aide des arguments a contrario, a simili et a fortiori, in Perrin J.-F. (dir.), Les règles d'interprétation: Principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989 (cité: Les règles d'interprétation), 41 ss; STOLZ M. M., Ronald Dworkin's Theorie der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB, these Zurich 1991; TORRIONE H., Le poids des arguments: Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique in Tercier P. et al. (éd.), Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2004, 275 ss; WALTER H. P., Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung, recht 2003 2 ss (cité: Rechtsfortbildung); WALTER H. P., Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999 157 (cité: Methodenpluralismus); WERRO F./PROBST T. (éd.), Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Berne 2004; WIEGAND W./BRÜHLART M., Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft, Berne/Zurich 1999, 7 ss; WIPRÄCHTIGER H., Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen, recht 1995 143 ss.

De droit étranger et de disciplines sans frontières (très petite sélection):

BARAK A., The Judge in a Democracy, Princeton/Oxford 2006; BELLEY J.-G., Le droit comme «terra incognita»: conquérir et construire le pluralisme juridique, in Revue Canadienne, Droit et Société, vol. 12, 1997, 1 ss; BERGEL J.-L., Méthodologie juridique, Paris 2001; BUSSANT M., Choix et défis de l'herméneutique juridique, Notes minimales, RIDC 1998 735 ss; BYDLINSKI F., Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2^e éd., Vienne 1991; CARBONNIER J., Essais sur les lois, Répertoire du Notariat Défrénois, Paris 1979; CARDOZO B., The nature of the Judicial Process, New Haven/London 1921; DAGAN H., The Limited Autonomy of Private Law, 56 Am. J. Comp. L. 809 (2008); DERRIDA J., Signature événement contexte, in Marges de la philosophie, Paris 1972; DERRIDA J., La dissémination, Paris 1972 (cité: Dissémination); DERRIDA J., De la grammatologie, Paris 1967 (cité: Grammatologie); ESKRIDGE W., Dynamic Statutory Interpretation, 135 University of Pennsylvania Law Review 1479 (1987); ESKRIDGE W./FRICKEY P. P./GARRET E., Legislation and Statutory Interpretation, 2^e éd., New York 2006; FENET P., Naissance du Code Civil: La raison du législateur, Paris 1989; FISH S., Doing What Comes Naturally, Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies, Durham/Londres 1989; FISH S., Fish v. Fiss, in

2^e éd., Paris 1919; GROSSFELD B., *Comparatists and Languages*, in Legrand P./Munday R. (éd.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003; GRUNDMANN S., *Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: Der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?*, ZEuP 1996 399 ss; HEIDERHOFF B., *Gemeinschaftsprivatrecht*, Munich 2005; KENNEDY D., *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. Pa. L. Rev. 1249 (1982); LARENZ K./CANARIS C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e éd., Berlin/Heidelberg/New York 1995; LEGRAND P., «Il n'y a pas de hors-texte»: Intimations of Jacques Derrida as Comparatist-at-Law, in Goodrich P. (éd.), *Derrida and Legal Philosophy*, New York 2008 (cité: Il n'y a pas de hors-texte), 1 ss; LEGRAND P., On the Singularity of Law, *Harvard International Law Journal* 517 (2006); LEGRAND P., Paradoxically, Derrida: For a Comparative Legal Studies, 27 *Cardozo L. Rev.* 631 (2005) (cité: Derrida); LEGRAND P., The Impossibility of Legal Transplants, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111 (1997) (cité: Transplants); MONTESQUIEU CH., *De l'esprit des lois*, Paris 1973; OST F./VAN DE KERCHOVE M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles 1987, 405 ss; OPPERMAN T., *Europarecht*, 2^e éd., Munich 1999; PAPAUX A., *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsomption à l'abduction*, Zurich/Bâle/Genève 2003; PERELMAN CH., *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris 1979; POUND R., *The Spirit of the Common Law*, Boston 1921; RADERUCH G., *Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1999; SAVIGNY C.-F., *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 1, Berlin 1840.

I. L'évolution des conceptions de l'article 1 CC et les limites du présent commentaire

- 1 L'art. 1 CC a pour objet l'application du droit (cf. la version allemande et italienne de sa note marginale) dans un système codifié, et non pas simplement celle de la loi (cf. la version française de sa note marginale)². Il doit sa notoriété au-delà même de nos frontières au rôle qu'à côté de la loi il attribue ouvertement à la coutume, au juge et à la doctrine. Si l'art. 1 CC consacre la primauté de la loi, en tant que norme générale et abstraite³, il en reconnaît aussi d'emblée les limites et envisage un droit fondé sur la pluralité des sources⁴. Cette pluralité est rendue plus explicite encore par les art. 2 et 4 CC, aux termes desquels la règle légale ne vaut que si elle est juste et conforme aux principes de la bonne foi et de l'équité, et donc perméable à la norme sociale dictée par la pesée des intérêts en présence dans un cas donné⁵.
- 2 Pour Eugen Huber, l'art. 1 CC devait ainsi permettre au droit privé – malgré la codification – de conserver sa flexibilité et son enracinement pratique et populaire⁶. Au demeurant, depuis les années dix-neuf cent cinquante, et sous l'impulsion magistrale de Meier-Hayoz, la doctrine suisse a développé une conception en partie différente⁷. Au nom de la séparation des pouvoirs, définie de manière à la fois statique et hiérarchique, cette doctrine a renforcé la primauté de la loi et rejeté la légitimité d'un droit qui se créerait dans sa pratique et dont les sources diverses seraient d'importance égale. Cette doctrine jouit encore d'une forte assise, mais on assiste depuis quelques années à son fléchissement. Si cette tendance nouvelle, légitimée par les enseignements de la philosophie et de l'épistémologie contemporaine devait se confirmer, un certain retour du pluralisme et de l'interdépendance des sources, plus proche des idées de Eugen Huber que de celles de Meier-Hayoz, pourrait voir le jour.

2 D'un avis différent, BSK ZGB I-HONSELL, CC 1 N 2, pour qui l'art. 1 CC règle l'application de la «loi».

3 La définition doctrinale classique de la loi comprend celle-ci comme toute norme générale et abstraite (la règle de droit) édictée par un organe compétent selon une procédure régulière et dans la forme prescrite, qui a été mise en vigueur et qui garde sa validité; cf. DESCHENAUX, 70.

4 Pour tous, CARONI, Einleitungstitel, 12 ss; PERRIN, 31 ss; MANAI, Les nouveaux adjoints, 57.

5 PERRIN, Les relations, 36 ss; MANAI, Le juge, 86 ss; cf. ég. l'étude fondamentale récente de MORIN, 205 ss.

6 Sur la façon dont la langue coexiste et le contenu ouvertement lacunaire et adaptable du Code civil, cf. AM-

A. L'article 1 CC et la pensée juridique au tournant du XX^e siècle

Après l'entrée en vigueur du Code civil français en 1804, la pensée juridique du XIX^e siècle a vu se développer l'école de l'exégèse et, avec les meilleures intentions qui soient, l'idée de «réduire le droit à la loi»⁸. Cependant, les révolutions industrielle, économique, politique et sociale ont peu à peu remis en cause cette approche et favorisé la naissance d'une conception qu'on a appelée en Allemagne avec Ihering⁹ le mouvement du *Freirecht*, en France avec Gényn¹⁰, l'école de la libre recherche scientifique, et aux Etats-Unis avec Pound¹¹, celui de la *sociological jurisprudence* ou du *legal realism*¹². On pourrait peut-être voir le dénominateur commun de ces approches dans le rejet d'un droit contenu dans des normes écrites et statiques, isolé de la force normative du fait.

On sait toute l'influence que les conceptions de Gényn ont exercée sur Eugen Huber¹³. Pour celui-ci, l'art. 1 CC et l'énoncé de la pluralité des sources du droit reposaient sur l'idée que le droit ne s'enferme pas dans un carcan immobile; réaliste de la première heure, Huber considérait que le droit vit au contraire de l'interaction des principes contenus dans la loi et des règles et doctrines développées par la pratique et constitutives de la coutume (N 27 ss), à la manière de ce que Perrin appelle aujourd'hui «l'internormativité» pour désigner la collaboration entre les principes généraux du droit et les règles codifiées¹⁴.

Ainsi compris dans le rejet des conceptions de l'école de l'exégèse¹⁵, l'art. 1 CC entendait du même coup redonner sa véritable place au juge créateur ou correcteur et relativiser celle du juge interprète subordonné (N 31 ss). Dans le respect de la pluralité des pouvoirs, l'art. 1 CC devait effacer l'illusion d'un texte de loi qui a réponse à tout¹⁶ et faire admettre que ce texte n'est guère qu'un cadre dont le juge est appelé à définir et à concrétiser le contenu¹⁷. Si une primauté était reconnue à la loi, c'était avant tout pour que celle-ci assure une certaine harmonie à l'ensemble du droit privé¹⁸. Cela étant, on peut soutenir qu'ainsi conçu, l'art. 1 CC était aussi porteur d'une conception qui voit aujourd'hui le jour, selon laquelle les normes abstraites et générales n'existent que dans l'application qui en est faite: en effet, dans la présentation éclairante qu'en fait Moor, ce qu'on appelle appli-

8 PERELMAN, 23.

9 IHERING R., *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1877-1883.

10 GÉNY F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique*, 2^e éd., Paris 1919.

11 POUND R., *The Spirit of the Common Law*, Boston 1921.

12 PERELMAN, 69; FRYDMAN B., *Le projet scientifique de François Gényn*, in Thomasset C./Vanderlinden J./Jestaz P. (éd.), *François Gényn, mythe et réalités: 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Montréal 2000, 21.

13 Cf. notamment, MANAI, Le juge, 40 ss; MANAI, Huber, *passim*, qui souligne au demeurant l'originalité de Huber par rapport au mouvement du *Freirecht* dans sa volonté de canaliser la recherche du droit, non seulement dans le contexte social, mais aussi dans la coutume, la jurisprudence et la doctrine.

14 PERRIN, Sociologie, 52 ss; cf. également BELLEY, 5 ss.

15 CARONI, Einleitungstitel, 36 ss.

16 Cette illusion a été partagée notamment par les auteurs du Code civil de Prusse, lequel contenait plus de 17000 articles; cf. à ce sujet notamment ESKRIDGE, 1504.

17 Cette conception a aussi trouvé son assise dans d'autres codes civils européens; cf. ESKRIDGE, 1504 et les références notamment à l'art. 12 du Code civil italien («*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.*») et à l'art. 7 du Code civil autrichien («*Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrund-*»).

cation du droit est en réalité **un travail de production**, où la norme n'acquiert son sens que dans et par le travail que les juristes accomplissent sur elle et sur d'autres textes (N 10)¹⁹.

B. L'empire de la loi dans les conceptions aujourd'hui en place

- 6 Après la Deuxième Guerre mondiale, et malgré l'antipositivisme qu'ont pu inspirer en Europe, et clairement en Allemagne, les dérives de l'Etat nazi²⁰, la doctrine suisse a redonné une importance centrale à la loi et réduit en conséquence celle des autres sources du droit²¹. Avec des nuances aussi nombreuses que subtiles, on enseigne ainsi une approche hiérarchisée des sources et c'est à la loi, en tant que norme abstraite et générale, édictée selon des formes et des procédures définies, que revient ainsi la **place première** dans l'édifice du droit civil²². En matière civile, c'est la loi seule en principe qui exprime la volonté du peuple souverain, telle qu'elle se manifeste par les décisions du pouvoir législatif.
- 7 Dans cette approche, la **coutume** se comprend de manière subsidiaire et restrictive. Définie comme un usage implanté dans une collectivité pendant une certaine durée et tenu par elle pour obligatoire²³, la coutume est l'expression du *Volksgeist*, et non de l'appareil étatique; à défaut de ne pas être incompatible avec la loi, cette source de droit est toutefois réduite à sa plus simple expression et perd en réalité toute justification pratique²⁴. Quant au **juge**, il a en principe pour tâche d'exécuter la volonté du législateur. Dans ce sens, l'art. 1 CC repose sur une distinction tenue – en tous les cas en théorie – pour fondamentale entre l'application de la loi au sens que révèle l'interprétation du texte de celle-ci (CC 1 I et 3), d'une part, et le comblement exceptionnel des lacunes que ce dernier contient (CC 1 II), d'autre part²⁵. Du point de vue dogmatique, le texte de la loi demeure le point de départ de l'activité du juge et, dans le même temps, il fixe les limites de l'interprétation²⁶: «*Vom Wortlaut hat der Richter auszugehen und durch den Wortlaut wird ihm der Raum abgegrenzt, innerhalb dessen seine Auslegung sich bewegen muss*»²⁷.
- 8 Au sommet de la hiérarchie des sources du droit, il y a donc la loi, qui ordonne les relations entre les justiciables et constitue le fondement des solutions apportées à tout conflit. C'est elle qui justifie et délimite l'activité du juge. La **volonté du législateur** est le pivot central du droit: elle délimite le pouvoir du juge et définit du même coup ce que la loi ne règle pas²⁸. C'est donc de la loi qu'il faut tout extraire; c'est par conséquent elle aussi qui définit le périmètre de la lacune, puisque est une lacune, au sens propre, le vide juridique contraire à l'économie de la loi, le point qui «ne se dégage [ni] du texte [ni] de l'interprétation de la loi»²⁹. Dans cette compréhension «englobante» de la loi, le juge doit agir

19 Moor, plädoyer 4/2007, 50.

20 PERELMAN, 70. C'est ainsi qu'on peut expliquer aussi qu'en Allemagne, la loi ait été mise sous la surveillance du *Grundgesetz* et que soit née peu à peu ce que l'on appelle la constitutionnalisation du droit privé; cf. par ex. HOLLSTEIN T., *Die Verfassung als «Allgemeiner Teil»*: Privatrechtsmethode und Privatrechtsskonzeption bei Hans Carl Nipperdey (1895-1968), Tubingue 2007.

21 Certains soulignent même le primat de la loi en relevant que le principe de la légalité est maintenant expressément mentionné dans la nouvelle Constitution fédérale; cf. Cst. 5 I; HAUSHEER/JAUN, *Einleitungsartikel*, 13.

22 STEINAUER, TDP, N 75 ss; KRAMER, 159 ss; ZK-DÜRR, CC 1 N 11; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, 36.

23 ATF 119 Ia 59, 62 c. 4b.

24 Pour une approche détaillée, cf. CARONI, *Einleitungstitel*, 124 ss; DESCHENAUX, 96 ss; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, 41 ss.

25 Dans ce sens, STEINAUER, TDP, N 261 sur l'interprétation et N 362 ss, sur le comblement des lacunes; critique cep., ZK-DÜRR, CC 1 N 48 ss.

26 Cf. PROBST, *Wortsinn*, 265, qui considère le texte de la loi comme le point de départ et la limite sémantique

dans l'ombre du texte qu'elle contient. La règle que, par exception, il pose pour compléter la loi lacunaire doit alors s'intégrer dans la loi. Le juge ne saurait, ainsi que le peut habituellement le législateur, ériger librement la règle qui lui paraît la meilleure. Il reste subordonné au pouvoir politique dont il complète l'action (N 31 ss).

A cette conception juridique «englobante» et autoritaire de la loi, s'ajoute celle qui entoure – sur un plan linguistique, et le plus souvent ignoré des juristes³⁰ – la **notion théorique de texte**. Celui-ci est une **représentation secondaire** d'une pensée première (en l'occurrence, celle du législateur). L'interprétation consiste à reconstituer le sens de cette pensée, trahie par un texte nécessairement imparfait³¹. En relation avec le texte de la loi, cette conception implique que, malgré ses imperfections³², celui-ci se suffit à lui-même: il représente la volonté du législateur en même temps qu'il impose de cantonner le juge dans le rôle d'interprète subordonné. La frontière de principe érigée entre la création et l'interprétation du texte légal trouve ainsi toute sa justification³³. Dans cette approche, l'application du droit se comprend essentiellement comme un syllogisme et revient à considérer que la règle posée concrètement par le juge n'est que le fruit de l'interprétation du sens voulu de la loi, et non celui d'un choix entre plusieurs solutions possibles ou d'une création propre³⁴.

C. Une nouvelle conception de l'article 1 CC ou le retour à celle de Eugen Huber?

1. La remise en cause de la conception consacrée

Depuis quelques années, des voix dissidentes ont dénoncé les apories de la primauté de la loi. Il y a celle de Dürr, dont l'œuvre fondamentale consacrée à l'art. 1 CC met en évidence la place primordiale que prend l'interprète dans la définition du droit³⁵. Il y a également l'analyse de Perrin, qui révèle l'essentiel pluralisme des sources du droit, dans lequel la loi est appelée à coexister avec les principes généraux et le métalégal, de même que celles de Manai ou de Ogorek, qui plaident la nécessité de repenser le rôle du juge, qui opère, aujourd'hui plus que jamais, dans un monde évolutif et fondé sur la pluralité des valeurs³⁶. Parmi les voix importantes de la contestation, on doit également citer celle de Moor, qui montre que le texte d'une norme et cette dernière sont distincts: c'est l'application du texte qui définit le sens de la norme, et non le contraire; le sens de la norme générale et abstraite est la synthèse des sens donnés au texte³⁷. Aux voix de la dissidence, on doit ajouter encore celles – et non des moindres – de quelques juges fédéraux qui, armés de leur courage et de leur expérience pratique, ont porté des coups-de-boutoir percutants au système professé par la doctrine consacrée, en montrant notamment la place que prend le juge dans la création de la loi (N 46 ss)³⁸.

Pratique et théorique, cette remise en cause est à la fois diverse et homogène; en somme, elle conduit peut-être avant tout à (re)valoriser, comme le fait Torrione, une pensée juri-

30 Pour une prise en compte fondamentale du texte, cf. cep. MOOR, plädoyer 4/2007, 52, qui souligne que l'éclaircissement du rôle du texte est le préalable à toute réflexion sur la question du droit dans un Etat de droit; cf. également CARONI, *Gesetz*, 5, 52 ss, 84, 214 et 303 ss.

31 AMSTUTZ, 242 ss.

32 CARONI, *Einleitungstitel*, 85.

33 AMSTUTZ, 258 et les réf. citées à la note 97.

34 DUBS, 29; STROLZ, § 2 12.

35 ZK-DÜRR, *Intro. CC 1-7, passim*.

36 OGOREK, 33; MANAI, Huber, 127; PERRIN, *Les relations*, 31 ss; cf. également MANAI, *Les nouveaux adjoints*, 57, qui souligne que le juge participe à la détermination de la normativité de la loi et aussi que l'art. 1 CC ne rend plus compte de la complexité des sources du droit: à côté du juge, il existe d'autres pôles émetteurs de

dique non déductive, à la fois critique et éthique, une pensée qui n'hésite pas à montrer le doute plutôt que de le cacher quand il surgit³⁹. Dans un monde pluriel et mouvant, cette pensée – rebelle mais constructive – paraît fondamentale et c'est elle qui sera résolument privilégiée tout au long de ce commentaire.

2. La thèse de Amstutz fondée sur la théorie du texte de Derrida

- 12 Sur le plan théorique, la contribution la plus récente et, peut-être aussi l'une des plus radicales, est celle que Amstutz a présentée à la Société suisse des juristes à l'occasion du centenaire du Code civil en automne 2007. Outre le fait qu'elle coïncide avec la rédaction du présent commentaire, cette étude mérite ici une place spéciale car elle se fonde sur **une compréhension théorique nouvelle du texte**; de ce fait, et bien qu'elle reprenne ou rejoigne les autres critiques (N 10 ss) sur des points importants, elle revêt néanmoins une signification spécifique.
- 13 Prenant appui sur les théories fondamentales et célébrées du philosophe Jacques Derrida⁴⁰, Amstutz entend montrer qu'un texte n'est pas, comme l'ont enseigné longtemps les linguistes, une représentation secondaire du langage ou de la pensée (N 9), mais un système premier de communication: par définition, **le texte est à la fois indépendant de son destinataire et détaché de son auteur**. Ainsi, le texte est appelé à n'avoir que le sens contextuel et fluctuant que lui donnent ceux qui l'utilisent. Par sa capacité de rompre avec son contexte «premier», il acquiert un sens qui est fonction de son parcours: c'est dire que le texte est, comme le désigne Derrida, une «machine productrice de sens»⁴¹, que son existence destine, au fur et à mesure qu'on l'utilise, à s'ouvrir à de nouvelles réalités; dans le même temps, si le caractère changeant et «itérable» du texte est ainsi posé⁴², le texte n'est pas livré à la subjectivité de son lecteur: son itérabilité lui donne aussi une structure contraignante, et le sens qu'il acquiert ne fluctue que dans les limites de cette structure⁴³.
- 14 Cette approche d'un texte à la fois évolutif et contraignant révèle que, comme tout autre, celui de la loi, par définition, échappe au législateur et que, contrairement à ce qui est enseigné, on ne saurait le comprendre comme le reflet de la pensée de ce dernier. Une disposition légale est appelée à acquérir de nouveaux sens qui varient selon les faits et les circonstances. Etant contraignant, le texte n'est cependant pas à la libre disposition de son utilisateur: s'il comprend certaines options, il ne les admet pas toutes; il en envisage un certain nombre qu'il filtre selon le contexte social dans lequel il évolue. Ainsi compris, le texte de la loi se comprend comme la courroie de transmission entre le système juridique et les autres systèmes sociaux, un instrument d'absorption ou de résolution des «irritations» de la société⁴⁴.
- 15 Du même coup, la volonté du législateur – si tant est qu'elle soit reconnaissable ou identifiable – ne peut avoir la place centrale et première que lui a conférée la doctrine aujourd'hui

d'hui consacrée. Si le texte de la loi ne peut pas être valablement compris comme la seule expression de cette volonté, il doit l'être à la fois comme **un tissu résolument lacunaire et ouvert** et comme un instrument qui, avec l'aide de la pratique et de la doctrine, produit de nouvelles règles au gré des besoins⁴⁵. Dans l'analyse de Amstutz, le texte ainsi compris est capable d'accueillir les réalités sociales autres que celles seulement qui s'expriment à travers les canaux de la politique⁴⁶. C'est ici qu'on mesure le caractère essentiel, et peut-être le plus nouveau, de l'approche proposée: le texte n'est pas l'instrument du seul pouvoir politique institutionnel, mais aussi, et là est le défi, celui d'autres pouvoirs. Plaidant pour la reconnaissance du caractère «polycontextuel» de la société moderne, Amstutz fait valoir qu'avec cette compréhension du texte, le droit répondrait mieux aux diverses forces (de l'économie, de la famille ou de l'art) qui y évoluent. Il en résulterait **une pluralisation de la pratique juridique**⁴⁷, et ainsi la possibilité d'un transfert du non-droit au droit, mais aussi une remise en cause de l'équation entre droit et Etat⁴⁸.

3. Un retour à la conception de Huber?

Amstutz ne cache pas le caractère dissident de sa thèse, mais il estime aussi que, en rompant avec les conceptions aujourd'hui en place pour suivre celles de Derrida, on redonnera **une nouvelle vie aux idées de Eugen Huber**⁴⁹. Selon Amstutz, ce dernier – et cette thèse ne sera pas remise en question ici – ne considérait en effet pas seulement la codification comme un système ouvert, par définition lacunaire, apte à donner suite aux aspirations du justiciable et donc exprimé dans une langue qui donne au juge et à la doctrine un large pouvoir dans la concrétisation des solutions⁵⁰. Huber estimait aussi que la coutume était faite de l'*usus* (*usuelles Gewohnheitsrecht*) qui, à l'intention du juriste plus que du justiciable, incorpore des solutions théoriques éprouvées en pratique (N 29); la coutume n'était pas ce corps étranger qu'elle est devenue dans les sources contemporaines du droit civil⁵¹.

Pour appuyer son propos, Amstutz reprend le texte de l'art. 1 CC dans la version que Huber avait proposée et que la commission, sans vouloir apparemment en altérer le sens, avait changée⁵². L'art. 1 al. 2 et 3 AP-CC prévoyait qu'en l'absence d'une disposition légale, le juge devait décider selon le droit coutumier, et là où celui-ci faisait défaut, selon les solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence⁵³. A défaut de pouvoir créer du droit à partir de ces différentes sources de droit, le juge devait se prononcer selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire œuvre de législateur⁵⁴. Dans cette conception, coutume, doctrine et jurisprudence sont comprises comme de véritables sources, prêtes à compléter la loi dont le caractère fixe est par définition destiné à se perdre. On notera que

39 TORRIONE, 275 ss; cf. également GAUCH, 87 ss; GAUCH P., *Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung – Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers*, RDS 2000 1 ss; MANAI, *Le juge*, 140 ss.

40 Pour un aperçu de l'influence, parfois naissante seulement, de Derrida en Europe, dans la philosophie du droit, cf. AMSTUTZ, 245 et les réf. cit.; sur la reconnaissance de Derrida par les juristes aux Etats-Unis, cf. notamment FISH; cf. é.g. THURSWELL, *Specters of Nietzsche: Potential Futures for the Concept of the Political in Agamben and Derrida*, 24 *Cardozo L. Rev.* 1193 (2002-2003); pour une prise en compte de la pensée de Derrida en droit comparé, cf. LEGRAND, *Derrida*, 655 ss; pour son influence au Japon et en Corée et moins en Chine, cf. les informations que m'a transmises Ko HASEGAWA, Hokkaido University, in échange de courriels des 10 et 12 septembre 2008 (à disposition dans mes archives).

41 DERRIDA, *Signature événement contexte*, 376. Cf. également AMSTUTZ, 245 ss, et les réf. cit.

45 AMSTUTZ, 277; cf. également RADIN M., *Statutory Interpretation*, 43 *Harv. L. Rev.* 863 (1950), pour qui la tâche du législateur n'est pas d'avoir une volonté, mais d'écrire des lois, qu'il appartiendra aux tribunaux d'appliquer en fonction des circonstances.

46 AMSTUTZ, *passim*. Il y a là des parentés avec l'approche de Moor, plädoyer 4/2007, 53 ss, qui parle de textes juridiques à comprendre comme des véhicules d'une communication organisée et explicite de la société à elle-même et plus loin d'ouverture du système politico-juridique à d'autres cercles de lecteurs que les juristes.

47 Cf. AMSTUTZ, 279 et les réf. à LUHMANN N., *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechtshistorisches Journal* 9/1990 206.

48 Pour une préoccupation similaire, cf. PERRIN, *Les relations*, 39 ss, 47 ss.

49 AMSTUTZ, 255, 294 ss.

50 Dans ce sens également, MANAI, *Les nouveaux adjoints*, 127; CARONI, *Einleitungstitel*, 40 ss.

51 AMSTUTZ, 255.

52 AMSTUTZ, 248 ss.

53 AP-CC I II: «(2) Fehlt es in dem Gesetze eine Bestimmung, so entscheidet der Richter nach dem Gewohnheitsrechte und wo auch ein solches mangelt, nach bewährter Lehre und Überlieferung» (cité in AMSTUTZ,

cette conception rejoint à certains égards celle de Portalis pour qui «l'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à diriger l'application»⁵⁵.

4. Une appréciation

- 18 L'analyse de Amstutz est forte et elle ne manquera pas de susciter une opposition en conséquence. Ce qui lui donne à notre avis son importance, c'est que, à la différence d'autres remises en cause fondamentales et vécues de l'intérieur, comme celles des juges Walter, Schubarth ou Wiprächtiger, l'analyse de Amstutz apporte **une nouvelle explication théorique** aux insuffisances des conceptions reçues, et en particulier de celles qui se rapportent à la notion et à la fonction du texte. Elle tient sa force spécifique au fait qu'elle pose en principe à la fois la contrainte du texte et l'incapacité de celui-ci à exprimer une volonté immuable du législateur: le texte itérable limite de par sa structure les sens qu'on peut lui donner, mais il laisse subsister des sens multiples, puisqu'il comprend tous ceux que le contexte permettra de mettre en évidence.
- 19 Même si elle appelle à l'évidence de nombreux compléments, à la fois peut-être sur le plan de la méthode et de la mise en œuvre⁵⁶, cette analyse éclaire de manière convaincante **l'illusion de la place première donnée à la loi** par la doctrine depuis plus de soixante ans au nom de la séparation des pouvoirs et conforte les coups de boutoir convainquants que la pratique a eu l'honnêteté de donner à cette illusion au cours de ces dernières années⁵⁷. Elle montre en particulier qu'en fondant la légitimité de l'action du juge appelé à compléter la loi sur la loi elle-même, on érige un système d'emblée voué à l'échec, dès lors que, par définition, la loi ne contient pas les éléments qui permettent de la compléter. Amstutz montre aussi qu'en ne définissant pas les limites de la lacune de la loi, le système mis en place donne lieu en réalité à tous les subterfuges possibles pour faire dire au texte ce qu'il ne dit pas et aboutit aux résultats qu'il était précisément censé empêcher. Les effets pervers redoutés sont au cœur du système, car inhérents à ce dernier⁵⁸.
- 20 Par contraste, si l'on admet que **le texte de la loi est détaché de son auteur** et ouvert aux sens que le contexte lui donnera, ce texte est libéré: il ne fait plus de promesses qu'il ne tiendra pas. Qui plus est, le texte ne renvoie plus au législateur et au pouvoir institutionnel seulement, mais à des forces politiques par définition multiples. Le législateur n'est qu'un pouvoir parmi d'autres. La rupture, mais également la promesse et l'espoir, viennent d'un système juridique qui donne ainsi le pouvoir à d'autres acteurs que ceux institutionnellement représentés. On comprend que, dans cette approche, la coutume et la pratique sont appelées à occuper une place aussi importante que la loi: dans une mesure sans doute à définir, il en va de la rupture avec l'exclusivité de l'étatisme du droit, lequel doit s'ouvrir à des réalités sociales vivantes et évolutives et permettre l'intégration de celles-ci d'une manière que les conceptions en place ne permettent pas⁵⁹.
- 21 Aux prises avec la pensée de son temps, l'analyse de Amstutz chamboule les idées reçues sur l'étatisme du droit, la prééminence de la loi, en même temps qu'elle permet d'entre-

55 Discours préliminaire, reproduit in FENET, 42 ss. Pour un parallèle entre cette conception et celle de Huber, cf. MANAI, Le juge, 43 ss.

56 AMSTUTZ, 275, 285, relève lui-même le caractère inachevé et incomplet de sa propre analyse.

57 Cf. les textes de WALTER, SCHUBARTH et WIPRÄCHTIGER.

58 Cette analyse est l'effet pervers culminant dans le pluralisme pragmatique des méthodes qui per-

voir **une définition dynamique de la séparation des pouvoirs**⁶⁰. Cette analyse n'entend pas résoudre les tensions qui peuvent naître entre ceux-ci; elle montre au contraire qu'elles sont inéluctables et qu'elles doivent se comprendre dans la perspective d'un dialogue fluctuant et évolutif, sans pour autant qu'on soit menacé de tomber dans le chaos et l'anarchie, comme le font redouter les tenants des conceptions consacrées des théories – pourtant multiples – d'interprétation du droit⁶¹.

Sur un plan théorique, cette approche oblige aussi à revoir la pertinence de la distinction proclamée entre l'interprétation de la loi, d'une part, et le comblement de la lacune, d'autre part (N 31 ss, 42 ss), la frontière entre les deux étant levée par un texte dont le sens naît de l'application. Elle remet en cause la hiérarchie des normes en même temps que celle des sources, puisque **seule la règle concrète et individuelle devient celle qui oblige directement**. Dans cette approche, la jurisprudence notamment prend une place considérablement accrue puisque c'est elle qui pose la règle de droit contraignante et obligatoire pour l'avenir. De plus, cette conception remet partiellement en cause les idées reçues sur les différences entre les droits de tradition civiliste et ceux issus du *common law*, sur le caractère centrifuge de l'un et centripète de l'autre⁶²; on peut en effet admettre que, dans les deux systèmes, **le droit résulte moins de l'application de normes préexistantes et hiérarchiquement supérieures que d'un processus dynamique où, de façon essentielle, le juge produit la règle adaptée à la réalité dont il est saisi**⁶³. On comprend aussi que le droit, quel qu'il soit, demeure, ici comme ailleurs, inéluctablement soumis à une tension entre ce qu'il est censé être au moment de son adoption, en tant qu'expression d'un pouvoir, et l'application irréductiblement évolutive et donc subversive qui en est faite.

Il est sans doute vrai qu'intuitivement la pratique a toujours su comprendre que la **distinction entre création et interprétation du droit était largement rhétorique**: l'application du droit n'est pas celle de la seule loi, mais aussi et finalement surtout celle des précédents et de la pratique des règles consacrées en dehors de la loi⁶⁴. Ce que la communauté des juristes a sans doute moins envisagé, ou en tous les cas moins su verbaliser, à la manière de Amstutz, c'est l'ouverture du système juridique à d'autres sous-systèmes et la pluralisation de la pratique juridique qu'elle implique (N 14).

Si cette pluralisation de la pratique n'est certes pas facile à mettre en œuvre pour la caste des juristes, on pourrait néanmoins retenir de ce qui précède **deux impératifs pratiques** pour ces derniers (sur le plan de ce que, à la place d'une méthode, on pourrait appeler la marche à suivre⁶⁵): la **fidélité au texte et la prise en compte du contexte**. Pour ce qui est du premier impératif, il impose à l'interprète de ne pas chercher le sens du texte de la norme en dehors de ce dernier⁶⁶; pour ce qui est du second, qui découle du premier, il lui impose de résolument détacher le texte de la norme de celui qui en est l'auteur ainsi que de la volonté de celui-ci et de saisir le sens nouveau des mots qu'exige la compréhension de la réalité. Dans cette approche, l'arbitre suprême, qui doit toujours continuer son travail inachevé, est le Tribunal fédéral, parfois sous l'autorité ou l'influence des instances

60 Pour une mise en perspective de cette question, cf. BUSSANI, 736 s.

61 Cf. les réflexions de ESKRIDGE/FRICKEY/GARRET, 253, sur la résistance de ceux qui veulent faire croire au *rule of law* et qui cherchent à faire admettre qu'il s'agit d'un *law of rules*. Pour une réévaluation du dogme de la séparation des pouvoirs et la prise en compte des changements intervenus depuis Montesquieu, cf. MOOR, Théorie, 33 ss.

62 Pour cette distinction entre les deux systèmes, cf. LEGRAND, Transplants, 121, qui montre que dans le système civiliste, le droit reste à l'ombre de la loi (centrifuge), alors que dans le système du *common law* (du moins là où il n'y a pas de *statute*), le droit évolue de façon centripète.

63 Il est frappant à cet égard de constater qu'on recourt à la pensée de Derrida autant dans un système que dans l'autre.

64 Cf. également PERRIN, Les relations, 42, qui remarque que «la théorie du droit doit assumer la délicate mis-

judiciaires européennes. Nous reviendrons sur ces points pour les approfondir lorsque nous traiterons du pluralisme pragmatique du Tribunal fédéral et de l'impact qu'ont sur lui les autorités judiciaires européennes (N 61 ss).

D. Les limites du présent commentaire

- 25 Compte tenu de l'importance de la thèse de Marc Amstutz, il se justifie de réserver à cette dernière une place particulière dans le présent commentaire. Par ailleurs, si les implications qu'on peut tirer de cette thèse sur le plan pratique restent à préciser et à discuter, il ne saurait être question de le faire ici. Ce double constat implique de limiter l'objet du présent commentaire. Au lieu de rappeler de manière systématique et exhaustive la conception conventionnelle aujourd'hui admise, et en particulier les règles d'interprétation qu'on en déduit (*Methodenlehre*), notre analyse tentera d'abord de mettre en évidence, sans suivre l'ordre des alinéas, l'originalité de l'art. 1 CC et des solutions que la mouvance actuelle des conceptions ne remet pas en cause (N 26 ss). Il tentera ensuite de faire ressortir les points saillants de l'actualité pratique que cette mouvance a en partie générés (N 64 ss).

II. L'originalité de l'article 1 CC et la pérennité de certaines solutions

A. L'originalité de l'article 1 CC

- 26 Comme il l'était au moment de son adoption, l'art. 1 CC demeure une norme originale, à la fois par la manière ouverte dont il proclame le caractère incomplet de la loi et l'appel qu'il adresse aux autres sources du droit (N 1 ss)⁶⁷. Définir la place qu'il convient de (re-)donner à ces autres sources reste une question ouverte qui dépasse pour l'essentiel les limites du présent commentaire. Il convient néanmoins de préciser que, dans une perspective contemporaine, cette place ne peut être qu'élargie par rapport à celle que la doctrine en place aujourd'hui a imposée. Dans cet esprit, et en prenant appui sur les thèses dissidentes, on peut faire quelques remarques sur la coutume, la jurisprudence et la doctrine.

1. La coutume dans un système de droit écrit

- 27 L'art. 1 CC ne définit pas la coutume⁶⁸. Au sens aujourd'hui consacré du terme, celle-ci est comprise comme le droit objectif non écrit résultant d'un usage implanté dans une collectivité pendant une certaine durée (*longa consuetudo*) et tenu par elle comme **juridiquement obligatoire** (*opinio necessatis*)⁶⁹. Elle se forme donc par l'observation renouvelée d'un certain comportement sur une certaine durée. Toutefois, pour qu'un usage bien établi soit considéré comme une coutume, il faut encore que les individus aient le sentiment d'être liés par cette pratique; c'est cette conviction (*opinio necessatis*) qui donne à la coutume sa force normative. Conformément au principe *iura novit curia*, le juge doit appliquer la coutume d'office, indépendamment du fait que les parties aient invoqué ou prouvé son existence⁷⁰. Pour connaître le droit coutumier, le juge se réfère à la doctrine et à la jurisprudence; il peut également s'enquérir auprès des cercles intéressés, des autorités locales ou encore ordonner une expertise⁷¹.
- 28 Dans la perspective de la primauté de la loi, la coutume est perçue comme une source très secondaire du droit⁷²: elle n'a aucune raison d'être lorsque la loi fournit une ré-

ponse⁷³; tout le monde retient en conséquence aujourd'hui qu'en droit civil la coutume ne joue qu'un rôle restreint pour ne pas dire inexistant⁷⁴. Selon certains auteurs, elle résulterait certes aussi de la jurisprudence, « en ce sens que lorsque les tribunaux résolvent à plusieurs reprises dans le même sens une question non régie par la loi, le sentiment peut naître qu'on est en présence d'une règle de droit objectif »⁷⁵. D'autres s'opposent cependant à cette conception en faisant valoir que certaines décisions judiciaires sont tenues pour juridiquement obligatoires sans qu'elles fassent l'objet d'une *longa consuetudo* et préfèrent dès lors considérer la jurisprudence comme une source distincte de la coutume⁷⁶. Le point n'est sans doute guère important si l'on accepte, comme Huber l'entendait, de donner à la coutume un sens plus large que celui aujourd'hui consacré.

Dans la conception de Huber, comme dans celle d'un texte de loi par définition ouvert, la coutume est source de droit, non seulement pour compléter la loi, mais aussi pour imposer aux côtés de celle-ci la **pratique du droit**: la coutume est l'*usus* (*usuelles Gewohnheitsrecht*), dont le destinataire est le juriste, plus que le justiciable; elle incorpore des solutions proposées en doctrine et reprises en pratique. Dans ce sens élargi, la coutume peut aussi bien expliquer la loi qu'y déroger: ainsi se résout le dilemme de la codification et de l'adaptation de la loi à l'évolution de la société telle que la souhaitait Huber: le maintien de la loi voulue par le législateur ne se justifie que si celle-ci reste conforme aux attentes de la société⁷⁷.

2. La jurisprudence

Au sens large, la jurisprudence est l'œuvre des tribunaux. Une des pierres angulaires de la conception aujourd'hui consacrée consiste à en distinguer deux aspects: celui de l'**interprétation de la loi**, en principe, et celui du **comblement des lacunes** de cette dernière, par exception⁷⁸. En pratique, ces deux aspects se rejoignent toutefois de manière essentielle dès lors qu'une norme ne se comprend pas dans l'abstrait, mais au regard d'un état de fait et d'un conflit d'intérêts concret⁷⁹. La résolution juridique d'un conflit implique nécessairement des choix normatifs qui dépassent à la fois la détermination du sens abstrait d'une règle donnée et l'application de celle-ci par subsomption. En théorie contemporaine, on l'a vu (N 10 ss), certains considèrent aussi, dans un questionnement de la hiérarchie des sources et de la primauté de la loi, que la distinction entre interprétation et création est illusoire ou dépassée⁸⁰. Il conviendra de souligner ce dernier point plus loin (*infra* N 31 ss), après avoir revu les conceptions admises (*infra* N 38 ss et N 42 ss).

73 ATF 119 Ia 59, 62 c. 4b. Pour des exemples, cf. ATF 108 II 161, JdT 1984 I 381 (sur le nom d'alliance); ATF 67 II 191, JdT 1942 I 194 (sur le non usage de la particule du nom); à ce sujet, cf. également SCHMID, 47, avec une discussion de l'ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508, sur le caractère coutumier ou non de la possibilité d'invoquer à la fois les moyens tirés de la garantie pour les défauts et de l'erreur.

74 Elle a le plus souvent été invoquée en droit public: ATF 94 I 305, JdT 1969 I 301; 89 I 270, JdT 1964 I 206 et les réf. cit. A ce sujet aussi, cf. MANAY, Clés, 111, qui souligne le rôle de la coutume en droit international public.

75 DESCHENAUX, 99; pour un exemple, cf. ATF 98 II 15, JdT 1972 I 547, 552.

76 Sur cette question, SCHMID, 46. Cf. ég. ATF 90 II 333, JdT 1965 I 201, où le Tribunal fédéral revient à son ancienne interprétation du «but non économique» des associations, malgré le résultat contraire auquel aboutit l'interprétation littérale et historique de la disposition, en s'appuyant notamment sur le fait que la jurisprudence ne peut soudainement bouleverser une solution juridique acquise avec son agrément depuis plus de trente ans.

77 Dans ce sens, cf. AMSTUTZ, 252 ss.

78 AMSTUTZ, 21 au sommet, citant MEIER-HAYOZ; BSK ZGB I-HONSELL, CC 1 N 37.

79 ATF 121 III 219, 225 c. 1d)aa), JdT 1996 I 162, 168, qui souligne: «L'interprétation doit être guidée par l'idée selon laquelle la lettre de la loi n'est pas constitutive de la norme légale, seule la loi appréhendée et

67 Cf. ég. STEINAUER, TDP, N 107 ss, qui décrit le rayonnement de l'art. 1 CC.

68 SCHMID, 45.

69 ATF 119 Ia 59, 62; 105 Ia 80, 84, JdT 1981 I 322; 81 I 26, 34, JdT 1955 I 530; ATF 56 I 42.

a) Le juge législateur (CC 1 II)

- 31 L'art. 1 al. 2 CC dispose que «[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». Selon cette disposition, le pouvoir du juge est à la fois subsidiaire à la loi et à la coutume. Dans les conceptions admises, la coutume ne joue cependant pratiquement aucun rôle et ce n'est pas elle qui délimite ou inspire la création du juge. L'art. 1 al. 2 CC consacre donc surtout la reconnaissance du pouvoir du juge face aux lacunes de la loi.
- 32 On notera que l'importance de cette reconnaissance est cependant avant tout symbolique, car le fait d'avoir besoin du juge pour combler les lacunes de la loi paraît au fond aussi banal que nécessaire. Aucun effort législatif, aussi détaillé qu'il soit, ne pourrait mettre la pratique du droit à l'abri de ce partage de création entre l'auteur de la loi et le juge. A nouveau, on peut citer Portalis, qui avait affirmé dans son discours préliminaire sur le Code civil qu'un code, quelque complet qu'il puisse être, n'est pas plus tôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat⁸¹. Cela étant, l'art. 1 CC fait écho aux conceptions que Huber partageait avec Gény⁸², lequel soutenait qu'il n'hésiterait point «dans le silence ou l'insuffisance générale des sources formelles, à indiquer, comme ligne générale de direction pour le juge, celle-ci: qu'il doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées, qui seraient celles du législateur, s'il se proposait de régler la question».
- 33 Compte tenu cependant de la primauté de la loi, on retient que le juge qui comble une lacune doit le faire dans les limites de la loi qu'il complète, sans avoir le droit de s'en libérer (N 8). Ce principe d'insertion de la règle manquante fait dire aux auteurs que, dans l'élaboration de cette règle, le juge doit avant tout puiser «dans le donné normatif fourni par le droit en vigueur»⁸³, et de préférence recourir à l'analogie avec des règles légales existantes⁸⁴. Le pouvoir du juge est par ailleurs limité au comblement d'une authentique lacune⁸⁵. Lorsque la loi offre une solution, mais que celle-ci est matériellement insatisfaisante (lacune improprement dite), le juge n'est en principe autorisé à corriger la loi – selon les conceptions traditionnelles – que dans les cas qui seraient constitutifs d'abus de droit (CO 2 II)⁸⁶. De meurent réservés les cas où le juge est en droit de trancher en équité (CC 4)⁸⁷.
- 34 On retient que, lorsqu'il comble une lacune de la loi, le juge doit prendre en compte les intérêts généraux de la situation et non pas seulement ceux des parties en cause⁸⁸, et comprendre la répercussion que sa décision pourrait avoir dans l'avenir⁸⁹. Dans les situations internationales, il doit en outre prendre en compte les solutions de droit étranger⁹⁰, tout en s'inspirant des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence (cf. CC 1 III)⁹¹. La jurisprudence récente livre quelques exemples de comblement de lacunes⁹².

81 Discours préliminaire reproduit dans FENET, 41.

82 GÉNY, 460; à ce sujet, cf. MANAI, Le juge, 40 ss.

83 DESCHENAUX, 105, 111.

84 ATF 125 III 154, 156 c. 3, JdT 1999 II 71; DESCHENAUX, 105; EGGER, N 37; DU PASQUIER, Les lacunes 32; BK-MEIER-HAYOZ, CC 1 N 346.

85 ATF 122 I 253, 254 c. 6, JdT 1997 I 214; BK-MEIER-HAYOZ, CC 1 N 313.

86 ATF 125 III 57, JdT 1999 I 223, qui retient, contre l'avis de la recourante, que la séparation de fait ne remplit pas les conditions de l'art. 264a al. 2 CC et n'ouvre donc pas la possibilité d'une adoption par une personne seule; à ce sujet, cf. DESCHENAUX, 94; pour une approche critique, cf. PERRIN, Les relations, 33 ss.

87 A ce sujet, SCHMID, 50, qui approche cette question comme une exception à l'obligation de créer une règle de droit en cas de lacune. Cf. ég. MORIN, 217 ss.

88 Cf. DESCHENAUX, 102; BK-MEIER-HAYOZ, CC 1 N 320.

89 ATF 126 III 129, 138 c. 7, JdT 2000 I 529, 538 et les réf. cit.; cf. également DESCHENAUX, 111.

90 ATF 126 III 129, 138, JdT 2000 I 529 (importations parallèles de produits protégés par le droit des brevets).

Traditionnellement, la doctrine cite aussi la reconnaissance en droit suisse du droit de grève⁹³. On pourrait en citer de nombreux autres, mais qui ne sont pas présentés comme tels par la jurisprudence; nous y reviendrons plus loin (N 44).

Dans la perspective de Huber, telle qu'elle nous est révélée par Amstutz, le rôle du juge législateur était compris à la fois de manière plus subsidiaire et plus large. Il était plus subsidiaire, dans la mesure où l'on prêtait à la coutume un rôle sensiblement plus important qu'aujourd'hui. Ce n'est ainsi que lorsque, de l'interaction entre la doctrine et la pratique, il ne se dégageait aucune solution que le juge devait «légiférer»⁹⁴. Le rôle du juge était néanmoins plus large, car, compte tenu de la place donnée à la coutume, le principe d'insertion dans la loi n'était pas consacré comme il l'est aujourd'hui. L'originalité ici était de reconnaître au juge un pouvoir qui soit le véritable prolongement de celui accordé au législateur: au lieu de fonctionner à l'ombre de ce dernier, le juge pouvait ouvertement régler des problèmes inconnus jusqu'alors, de la même façon que le juge fonctionne dans un système de *common law*, lorsqu'il est confronté à un cas nouveau, auquel les précédents ne donnent pas de réponse.

Comme le montre Amstutz en prenant appui sur l'art. 1 AP-CC (N 17), la lacune dans cette perspective n'est pas le vide contraire à l'économie de la loi, mais l'absence insatisfaisante d'une solution à la fois légale et coutumière. Dès lors, les distinctions entre lacune et silence qualifié⁹⁵ ou entre lacune proprement dite et lacune improprement dite perdent très largement leur intérêt, puisque ce n'est plus la seule volonté du législateur institutionnel qu'il faut prendre en compte, mais aussi celle d'autres pouvoirs qui s'expriment dans l'usage ou la pratique. En particulier, l'idée que le juge ne saurait se prononcer sur le droit désirable en dehors des lacunes proprement dites semble clairement contraire au pouvoir que Huber entendait reconnaître à ce dernier⁹⁶.

Il en va de même si l'on accepte la conception ouverte du texte de Derrida. De plus, avec cette conception, c'est la capacité du droit d'intégrer des systèmes non juridiques qui paraît clairement renforcée et celle aussi de prendre en compte la polycontextualité de la société contemporaine, une capacité que les droits du *common law*, qui ont reconnu au juge le pouvoir de principe de créer la norme, ont souvent mieux su mettre en œuvre que les droits civils⁹⁷.

b) Le juge interprète

Appelé à trancher un litige, le juge qui dispose d'une règle légale est tenu de l'appliquer. Il doit le faire en se prononçant sur les seules questions qui lui sont soumises et non sur les autres. Dans sa décision, le juge «s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence» (CC 1 III).

Dans les conceptions admises, la jurisprudence est définie comme l'interprétation de la loi telle qu'elle se dégage des arrêts rendus par les tribunaux, en particulier ceux du Tribunal

cident de son employé); 124 III 37, JdT 1999 II 111 (protection des créanciers hypothécaires dans le bail à ferme).

93 ATF 125 III 277, 279 c. 2, JdT 2000 I 240; voir ég. ATF 118 III 199 (révision des sentences arbitrales internationales); 118 II 139, JdT 1993 I 390 (imputation du gain reçu par un travailleur dispensé de son obligation de travailler); 110 II 24, JdT 1986 II 95 (introduction d'une subrogation réelle dans la loi sur l'agriculture); 91 II 100 c. 2, JdT 1965 I 590 (réparation du dommage causé par des travaux nécessaires dans le cadre de l'art. 679 CC).

94 Cf. l'articulation de l'AP-CC, *supra* N 17.

95 Sur la notion de silence qualifié, comme le renoncement du législateur à se prononcer sur un point qui n'appelaient pas nécessairement une intervention de sa part, cf. ATF 131 II 562, 567 c. 3.5, RDAF 2005 II 419; sur la portée négative du silence qualifié, cf. ATF 129 III 656, JdT 2004 I 264, qui rejette l'adoption conjointe par des concubins, estimant que le silence de la loi équivaut à une volonté de ne pas permettre cette adoption dans ce cas.

fédéral⁹⁸. Tout comme le Tribunal fédéral lui-même, les tribunaux doivent cependant suivre la pratique établie par ce dernier dans des cas précédents (*stare decisis*), dans la mesure où les arguments qu'ils contiennent (*ratio decidendi*) demeurent pertinents, au regard de la sécurité du droit et de l'évolution de la situation⁹⁹.

40 On continue souvent d'affirmer que cette pratique ne lie pas les tribunaux de manière obligatoire, à la différence de ce qu'on admet dans les pays de *common law*¹⁰⁰. L'affirmation est en réalité trompeuse. Elle entend sans doute souligner que le fondement de la décision est la loi et non la solution décidée dans un cas donné, mais elle ignore le fait que la portée de la loi résulte en fait des décisions qui l'appliquent. Un précédent n'a certes de valeur que s'il est adapté à la situation concrète soumise au juge, mais il n'est pas concevable dans un système de droit civil que, lorsqu'il l'est, le juge ne soit pas tenu de l'appliquer autant qu'un juge de *common law*¹⁰¹. Le contraire ne serait guère compatible avec la conception qu'on se fait ici de l'Etat de droit¹⁰². C'est pourquoi le Tribunal fédéral ne peut en principe s'écarter d'une jurisprudence sans se justifier et sans avoir annoncé préalablement qu'il allait le faire dans un *obiter dictum*¹⁰³: le vrai **changement de jurisprudence** doit ainsi être compris comme une exception¹⁰⁴.

41 A cet égard, la pratique serait au demeurant bien inspirée de développer des règles plus strictes sur la manière dont on se distancie (ouvertement) d'une jurisprudence ou dont on la renverse. Dans les pays de *common law*, où le juge est à part entière un législateur, du moins là où une loi (*statute*) ne vient pas restreindre la liberté judiciaire, les tribunaux ont développé des règles de communication très sophistiquées sur la portée des décisions qu'ils rendent (*distinguishing ruling, prospective overruling*). Ces règles, qui favorisent une transparence enviable et contribuent de façon importante à la sécurité du droit¹⁰⁵, manquent dans les droits de tradition civiliste. En Suisse, la publication de tous les jugements sur le site du Tribunal fédéral est, à certains égards, un progrès, mais elle rend d'autant plus importante la manière dont la portée des arrêts est définie.

c) Une appréciation

42 La présentation qui précède reprend – pour les besoins du commentaire – la distinction entre le juge qui interprète et celui qui agit *modo legislatoris*. Pour ajouter cependant à ce qui a été dit plus haut sur les limites de cette distinction (N 10 ss, 30 ss), on peut faire trois observations complémentaires:

43 1. Nul ne conteste qu'en présence de **normes dont la texture est ouverte**, comme c'est le cas des dispositions qui fondent le recours à un principe général, tel que l'interdiction de l'abus de droit, la bonne foi, l'égalité de traitement, ou à des notions comme l'illicéité, la personnalité, le juste motif, les bonnes mœurs, le juge est en fait le **créateur** à part entière des règles qui en découlent. A cet égard, Torrione a sans doute raison de parler de «sour-

98 BK-MEIER-HAYOZ, CC 1 N 43; BSK ZGB I-HONSELL, CC 1 N 39; STEINAUER, TDP, N 454 ss.

99 SCHMID, 56.

100 Pour une relativisation de la différence, cf. notamment MATTEI U., Three Patterns of Law. Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, 45 Am. J. Comp. Law 5 (1997).

101 Moins affirmatifs, CHAPPUIS/PERRIN, 331, qui soulignent aussi (et à juste titre, mais la question est différente) que les revirements de jurisprudence ne sont pas rares.

102 Cf. ég. CHAPPUIS/PERRIN, 334, qui rappellent que la jurisprudence doit être prévisible et présenter un caractère de stabilité et de continuité (cf. également ATF 92 II 262, JdT 1972 I 61; 92 II 69; 73, SJ 1964 577).

103 ATF 125 III 209, JdT 1999 I 321; à ce sujet, cf. PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, 684 ss.

104 «Il ne se justifie que s'il se fonde sur des motifs suffisamment sérieux, surtout lorsque cette jurisprudence est constante depuis plusieurs décennies. [...] Les raisons qui militent en faveur d'un nouveau point de vue doivent être plus importantes que les effets négatifs pour la sécurité du droit résultant d'un changement de jurisprudence.» (ATF 125 III 312, JdT 2000 I 374, concernant le refus de changer le taux de capitalisation

ces du droit indépendantes du texte qui y fait référence»¹⁰⁶. La mise en œuvre de l'illicéité à l'art. 41 CO ou celle de la bonne foi de l'art. 2 CC n'est au fond qu'un appel au pouvoir du juge de reconnaître ou de créer des règles de comportement. En ce sens, il faut admettre que ces normes ne se contentent pas de sanctionner des droits ou des obligations déjà existants, mais qu'elles prescrivent des devoirs juridiques autonomes, et cela non seulement à titre exceptionnel comme le souligne parfois la jurisprudence¹⁰⁷.

2. Ce qui est vrai pour des normes ouvertes l'est aussi pour des normes aux contours d'apparence plus précis. Pratiquement, **chaque texte légal exige en effet «la formulation d'une arborescence de textes»** pour en déterminer le sens et trouver le rameau qui correspond à la situation concrète¹⁰⁸. Le sens ou le poids à donner aux conditions d'une disposition repose aussi sur un jugement de valeur de celui qui est appelé à en concrétiser et actualiser la portée¹⁰⁹. Ce jugement de valeur ou cette «pesée appréciative»¹¹⁰ est largement déterminé par le contexte et les faits au regard desquels la norme doit être appliquée¹¹¹. Cette pesée rend **vaine la distinction entre interprétation et création**: la norme générale a le sens toujours évolutif qui résulte des sens qui lui sont donnés – de manière inductive et critique¹¹² – dans un cas particulier¹¹³. On peut d'ailleurs relever que la pratique ne s'y trompe guère. Elle parle rarement de comblement de lacune, même en présence de changements substantiels apportés à l'application d'une norme. Ainsi, dans l'application de l'art. 55 CO qui, dans le contexte des produits défectueux, a privé pour la première fois le défendeur des preuves libératoires¹¹⁴, le Tribunal fédéral n'a pas présenté son arrêt comme le comblement d'une lacune. Pourtant, sa décision a modifié et enrichi le sens de la norme tel qu'il était admis jusqu'alors et permis de mettre en place une responsabilité du fabricant adaptée aux exigences des dangers de l'industrialisation de la production¹¹⁵. On pourrait faire des considérations semblables sur l'évolution jurisprudentielle qu'a connue l'interprétation de l'art. 142 CC ou de nombreuses autres normes. Celles-ci n'ont que rarement été présentées comme des règles lacunaires au sens admis du terme.

A cela s'ajoute qu'on ne peut jamais comprendre la subsomption comme une simple déduction, le fait de décider si un état de fait entre dans les prévisions d'une règle impliquant à lui seul de nombreuses inférences non déductives. Comme l'explique Torrione, en parlant de la qualification des faits en relation avec le syllogisme judiciaire, il ne s'agit pas, le plus souvent, d'une simple identification entre l'hypothèse formulée dans la loi et les circonstances du cas particulier, mais d'une pesée des ressemblances et des différences entre le cas et la loi, de l'élaboration de la commensurabilité entre les deux, d'une opération consistant non pas dans le passage du général au particulier (subsomption), mais dans le passage du type à l'occurrence (abduction), et donc d'un raisonnement par l'exemple, le modèle ou l'analogie¹¹⁶. Le processus de concrétisation d'une notion légale est largement un processus inductif et non déductif¹¹⁷. Il est un processus de création qui repose nécessairement sur un jugement de valeur¹¹⁸.

106 TORRIONE, 285.

107 ATF 121 III 350, JdT 1996 I 187 (le fameux arrêt *Grossen*, impliquant ce lutteur évincé d'une compétition par un changement arbitraire des règles de sélection); à ce sujet, cf. PERRIN, Les relations, 42 ss.

108 MOOR, plädoyer 4/2007, 52, qui montre le nombre de textes nécessaires pour définir ce qu'est une forêt.

109 Sur le pouvoir créateur mais aussi correcteur et adaptateur du juge, cf. WALTER, Rechtsfortbildung, 6 ss.

110 TORRIONE, *passim*, qui emprunte l'expression à Jean Carbonnier.

111 Cf. LEGRAND, On the Singularity of Law, 527; cf. WALTER, Rechtsfortbildung, 4.

112 TORRIONE, 297.

113 MOOR, plädoyer 4/2007, 52.

114 ATF 110 II 456.

115 Sur la genèse de cet arrêt, SCHUBARTH, Der Richter, 154 ss.

- 46 3. Dans la perspective de la conception d'un texte itérable (N 13), la distinction entre juge interprète et créateur perd encore plus de sens, dès lors que le texte est par définition séparé de son auteur ou de son contexte premier. Il en va de même dans l'approche de Moor, pour qui la norme se crée à partir du texte légal et pour qui – le point est central – **l'indétermination de ce texte est la condition même pour qu'il puisse s'appliquer** à n'importe quelle configuration des paramètres qui le constituent et faire naître la norme individuelle du jugement: dès lors, la norme générale est «le développement du texte dans sa propre histoire (la jurisprudence) et dans celle de la société dans laquelle il fonctionne comme texte juridique, la synthèse de tous les sens (re)trouvés à partir de lui»¹¹⁹.
- 47 L'**itérabilité des textes de lois** explique ainsi que certains auteurs, comme Walter, finissent par affirmer qu'en fait celles-ci ne limitent pas la liberté du juge de définir la norme¹²⁰. Le travail de création que suppose l'interprétation du texte ne signifie toutefois pas que le sens de celui-ci soit à la libre disposition de celui qui s'en sert. Ce texte et sa structure imposent au contraire des contraintes qui ne sont pas librement manipulables. L'ouverture du texte implique en revanche que celui-ci serve à intégrer des normes sociales existantes tout en offrant le moyen de les transformer en normes contraignantes¹²¹.
- 48 On peut donc se demander dans quelle mesure cette conception du texte ouvert serait effectivement mieux à même de donner suite aux besoins de la société tout en étant moins arbitraire ou sélective que la liberté du juge proclamée par Walter, comme le laisse entendre Amstutz (N 75)¹²². Après tout, les juges qui – dans la diversité de leurs horizons culturels respectifs – sont à l'écoute de la société, sont, comme d'autres lecteurs, capables de filtrer les besoins et d'imposer les normes adéquates; ils le seront en principe s'ils savent se prononcer en harmonie avec le consensus social¹²³. Le point mériterait des approfondissements qu'il convient de réserver à un autre forum. En l'état, on se contentera de souligner la convergence qui existe entre les créations jurisprudentielles que les juges comme Walter ou d'autres ont su mettre en place récemment et les exemples que donne Amstutz pour montrer ce que sa conception permettrait de réaliser¹²⁴. On peut aussi relever qu'en pratique on reconnaît d'ores et déjà la valeur juridique de règles qui n'émanent pas du pouvoir législatif¹²⁵. Plus que Amstutz ne semble l'admettre, la jurisprudence n'hésite jamais, dans l'examen du devoir de diligence par exemple, à se référer à des normes de comportements émanant d'organismes privés¹²⁶. Même sans l'appui d'un texte, le Tribunal fédéral

119 MOOR, plädoyer 4/2007, 53 ss, la norme générale est bien plus que le texte initial: «c'est l'ensemble des normes individuelles produites à partir du texte premier [...] en formation permanente [...]».

120 Cf. PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, 250, qui conçoit que dans l'interprétation aussi, le travail du juge ne saurait se limiter au «kognitives Nachvollziehen der gesetzgeberischen Vorgabe»; l'interprétation doit être comprise comme un «sinnstiftendes Zu-Ende-Denken des Gesetzes mit Blick auf den konkreten Fall»; cf. ég. WALTER, Rechtsfortbildung, 4, pour qui le juge n'a comme limite que celle de comprendre la loi comme son devoir l'y oblige.

121 AMSTUTZ, *passim* et 278 ss; cf. également MOOR, plädoyer 4/2007, 54 ss.

122 AMSTUTZ, 272, note 161, qui dit: «Pragmatischer Methodenpluralismus macht zu allem fähig».

123 A ce sujet, cf. BARAK, 107 ss.

124 Il est frappant de constater que les exemples que Amstutz attribue au texte ouvert dont il se fait le défenseur (cf. AMSTUTZ, 278 ss, par ex. la responsabilité fondée sur la confiance) vont pour la plupart dans le sens des innovations jurisprudentielles intervenues au cours de ces dernières années, et que d'une certaine façon le système fonctionne déjà comme il le préconise. Sur la volonté de juges célèbres de *common law* exprimant leur volonté d'accomplir en principe leur tâche dans les limites du consensus social, cf. BARAK, 107 et la réf. à TRAYNOR, qui voit le juge comme arbitre et non comme croisé. Pour des exceptions, cf. BARAK, 107, qui soutient que le juge doit parfois, contre l'opinion admise, se faire le porte-parole d'un nouveau consensus; il considère que *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) en est un exemple emblématique.

125 On peut citer comme exemple le Code de bonne pratique en matière de gouvernement d'entreprise ou les directives de l'ASR de la Suisse Financière Association ou de la Chambre fiduciaire, dont la valeur contractuelle

sait également reconnaître les diverses réalités économiques, sociales et politiques qui transparaissent derrière la norme¹²⁷.

En tout état de cause, on peut retenir encore une fois que le juge qui, dans une situation nouvelle donne un sens concret à des règles préexistantes agit *modo legislatoris* et qu'il n'y a pas de véritable frontière entre interprétation et création. L'idée selon laquelle le juge n'est en principe qu'un interprète et par exception un créateur tombe du même coup: cette réduction n'est pas conforme à la réalité et aboutit, si on la retient comme un principe, de façon inéluctable à mettre le système préconisé en porte-à-faux avec lui-même (N 19). Au lieu de se borner à dire que le juge n'est que la bouche qui prononce les paroles de la loi, il paraît éclairant d'ajouter, comme le fait Moor, au demeurant conscient des limites de la métaphore, qu'il est la bouche des textes légaux et le cerveau des normes juridiques¹²⁸.

3. La doctrine éprouvée

Dans la conception classique suisse, la doctrine est l'ensemble des opinions émises dans les traités, les commentaires, les monographies, les articles et les recensions d'arrêts¹²⁹. Elle comprend avant tout les écrits consacrés à la loi et à sa mise en œuvre¹³⁰. Dans l'interprétation admise de l'art. 1 al. 3 CC, seule la doctrine éprouvée est prise en compte¹³¹. Par là, il faut comprendre celle qui convainc par la force de son argumentation, et donc non pas celle dont l'opinion est majoritaire ou fondée seulement sur le droit national¹³². Les auteurs soulignent en général que le juge ne doit pas suivre la doctrine servilement, mais s'en inspirer et peser les avis des uns et des autres de façon critique¹³³. Dans la perspective de la primauté de la loi, la doctrine considérée comme utile est toutefois surtout celle qui explique le contenu de la loi de façon aussi fidèle que possible à la volonté du législateur.

Selon Huber, en revanche, la doctrine avait un rôle plus large. Comprise comme une source de droit¹³⁴, elle jouissait d'une liberté plus grande que celle qui lui est aujourd'hui reconnue. Elle était censée exercer un pouvoir propre, qui ne se cantonne pas à celui d'éclairer de sa sagesse le sens objectif de la norme souverainement voulue par le législa-

ralement reconnues. En particulier, la jurisprudence admet de se référer aux règles établies par la FIS». Cf. également ATF 118 IV 130, JdT 1994 IV 128, sur la prise en compte des règles de comportement déduites du Bulletin des avalanches et du guide d'interprétation de l'Institut fédéral pour l'étude de la neige et des avalanches, dans le cadre du devoir de prudence d'un guide de montagne.

127 Cf. par exemple ATF 131 III 97, 103 c. 3, JdT 2005 I 188 et ATF 123 III 193, 197 c. 2, JdT 1997 I 658, où le Tribunal fédéral, après avoir accepté – malgré le résultat contraire auquel conduit l'interprétation littérale ou systématique du CC – la possibilité pour des groupements à but économique de s'organiser sous la forme juridique de l'association, exclut l'application de l'art. 72 al. 2 CC à ce type d'associations à but économique: non seulement le Tribunal fédéral est ici pleinement conscient des réalités économiques, qu'il intègre dans sa jurisprudence même lorsque le texte légal ne les envisage pas, mais il construit également de nouvelles règles, spécialement adaptées aux nouvelles formes juridiques ainsi développées.

128 MOOR, plädoyer 4/2007, 54.

129 SCHMID, 52; STEINAUER, TDP, N 441.

130 Pour plus de détails, SCHMID, 52.

131 Sur les différences des textes dans les trois langues de l'art. 1 al. 3 CC, cf. BSK ZGB I-HONSELL, CC 1 N 38.

132 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, 49; STROLZ, 47; pour plus de détails, cf. STEINAUER, TDP, N 444 ss.

133 ROSSEL/MENTHA, 66.

134 A ce sujet, cf. AMSTUTZ, 249 et les réf. citées, y compris les déclarations de Huber: «Wir erhalten somit drei Stufen der Rechtsanwendung: Gesetz, Gewohnheit, Überzeugung des Richters, sei es nach bewährter Lehre und Überlieferung oder nach der Voraussetzung eines Rechtsatzes für den neuen Fall». L'art. 2 al. 1 AP-CC – finalement supprimé – créait le lien entre le droit coutumier en précisant que, lorsque dans l'interprétation d'une disposition légale se formait une coutume, celle-ci devenait du droit

teur, mais qui, librement et dans l'ouverture aux autres disciplines que le droit, guide aussi l'action du juge et du juriste. C'est dans ce sens que se comprend aujourd'hui le rôle des professeurs de droit dans les grandes écoles américaines, qui font de la *theory* et non pas du *doctrinal work*.

- 52 C'est clairement dans l'histoire de la tradition civiliste qu'on trouve l'origine de la place faite à la « science » du droit. Elle tient sans doute à la réputation d'impartialité politique dont la doctrine jouissait par rapport à celle des juges du continent européen¹³⁵. Cette réputation n'a fait que croître avec les Lumières et la foi prêtée à la raison pure. Historiquement, on sait aussi que les auteurs n'ont jamais compté de la même façon dans les pays de *common law*, où les juges avaient su imposer une renommée d'indépendance et de qualité¹³⁶. Pourtant, c'est aux Etats-Unis que sont nées les théories du droit aujourd'hui les plus importantes. Il est ainsi frappant de constater que le rôle relativement insignifiant des auteurs de doctrine dans la jurisprudence américaine – et la liberté qui accompagne cette insignifiance – n'a fait qu'accroître l'importance que la communauté académique accorde à d'autres disciplines pour comprendre le droit. Né du réalisme juridique, le « *law and -ism* » a fait voir la nécessité d'étudier le droit à l'aune d'autres disciplines afin de mieux saisir les forces qui l'influencent, que ce soit l'économie, la politique, la littérature, le féminisme ou même la psychanalyse¹³⁷. Même si elle demeure essentiellement académique, cette pluridisciplinarité a pris une place dans la conscience des juristes qu'elle n'occupe pas dans les pays de droit civil, où la doctrine – certes plus sollicitée, mais moins libre – reste attachée à la dogmatique juridique¹³⁸.

B. Les solutions à l'abri de la mouvance actuelle des conceptions ?

- 53 Parmi les aspects de l'art. 1 CC que l'actuelle mouvance des conceptions ne remet pas fondamentalement en cause, on peut en retenir au moins deux : celui du champ d'application de l'art. 1 CC et celui de la nécessité de lier **texte et esprit** dans la détermination du sens de la loi.

1. Le champ d'application de l'article 1 CC

- 54 Nul ne conteste que la teneur de l'art. 1 CC a une **portée générale**. Il s'applique à tous les domaines de la législation civile fédérale. Au-delà du Code civil, l'art. 1 CC s'applique donc au Code des obligations, à la législation civile accessoire, y compris le droit international privé¹³⁹ et au droit de la procédure fédérale¹⁴⁰. En dehors du droit privé, il en va de même, ne serait-ce que par analogie et avec des ajustements tirés de la spécificité des matières. Se fondant sur l'art. 1 CC, une partie de la doctrine soutient ainsi qu'en droit public, comme en droit pénal, l'imposition de charges ou de sanctions ne peut se concevoir que dans les limites du sens possible des mots ; au-delà, même si le but de la loi pourrait le justifier, on estime qu'il y aurait un comblement de lacune contraire au principe de la légalité¹⁴¹.

135 VAN CAENEGEM R. C., *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge 1987, 84 ss, 155 ss.

136 Pour une comparaison du rôle du juge dans les droits civils et ceux de *common law*, cf. notamment ZWERTGERT K. / KOETZ H., *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3^e éd., Tubingue 1996, 202 ss, et 250 ss; KOETZ H., *Civil Justice Systems in Europe and the United States*, 13 *Duke J. Comp. & Int'l Law* 77 (2003).

137 WERRO F., *Notes on the Purpose and Aims of Comparative Law*, 75 *Tulane L. Rev.* 1228 (2000-2001); sur l'utilisation du savoir philosophique, BUSSANI, 746 ss.

138 Sur la comparaison des rôles de la doctrine, récemment, cf. LEGRAND P./SAMUEL G., *Introduction au common law*, Paris 2008, 48 s.

139 ATF 40 II 223, JdT 1924 I 19.

On estime ainsi que le principe de la base légale expresse en droit administratif interdit au juge d'imposer des devoirs à l'administré qui vont au-delà des prévisions du texte de la loi¹⁴². En droit fiscal, le Tribunal fédéral a reconnu que l'administration et le juge sont tenus de faire preuve d'une certaine circonspection lorsqu'ils interprètent les normes fiscales, afin de respecter les impératifs de suprématie et de réserve de la loi qui découlent du principe de légalité. Il s'agit, en particulier, d'éviter que ne soient créés, par le biais d'une interprétation extensive, de nouveaux cas d'assujettissement, de nouvelles matières imposables ou de nouveaux faits générateurs d'imposition¹⁴³.

En droit constitutionnel, on retient que l'interprétation des normes obéit aux mêmes règles que celle des lois ordinaires¹⁴⁴. Compte tenu de la texture ouverte de nombre de règles, on souligne cependant l'importance du rôle du juge, parfois aidé dans sa tâche par l'existence d'une coutume¹⁴⁵. La pratique relative à l'ancien art. 4 aCst. montre très clairement l'ampleur de la création jurisprudentielle. Cela étant, on considère que le juge ne saurait toutefois combler une lacune au détriment de la liberté personnelle de l'individu. De ce fait, l'autorité ne peut pas étendre sa compétence et restreindre la liberté personnelle de l'individu sous prétexte d'une lacune. De même, l'interprétation de la Constitution ne doit pas aboutir à priver les cantons d'une compétence : dans un Etat fédératif, les attributions des autorités fédérales sont énumérées exhaustivement ; la répartition des compétences est ainsi réputée sans lacune¹⁴⁶.

En droit pénal, le principe *nullum crimen et nulla poena sine lege* marque, non sans nuances, le rôle du juge dans sa tâche (CP 1). Une grande partie de la doctrine admet ainsi que le juge ne saurait étendre l'application de la loi au-delà du sens des mots qu'elle utilise (*Wortsinngrænze*)¹⁴⁷. Dans un arrêt remarqué, le Tribunal fédéral a toutefois jugé qu'il peut s'affranchir du texte et interpréter la loi au-delà des mots dans les limites de son sens juridique (*Rechtssinngrænze*)¹⁴⁸. Seule une application par analogie à des comportements qui ne sont pas compris dans ce sens juridique est proscrite, car contraire au principe de la légalité¹⁴⁹.

Finalement, pour les matières réservées au droit cantonal, on enseigne qu'il n'y a pas d'application directe de l'art. 1 CC. Certains législateurs cantonaux ont toutefois prescrit une application par analogie de cet article¹⁵⁰. De plus, les tribunaux cantonaux peuvent, même en l'absence d'une telle prescription, adopter les mêmes principes¹⁵¹. Quant aux lois de procédures cantonales, ce sont elles qui doivent se prononcer. Certains cantons ont légiféré, comme par exemple le canton du Valais où l'art. 72 du Code de procédure civile prévoit que « des questions ne pouvant être résolues ni selon le texte ni selon l'esprit des dispositions du présent code sont tranchées conformément aux principes généraux du droit. A cette fin, le juge s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ». Là où la loi ne prévoit rien, la pratique applique l'art. 1 al. 2 CC par analogie¹⁵².

142 KNAPP B., *Cours de droit administratif*, Bâle 1994, N 453 ss.

143 ATF 131 II 562, 567 c. 3.4, RDAF 2005 II 419.

144 ATF 128 I 288, 291 c. 2.4, SJ 2003 I 129; 124 II 193, 199 c. 5a, RDAF 1998 II 387; 118 Ib 187, 190 c. 4, RDAF 1993 317; 116 Ia 359, 367 c. 5c, JdT 1992 I 98.

145 ATF 89 I 253, 270, JdT 1964 I 206 c. 12b et les réf. doctrinales citées, not. BK-MEIER-HAYOZ, CC I N 60.

146 HÄFELIN/HALLER, N 1057.

147 D'un avis différent, cf. HÄFELIN, 117, qui estime que le sens des mots ne se distingue pas du sens juridique, lequel est en conséquence la vraie limite qui absorbe le sens des mots.

148 ATF 127 IV 198, JdT 2003 IV 112.

149 Cf. NIGGLI, 166; critique: PROBST, *Wortsinn*, 254 ss.

150 L'art. 275 de la LACC-ZH dispose: « Für diejenigen zivilrechtlichen Verhältnisse, deren Ordnung dem kantonalen Rechte überlassen ist, gilt das Schweizerische Zivilgesetzbuch als ergänzendes Recht ».

2. L'abandon de la notion du texte clair et la conjugaison du texte et de l'esprit de la loi

- 59 L'art. 1 al. 1 CC dispose que « la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions ». Un point aujourd'hui acquis réside dans le lien qu'il y a lieu de faire entre « la lettre » (*Wortlaut*) et « l'esprit » (*Auslegung*) : au lieu du « ou » prévu par le texte de la loi, on admet qu'il faut lire un « et » entre lettre et esprit¹⁵³. On en déduit que le sens littéral d'une disposition ne peut pas à lui seul révéler le sens juridique de celle-ci, mais qu'il faut nécessairement se fonder sur des éléments qui lui sont extérieurs (comp. CO 18)¹⁵⁴. Dès lors, **il n'y a pas, comme tel, de texte qui révèle d'emblée son sens** : affirmer qu'un texte est clair implique déjà une interprétation guidée par la prise en compte d'autres éléments que le texte – y compris les présupposés de l'interprète¹⁵⁵. La lettre est donc un point d'appui essentiel, mais jamais le seul fondement de l'interprétation¹⁵⁶.
- 60 Le Tribunal fédéral s'est rangé à cette conception **en matière d'interprétation du contrat** en 2001¹⁵⁷. Dans l'arrêt rendu à cette date, il affirme qu'une interprétation fondée sur la seule lettre n'est pas admissible : ainsi, le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant ; même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut en effet résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord¹⁵⁸. La jurisprudence du Tribunal fédéral a depuis repris cette manière de voir à plusieurs reprises¹⁵⁹.
- 61 Ce qui vaut pour le contrat doit aussi valoir **pour l'acte législatif**¹⁶⁰. En cette matière, la jurisprudence semble toutefois rester attachée à la primauté de la lettre de la loi, comme si celle-ci n'admettait la prise en compte d'éléments extérieurs que de façon subsidiaire. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a encore pu affirmer récemment que l'interprétation n'est nécessaire que si le texte n'est pas clair, méconnaissant le fait qu'un sens clair résulte déjà d'une appréciation interprétative¹⁶¹. De plus, il insiste souvent sur le fait que le juge ne doit s'écarter du texte clair d'une disposition que si « des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause »¹⁶², s'il existe des « motifs sérieux »¹⁶³, des « raisons suffisantes »¹⁶⁴, des « raisons sérieuses »¹⁶⁵ de penser que « la règle exprimée ne traduit pas le vrai sens de la norme »¹⁶⁶, ou que « l'application de la loi serait déraisonnable et contraire au véritable sens de la norme »¹⁶⁷, que « son interprétation littérale conduirait à des résultats manifestement insoutenables, qui contrediraient la véritable intention du législateur »¹⁶⁸, ou encore que son interprétation

153 AMSTUTZ, 242 ss, 244, et les réf. cit. Pour la mise en évidence du potentiel du « ou », cf. CHAPPUIS, 7, qui arrive cependant à la même conclusion puisqu'elle affirme que le texte ne prime pas sur l'esprit. On pourrait également soutenir que la juxtaposition des deux éléments est superflue : si le texte de l'art. 1 CC s'était contenté de parler de « lettre », cela n'aurait rien changé au problème de l'interprétation ; une « lettre » ou un mot n'a de sens que s'il fait l'objet d'une interprétation.

154 ZK-DÜRR, CC 1 N 67 ; KRAMER, 73 ; cf. également CHAPPUIS, 4 ss.

155 ZK-DÜRR, Rem. précl. CC 1 et 4 N 154 ; dans une perspective comparative, cf. ég. LEGRAND, Il n'y a pas de hors-texte, 20 ss.

156 PERRIN, Les relations, 244.

157 ATF 127 III 444, JdT 2002 I 213 ; pour une analyse approfondie de cet arrêt, cf. CHAPPUIS, 4 ss.

158 ATF 127 III 444, 445 c. 1b, JdT 2002 I 213.

159 Cf. ATF 133 III 61 c. 2.2.4, SJ 2007 I 217.

160 A ce sujet, notamment, cf. AMSTUTZ, 244 ; du même avis, avec des nuances qui ne sont pas ici pertinentes, cf. CHAPPUIS, 9 ss, 11, et les réf. à d'autres opinions (note 39).

161 Cf. par ex. ATF 132 III 18, 21 c. 4.1, JdT 2006 I 110 ; 126 III 404, 406 c. 3c, JdT 2002 I 256.

162 ATF 132 III 555, 561 c. 3.4.3.1, SJ 2006 I 524.

163 ATF 121 III 460, 465 c. 4.2, JdT 1996 I 379.

164 ATF 108 II 149, 151, SJ 1982 421.

165 ATF 112 Ib 465, 472 c. 4c, JdT 1988 I 217 ; 105 Ib 65, 66 c. 4d, JdT 1981 I 188.

littérale « conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulus et qui heurtent le sentiment de la justice ou le principe de l'égalité de traitement »¹⁶⁹.

S'il faut retenir de manière générale que le texte de la loi ne saurait constituer une barrière infranchissable, toute la question est de savoir sur quels éléments on peut se fonder pour le dépasser. C'est le **problème – peut-être insoluble – de la « bonne » manière d'interpréter la loi**¹⁷⁰, qui sera partiellement repris plus loin en relation avec l'analyse du « pluralisme méthodologique » et le pragmatisme du Tribunal fédéral (N 71 ss). Paradoxalement, ce n'est pas le recours à l'esprit de la loi qui, dans les conceptions admises, donnerait la clé des éléments qui permettent une réponse à cette question, puisque le mot « esprit » s'y comprend comme le sens juridique d'un texte, à savoir le sens que le législateur historique a voulu lui donner, et désigne le but de la loi, sa rationalité ou les principes qu'elle est censée consacrer. Pas plus que le terme *Auslegung* du texte allemand, il ne saurait en principe imposer autre chose que cela. Dans cette conception, l'esprit de la loi ne serait donc pas mobile¹⁷¹ : au nom de la séparation des pouvoirs, il devrait en principe rester fidèle à la volonté du législateur historique¹⁷² et « l'esprit » nouveau ne l'emporter sur le texte que si le texte est inadéquat et l'esprit clairement identifié¹⁷³ : c'est le cas lorsque l'interprétation d'une norme conformément à la lettre de son texte conduit à des résultats que le législateur n'a pas pu avoir voulus et qui heurtent le sentiment de justice ou le principe de l'égalité de traitement¹⁷⁴.

En adoptant ce qu'il appelle « le pluralisme pragmatique », le Tribunal fédéral a fait perdre, il est vrai, une bonne partie de son sens à l'idée d'une interprétation limitée par la volonté historique du législateur ; cette question sera traitée en relation avec les faits saillants de l'actualité (N 65 ss). Quant à l'analyse d'Amstutz, elle propose sur ce thème une véritable rupture : le **texte** n'est pas le support de la volonté de son auteur, mais une **machine indépendante qui produit des sens en fonction des contextes** où elle opère, sans que « l'esprit » du texte, au sens admis, soit nécessaire pour donner à ce dernier l'ouverture qu'il doit avoir. Le texte ainsi compris se suffit à lui-même pour évoluer¹⁷⁵. Dans le prolongement de cette conception, on pourrait affirmer que le texte doit être le seul support de l'interprétation : vouloir y faire entrer des éléments qui le ramènent à son auteur – que ce soit la volonté historique ou contemporaine du législateur, le but ou les principes qu'il poursuivait ou qu'il pourrait aujourd'hui vouloir poursuivre – repose sur une démarche qui écarte le texte et doit donc être exclue. Au demeurant, cette approche ne conduirait pas pour autant à soutenir que la lettre révèle d'emblée le sens du texte ; elle implique bien plus de considérer qu'il appartient à l'interprète de dégager le sens d'un texte à partir de lui-même, en déterminant le sens que lui donne l'environnement dans lequel il évolue.

III. Les faits saillants de l'actualité de l'article 1 CC

Dans l'actualité récente relative à l'art. 1 CC, il y a trois faits saillants qu'on peut attribuer de près ou de loin à la mouvance des conceptions et qui, en tout état de cause, paraissent nouveaux : le pragmatisme du pluralisme des méthodes, le déclin d'une frontière tenable entre droit privé et droit public, et la porosité des frontières nationales du droit.

169 ATF 109 Ia 19, 27 c. 5c, JdT 1985 II 146 ; 103 Ia 225, 229 c. 3c, SJ 1985 358 ; AUGSBURGER-BUCHELI, 215.

170 PERRIN J.-F., Préface, in Les règles d'interprétation, Fribourg 1989, 1.

171 Cf. WALTER, Rechtsfortbildung, 6 ss ; critique ég., ZK-DÜRR, CC 1 N 140 ; moins affirmatif, mais aussi critique, SCHMID, 30.

172 Cf. AMSTUTZ, 259, citant MEIER-HAYOZ dans les passages clés, mais qui exagère, nous semble-t-il, l'importance de cette interprétation historique, si l'on prend en compte la fréquence avec laquelle le TF donne sa préférence à une interprétation « *objektiv-zeitgemäss* » ; cf. ég. WALTER, Methodenpluralismus 158, ou Rechtsfortbildung, 6 ss.

173 Cf. PERRIN, Méthode, 247, qui souligne : « L'esprit contre le texte n'est donc pas la révolution ni le pouvoir

A. Le pluralisme méthodologique et le pragmatisme du Tribunal fédéral

1. Un bref aperçu des différents éléments d'interprétation

- 65 Depuis les Lumières, l'écrit domine l'application du droit¹⁷⁶. Si les juristes n'ont guère pris en compte les théories sur le texte¹⁷⁷, ils ont accordé la première place à une compréhension du droit fondée sur celle du texte de la loi. Pour comprendre celle-ci, il faut donc d'abord donner un sens au mot¹⁷⁸. C'est ainsi que le Tribunal fédéral continue d'affirmer que la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre¹⁷⁹. Il est ainsi postulé que, étant l'objet de l'interprétation, le texte est également le moyen premier de dégager le sens de la norme¹⁸⁰, même s'il ne saurait être question d'enfermer le juge dans les limites de la lettre de la loi¹⁸¹.
- 66 A cela s'ajoute que le texte ne peut faire l'objet d'une lecture utile que dans l'analyse de sa place dans la loi¹⁸². C'est ainsi qu'il faut lier à l'élément grammatical les éléments systématique (place d'une disposition par rapport à d'autres, y compris du droit constitutionnel ou étranger¹⁸³) et logique, historique et téléologique de l'interprétation¹⁸⁴, auxquels on peut encore, selon les cas, en ajouter d'autres, que ce soit l'élément professionnel, éthique, constitutionnel, pratique, réaliste ou encore celui de droit comparé¹⁸⁵.
- 67 Si – dans les trois langues officielles tenues pour égales¹⁸⁶ – la lettre de la loi est souvent présentée comme le premier support de l'interprétation¹⁸⁷, elle n'est décisive que si elle livre le sens juridique qui découle des règles établies de l'interprétation¹⁸⁸. Ce jugement sur le caractère décisif de la lettre ne peut être que le fruit d'une interprétation¹⁸⁹. Pour désigner le sens juridique retenu, la jurisprudence parle parfois du sens vrai ou du sens véritable de la norme¹⁹⁰ – là où il serait peut-être préférable de parler de sens approprié dès lors que, comme telle, la vérité n'existe pas¹⁹¹ – étant entendu qu'une norme ne peut avoir de sens qu'en relation avec un état de fait donné¹⁹². Dans les conceptions admises, l'interprétation peut se faire de manière restrictive ou extensive; elle peut aussi consister en un

176 Dans une perspective comparative, cf. GROSSFELD, *Comparatists and Languages*, 154 ss, qui analyse une exception intéressante dans le fonctionnement des *jury trials* aux Etats-Unis: «*The court room is filled with voice, with body and symbolic language [...]. The power of the written word is diminished*». Selon lui, c'est ce phénomène de l'oralité qui explique notre scepticisme à l'égard de cette institution.

177 Cf. AMSTUTZ, 241, qui relève cependant la contribution de CARONI, *Gesetz*.

178 Cf. PROBST, Wortsinn, 252; STEINAUER, TDP, N 262 ss.

179 ATF 132 III 226, 237 c. 3.3.5, SJ 2006 I 321.

180 Ainsi KRAMER, 73 ss; d'un avis différent, BSK ZGB I-HONSELL, CC 1 N 3.

181 A juste titre, BSK ZGB I-HONSELL, CC 1 N 3 et 4, qui contient d'intéressantes références à la naïveté d'une doctrine qui prend le texte à la lettre; cf. ég. DESCHENAUX, 77; KRAMER, 73; cf. toutefois ATF 103 Ia 233, 237, JdT 1979 I 570.

182 ATF 117 II 523, 525 c. 1c, JdT 1994 I 561.

183 Cf. GERBER A., *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, 150 ss et WERRO F., *La jurisprudence et le droit comparé: La réception des concepts juridiques étrangers*, in *Perméabilité des ordres juridiques, Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, Zurich 1992, 165 ss.

184 Cf. DESCHENAUX, 75 ss; PROBST, Wortsinn, 262 ss; STEINAUER, TDP, N 273 ss. Pour une discussion de l'interdépendance et de la relative utilité ou suffisance de ces éléments, cf. WALTER, *Methodenpluralismus*, 161 ss, pour qui l'interprétation de la loi consiste en définitive, comme le dit un auteur français qu'il cite, «à découvrir le sens d'un texte, par des méthodes qui peuvent varier».

185 WALTER, *Methodenpluralismus*, 163.

186 En matière de traité international, ATF 123 III 442, JdT 1998 I 382. Cf. ég. STEINAUER, *Le juge*, 69 ss, en relation avec les implications du principe de l'équivalence des langues pour le Parlement.

187 KRAMER, 69 ss.

188 ATF 111 Ia 292, 297 c. 3b, JdT 1987 I 619; cf. aussi ATF 128 I 34, 41 c. 3b, RDAF 2003 I 363.

189 C'est ainsi que le Tribunal fédéral précise parfois qu'un texte clair doit être interprété (cf. ATF 127 IV 198, 200, JdT 2003 IV 112); c'est dans ce sens aussi qu'on peut dire qu'il n'existe pas de texte clair.

190 Cf. ATF 123 III 442, 444, JdT 1998 I 382, où le Tribunal fédéral décide laquelle des trois versions d'une loi

comblement de lacune par analogie (application d'une norme à un fait exclu par le texte)¹⁹³ ou par une réduction téléologique (exclusion de l'application de la norme à un fait compris dans le texte)¹⁹⁴.

A cet égard, la pratique se fonde souvent sur la *ratio legis* d'une disposition, laquelle est définie à l'aide essentiellement des autres moyens d'interprétation¹⁹⁵. C'est ici que les éléments historique¹⁹⁶ et téléologique (objectif) de l'interprétation jouent surtout leur rôle¹⁹⁷. Pour rechercher le sens historique ou téléologique d'une norme, on se fondera en principe sur les travaux préparatoires: «[s'ils] ne sont, en soi, ni obligatoires ni même décisifs pour l'interprétation d'une norme [réf. omise], il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent être notamment utiles dans la mesure où, [...] la volonté du législateur [gras ajoutés] s'est manifestée dans le texte à interpréter»¹⁹⁸. Dans la conception de certains auteurs, la volonté déterminante serait en principe la volonté historique qui s'est exprimée au moment de l'adoption du texte (*entstehungszeitliche Auslegung*), cela même si la solution est insatisfaisante (lacune improprement dite)¹⁹⁹, et ce ne serait que de façon exceptionnelle que prévaudrait la volonté actualisée du législateur (*geltungszeitliche Auslegung*), celle qu'adopterait ce dernier dans une compréhension contemporaine de la réalité²⁰⁰. Il est plus convaincant de ne pas voir de règle absolue ni dans un sens ni dans l'autre, mais, dans le doute, une définition actualisée du but de la règle paraît préférable.

Ainsi, en contradiction avec le fameux arrêt *Quinche* de 1957²⁰¹, dans lequel le Tribunal fédéral a refusé le droit de vote aux femmes en faisant valoir que le législateur historique de 1885 n'avait pas voulu inclure les femmes lorsqu'il a employé l'expression «tous les Suisses âgés de plus de vingt ans»²⁰², l'arrêt *Rohner* s'est fondé sur la conception inverse pour décider que, même si le législateur historique ne comptait pas inclure les femmes lorsqu'il parlait de «citoyen» ou de «Suisse» (à l'art. 16 de la constitution d'Appenzell), on devait, en se fondant sur une interprétation historique objective et conforme au nouvel art. 4 al. 2 aCst., reconnaître le droit de vote aux femmes²⁰³. Une interprétation d'une volonté actualisée va de pair avec ce que le Tribunal a appelé, dans un autre contexte, une interprétation en conformité avec «l'esprit du temps»²⁰⁴.

193 Par ex. l'application de l'art. 679 CC au fermier de l'immeuble et non seulement au propriétaire.

194 Pour ces distinctions, cf. notamment KRAMER, 125, 155, 192 ss; PROBST, *Die Änderung der Rechtsprechung*, 259 ss; pour un exemple de réduction téléologique, cf. ATF 121 III 219, 225 c. 1d, JdT 1996 I 162; cf. également PICHONNAZ/VOGENAUER, 423 et les réf. au modèle des trois groupes.

195 Cf. BSK ZGB I-HONSELL, CC 1 N 4; SCHMID, 138; STEINAUER, TDP, N 301 ss; dans le même sens: ATF 132 III 707, 710 c. 2, JdT 2007 I 61; ATF 124 III 229, 235 c. 3c, JdT 1998 I 668, qui renvoie même à la prise en compte de l'état de fait; NIGGLI, 163 ss, a raison de souligner que l'interprétation téléologique n'est pas une méthode d'extraction du sens du texte, mais précisément une méthode par laquelle l'interprète insufflé au contraire le sens qu'il défend parmi tous les sens possibles.

196 Cf. ATF 117 II 523, 525 c. 1c, JdT 1994 I 561, qui offre un exemple dans lequel l'interprétation historique corrobore «sans doute possible» l'interprétation littérale (il s'agit du refus – contestable dans la conception ici défendue – de partager l'autorité parentale en application de l'art. 297 al. 3 aCC). Pour une relativisation de l'argument historique, cf. ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586.

197 Pour la définition de l'élément téléologique, cf. DESCHENAUX, 78 ss; NIGGLI, 163 ss; BARAK, 125 ss, 136 ss.

198 ATF 117 II 523, 525 c. 1c, JdT 1994 I 561, où il est encore précisé que les intentions du législateur ont d'autant plus de poids que le texte à interpréter est récent. Cf. également ATF 119 II 183, 185 c. 4b, JdT 1994 I 222; 112 II 1 c. 4a, JdT 1986 I 633, 636; le caractère non décisif des travaux préparatoires est confirmé dans un ATF 131 II 967, RDAF 2006 II 140 c. 4. Sur les travaux préparatoires, cf. STEINAUER, TDP, N 299 ss.

199 Cf. ATF 131 II 967, 568 c. 3.5, RDAF 2005 II 419, qui n'admet la correction dans ce cas que si le fait d'invoquer la loi est constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution.

200 C'est incontestablement cette méthode qui par définition prévaudrait si on acceptait l'idée que le texte n'appartient pas à son auteur (et que ne renierait pas Kadbruch, qui soulignait que la loi est parfois plus intelligente que son auteur); sur cette question, cf. KRAMER, 104 ss; STEINAUER, TDP, N 297 ss.

201 ATF 83 I 173, 178 c. 4.

70 De façon plus générale, certains déduisent de la jurisprudence du Tribunal fédéral que la loi acquiert une existence indépendante de la volonté historique ou actualisée du législateur²⁰⁵. Les uns contestent en partie la légitimité de cette autonomie²⁰⁶, la considérant comme inéluctable, les autres l'approuvent pour faire entrer dans le texte des éléments étrangers à la volonté du législateur²⁰⁷. **Dans la conception ici défendue**, et dans la perspective de l'évolution souhaitable du droit, cette seconde approche mérite clairement la préférence, mais elle reste insuffisante, dans la mesure où l'on admet que le texte de la loi n'appartient pas à son auteur (N 24)²⁰⁸.

2. Le pluralisme pragmatique dans la méthode du Tribunal fédéral

71 Malgré la faveur que conserve souvent l'interprétation textuelle, dans la mesure où elle paraît révélatrice du sens que le législateur a voulu, le Tribunal fédéral déclare aussi ne privilégier aucun élément d'interprétation²⁰⁹: en réalité, il entend bien plutôt s'inspirer d'une **pluralité pragmatique de méthodes** pour déterminer le sens véritable de la norme, et ne se fonder sur une approche littérale que si la solution qu'elle impose est matériellement juste²¹⁰.

72 Par l'utilisation du mot pragmatique, le Tribunal fédéral entend indiquer que le choix d'un élément méthodologique doit se faire en faveur de l'interprétation qui aboutira, dans le cas d'espèce, à une « solution effectivement correcte »²¹¹ et qui soit justifiée par l'esprit du temps²¹². Une interprétation littérale qui révélerait clairement une solution n'est ainsi décisive que si elle aboutit au résultat tenu pour juste par le juge²¹³. Il va de même pour les autres éléments, et notamment de la prise en compte d'arguments systématiques²¹⁴.

73 **Dans la défense de cette méthode** contre les attaques doctrinales dont elle a été l'objet, Walter fait valoir avec raison qu'il y a autant de théories d'interprétation que d'auteurs qui s'expriment au sujet de celles-ci et que, si l'on prend en plus en compte le fait qu'elles évoluent, les théories sont plus nombreuses que les auteurs! Comme le souligne Walter, le Tribunal fédéral, quant à lui, n'est pas un auteur, mais un chœur d'auteurs dont la composition change en permanence, et où la pluralité des opinions et celle des méthodes est incontournable: l'honnêteté oblige à le reconnaître plutôt que de faire semblant qu'il puisse en aller autrement. Il souligne aussi que les rôles de la doctrine et de la jurispru-

205 ATF 124 V 185 cité par BSK ZGB I-HONSELL, CC 1 N 11.

206 KRAMER, 113 ss, 119 ss; BIAGGINI, 54.

207 Sur l'ensemble de la question, cf. AMSTUTZ, 259 ss.

208 Pour une approche différente, cf. STEINAUER, TDP, N 323 ss, qui dans ses éléments d'une méthode d'interprétation met en première place la nécessité d'une méthode historique, comme un élément de la séparation des pouvoirs.

209 ATF 132 III 555, 561 c. 3.4.3.1, SJ 2006 I 524; 132 III 226, 237 c. 3.3.5, SJ 2006 I 321, et les arrêts cités.

210 ATF 124 III 266 c. 4, JdT 1999 I 414: « Selon la jurisprudence du TF, les autorités d'application sont en principe liées par la teneur d'une disposition lorsqu'elle est claire et dépourvue d'ambiguïté [...]. Cependant, des interprétations divergentes sont autorisées voire nécessaires lorsqu'il existe des raisons valables de supposer que cette teneur ne reflète pas le vrai sens de la disposition. De telles raisons peuvent être trouvées dans les travaux préparatoires de la disposition, dans son sens ou son but ou dans son rapport avec d'autres règles [...]. On peut de plus s'écarter de la teneur d'une disposition lorsque l'interprétation littérale de celle-ci amène à un résultat que le législateur ne peut avoir voulu [...]. De toute façon, tous les éléments habituels de l'interprétation doivent être pris en compte [...]. En ce sens, le TF suit un pluralisme de méthodes et refuse de soumettre les différents éléments d'interprétation à un ordre de priorité [...] ».

211 A ce sujet, cf. TORRIONE, 288, qui relève que le Tribunal fédéral avait déjà exprimé ce point de vue antérieurement (cf. ATF 114 V 219).

212 Cf. ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586. Le caractère fluctuant de ce critère est précisément ce qui le rend utile (d'un autre avis, cf. PICHONNAZ/VOGENAUER, 421; KRAMER, 109 ss, qui voudraient réserver cet argument pour appuyer un résultat obtenu).

213 Sur la relation entre l'analyse littérale de l'art 21 CO dans

dence ne sont pas les mêmes et que, à cette dernière, les problèmes d'interprétation ne sont pas posés par des textes, mais par des cas. La multiplicité des cas expose la jurisprudence à une pluralité que la doctrine, soumise à la seule norme, ne connaît pas. Condamner la pluralité des méthodes parce qu'elle conduirait à une justice fondée sur le résultat (*ergebnisorientierte Rechtsprechung*) revient à méconnaître que celle-ci est inéluctable, quelle que soit la méthode choisie. Il fait enfin valoir que ce pragmatisme est en harmonie avec les attentes du justiciable moins sensible à des idéaux flous qu'à des réalités ouvertement exposées. Il en résulte que le problème de la méthode passe de la substance à la procédure²¹⁵.

Les propos de Walter sont convaincants. Ils ne changeront certes pas l'opinion de ceux qui, par goût de la verticalité, sont acquis à l'idée d'une application déductive et logique de règles préexistantes. Ils rassureront en revanche ceux qui n'ont pas ce goût et qui, comme partout au-delà de nos frontières, constatent qu'il n'y a jamais eu de consensus sur les méthodes d'interprétation ni sur les éléments qu'il faut utiliser dans une situation donnée²¹⁶. Ils séduiront enfin ceux qui se rangent à l'idée que la règle juste naît d'un processus à la fois déductif et inductif et de l'adaptation flexible – cohérente et responsable, mais aussi marquée par les humeurs du moment – de cette règle aux particularités des faits d'un cas²¹⁷. Ils plairont aussi à ceux qui, du même coup, admettent que la séparation des pouvoirs se conçoit plutôt comme un dialogue entre ces derniers, permettant au juge de se substituer à un législateur qui ne peut jamais répondre aux questions que pose le choix qu'il a fait, que comme une séparation hiérarchisée. Affirmer de façon pragmatique l'utilité de la pluralité des méthodes, en fonction des cas, est plus concluant que défendre la vérité prétendument objective d'une seule ou la pondération systématique des unes et des autres²¹⁸. Dans la perspective de la sécurité du droit, l'honnêteté incertitude paraît préférable à l'hypocrite détermination²¹⁹; il en va de même pour la transparence des motifs, quels qu'ils soient, qui vaut mieux que la fidélité obstinée à un système prétendument logique. Certains *common lawyers* affirment ce que la tradition civiliste, dans les mains de la doctrine, a longtemps voulu nier: « La vie du droit, c'est l'expérience, pas la logique »²²⁰. Plus proches de la vérité peut-être, d'autres ajoutent qu'en fait ce sont les deux qui font la réalité du droit²²¹.

Amstutz relève (avec une certaine réserve) que le pluralisme méthodologique permet au Tribunal fédéral de faire ce qu'il veut au nom de la justice²²². Pour lui, cette liberté n'est comme telle pas contestable, dans la mesure où elle garantit l'autonomie du droit contre les interférences politiques, mais elle l'est dans la mesure où elle ne fait que cela. Prisonnière du principe qui veut que tout texte est imparfait, cette méthode ne permettrait pas selon lui d'interagir avec d'autres systèmes sociaux, lesquels demeurent de simples objets du droit, sans qu'ils contribuent à la régénération de celui-ci²²³. Le point n'est à notre avis

215 Sur l'ensemble de ces arguments, cf. WALTER, Methodenpluralismus, 158 ss.

216 Pas plus ici qu'ailleurs: cf. ESKRIDGE, 1538 ss; HEALY M., Legislative Intent and Statutory Interpretation in England and the United States: an Assessment of the Impact of *Pepper v. Hart*, 35 SJIL 231 (1999); cf. ég. BARAK, 133 ss, qui souligne de semblables divisions au sein de la Cour suprême des Etats-Unis; sur l'importance des divisions dans les périodes de transition, cf. BUSSANI, 736.

217 Dans ce sens, cf. TORRIONE, 290.

218 D'un autre avis, PICHONNAZ/VOGENAUER, 424.

219 ESKRIDGE/FRICKEY/GARRET, 254; cf. ég. PELLER G., The Metaphysics of American Law, 73 Cal. L. Rev. 1151 (1985). Il est frappant à cet égard de constater comment le choix d'une méthode reflète les convictions politiques des juges qui y adhèrent. Le textualisme du juge Scalia aux Etats-Unis est l'instrument le plus utile au service de l'idéologie conservatrice qui est la sienne.

220 La célèbre affirmation « *the life of law has not been logic: it has been experience* » est tirée de HOLMES O. W., The Common Law, Boston 1881, 1.

221 POUND, 182, 213 ss; POUND R./PLUCKNETT T., Readings on the History and System of the Common Law, 3^e éd., New York 1927, 26 ss.

pas certain et mériterait sans doute des approfondissements qui n'ont toutefois pas leur place ici : on se contentera au demeurant de constater à nouveau que les exemples donnés par Amstutz pour illustrer ce que le rôle du texte tel qu'il le défend pourrait produire (N 48) correspondent largement avec ceux que donne Walter pour montrer les résultats auxquels parvient le pluralisme pragmatique (responsabilité pour la confiance²²⁴, jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fusions de sociétés avant l'entrée en vigueur de la LFus²²⁵, refus de la solidarité prévue par l'art. 333 al. 3 CO dans les cas d'acquisition d'une entreprise après la faillite du précédent propriétaire²²⁶). Quoi qu'il en soit, **la théorie du juge Walter a le mérite d'avoir fait déjà ses preuves** et d'avoir répondu de manière dynamique à la tyrannie de la primauté consacrée de la loi et d'une interprétation figée de celle-ci²²⁸.

B. Le déclin de la frontière entre droit privé et droit public

1. La constitutionnalisation du droit privé

- 76 Les conceptions reçues consacrent une frontière relativement stricte entre le droit privé et le droit public. Là où celle-ci n'est pas mise à l'honneur, comme c'est le cas dans les droits anglo-américains, certains comparatistes relèvent que c'est parce que l'Etat conserve, conformément aux conceptions politiques en place, un rôle réduit et que le droit public l'est en conséquence. Quoi qu'il en soit, le droit constitutionnel et en particulier les droits fondamentaux n'ont cessé de prendre de l'importance en Europe, y compris dans la définition des relations entre particuliers. Compris parfois comme une constitutionnalisation du droit privé, ce développement sans précédent s'est renforcé avec l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et, surtout, avec la reconnaissance d'obligations positives en découlant. Au-delà du rôle défensif traditionnellement dévolu aux droits constitutionnels à l'encontre de l'Etat, les obligations positives tendent en effet à imposer à ce dernier d'assurer le respect de ces droits constitutionnels entre les particuliers (N 80 ss)²²⁹. Un des faits saillants des développements récents dans l'application du droit privé réside ainsi dans l'interprétation du droit civil en conformité avec la CEDH.
- 77 Le point de départ de cette démarche repose sans doute dans la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, en 1991, a consacré la primauté de la CEDH sur toute la législation suisse²³⁰. Cette primauté vaut également par rapport à la Constitution fédérale, sauf lorsque celle-ci prévoit une protection plus étendue que les droits contenus dans la CEDH²³¹. Là où la CEDH reprend le contenu des droits fondamentaux proclamés dans la Constitution, cette primauté revient à consacrer le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales malgré l'art. 190 Cst.²³².

224 ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359.

225 Cf. notamment ATF 125 III 18, JdT 1999 I 455; 115 II 415, JdT 1991 I 130; 87 I 301, JdT 1962 I 126.

226 ATF 129 III 335, JdT 2003 II 75.

227 Cf. WALTER, Rechtsfortbildung, 7 ss; AMSTUTZ, 278 ss.

228 WALTER, Rechtsfortbildung, 6 ss.

229 Pour des contributions fondamentales à ce sujet, cf. BESSON, RDS 2003, 49 ss; SCHEFER, Die Kerngehalte, 276 ss.

230 Cf. ATF 117 Ib 369, JdT 1993 I 273. Sans devoir trancher, le Tribunal fédéral a retenu dans cet arrêt que la CEDH prime le droit national. Il a par la suite mis en pratique ce principe, notamment à l'ATF 125 II 417, SJ 2000 202; à ce sujet, cf. KÄLIN, 1177 s.; cf. également HÄFELIN/HALLER, N 235 ss.

231 A noter que l'art. 53 CEDH prévoit que le droit constitutionnel national a la priorité si celui-ci ménage mieux les droits en cause. A ce sujet, et sur les relations entre CEDH et Constitution, cf. BESSON, Comment humaniser le droit privé, 11 ss.

232 Conformément à la tradition moniste de la Suisse, la CEDH fait partie du droit interne. Comme les dispo-

78 Depuis, les tribunaux suisses doivent ainsi écarter l'application de toute loi fédérale qui serait contraire à la CEDH, et ceci malgré l'art. 190 Cst., dont on déduit que le juge ne peut pas refuser d'appliquer une loi contraire à la Constitution²³³. Dans certains cas, où le Tribunal fédéral avait refusé d'appliquer la CEDH, c'est la Cour européenne qui s'est prononcée après lui. C'est ainsi que la Suisse, condamnée à Strasbourg, a revu la réglementation du droit du nom jugée contraire au principe de l'égalité entre hommes et femmes²³⁴ et celle concernant la liberté de mariage²³⁵, selon l'art. 150 aCC²³⁶.

79 On notera au demeurant que la portée de cette jurisprudence n'est pas aussi révolutionnaire qu'elle en a l'air au premier abord. En effet, la pratique suisse a toujours admis le **principe de l'interprétation conforme à la Constitution**, qui veut que le juge interprète la loi en harmonie avec les normes qu'elle contient. Fondé sur la hiérarchie des normes et l'argument systématique (N 66), ce principe d'interprétation exige du juge qu'il choisisse l'interprétation la plus compatible avec la Constitution. Ce principe prend toute sa signification là où le juge est appelé à donner un sens à des notions imprécises ou à des normes de texture ouverte. Selon le Tribunal fédéral, cette interprétation conforme à la Constitution ne trouve en effet de limite que lorsque la lettre et l'esprit de la loi imposent une solution univoque²³⁷. Compte tenu du petit nombre de textes qui imposent une telle solution, il est sans doute juste de retenir que la sanction de l'art. 190 Cst. est de peu d'importance pratique en droit privé.

2. L'avènement des obligations positives de l'Etat

80 Plus fondamentaux en revanche dans ce contexte sont le rôle dévolu aux droits constitutionnels dans les rapports entre particuliers et le développement des obligations positives de l'Etat. Historiquement, on le sait, les droits fondamentaux de la personne se comprennent comme des droits de défense contre l'Etat²³⁸ : bien que ce rôle défensif – ou négatif, puisqu'il obligeait l'Etat à s'abstenir – reste entier, on retient aujourd'hui que le rôle des droits fondamentaux de la personne va au-delà. Sans trancher la question de l'effet direct ou indirect²³⁹, on admet d'une part qu'en application de l'art. 35 al. 3 Cst., les droits fondamentaux ne s'exercent aujourd'hui plus seulement contre le seul Etat, mais également – de manière dite **horizontale** – « contre » les particuliers, du moins dans la mesure où ils s'y prêtent²⁴⁰. Parallèlement, et c'est là un élément nouveau intéressant venu de la jurispru-

233 Cf. par exemple KÄLIN, 1177 s.

234 Suite à l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994 (Requête n. 16213/90, Série A, vol. 280-B), la Suisse a modifié l'ordonnance sur l'état civil. Une proposition de modifier le Code civil pour le rendre conforme à l'égalité entre hommes et femmes a échoué en 2001; une autre est actuellement en cours d'élaboration.

235 Suite à l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *F c. Suisse* du 18 décembre 1987 (Requête n. 11329/85, Série A, vol. 128), les autorités suisses ont déclaré ne plus pouvoir appliquer l'ancien art. 150 CC qui prévoyait une interdiction temporaire de se marier après un divorce, cf. Informations fournies par le gouvernement suisse in Résolution du Comité des Ministres DH (94) 77 du 19 octobre 1994 dans l'affaire *F c. Suisse*. Depuis, l'art. 150 CC a été abrogé.

236 Les tribunaux suisses adaptent généralement leur jurisprudence en fonction des arrêts rendus; dans de nombreux cas, les arrêts rendus sur la base de la CEDH ont provoqué ou contribué à la modification de la législation fédérale ou cantonale. A ce sujet, voir par exemple la réponse du Conseil fédéral du 22 novembre 2006 à l'interpellation parlementaire 06.3475 « Jugements de Strasbourg relatifs à la Suisse », disponible à l'adresse suivante : http://search.parlament.ch/t/cv-geschaeft?gesch_id=20063475.

237 ATF 131 II 697, 702 c. 4.1, RDAF 2006 II 140, 146.

238 Parmi d'autres, cf. HÄFELIN/HALLER, N 256 ss.

239 L'effet horizontal des droits fondamentaux est direct – et donc possible sans norme expresse prévue dans une loi qui prévoit cet effet – ou seulement indirect, et donc à la disposition des juges seulement pour l'interprétation de notions juridiques indéterminées ou d'autre réglementation à caractère ouvert; sur la délimitation, cf. HÄFELIN/HALLER, N 281 ss.

240 L'art. 35 al. 3 Cst. dispose que « Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où

dence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'extension des droits fondamentaux aux rapports entre particuliers a transformé la conception des devoirs de l'Etat: selon la Cour européenne, les autorités étatiques ne sont plus seulement tenues de ne pas entraver l'exercice des libertés, mais elles sont également tenues d'**obligations positives**: c'est dire qu'en harmonie avec les exigences de la CEDH, l'Etat doit assurer la protection des droits fondamentaux entre particuliers²⁴¹, que ce soit à l'aide de sa jurisprudence, de sa législation ou encore de décisions administratives adaptées en conséquence.

81 L'approfondissement de ces questions dépasserait les limites du présent commentaire²⁴². On notera simplement ici que ces obligations positives ont ceci de particulier qu'elles obligent l'Etat, et non seulement le particulier comme le fait l'effet horizontal. Elles reprennent en cela le modèle classique de l'Etat comme destinataire des droits fondamentaux, tout en impliquant de la part de ce dernier une intervention active dans la sphère privée plutôt qu'une simple abstention. Ces obligations impliquent aussi toutefois l'élimination des règles de nature privée là où elles ne seraient pas conformes à ces droits²⁴³. Il en résulte que, quand il appartient à un juge constitutionnel de déterminer le contenu de l'obligation de l'Etat, il pondère en réalité, comme le ferait un juge civil, les droits des particuliers en présence. La pondération ainsi retenue s'impose ensuite comme toute autre règle de droit privé: le juge civil ne saurait en imposer une autre. On voit mal dans ces conditions comment les droits privés de la personnalité extraits du Code civil pourraient encore influencer le contenu des droits constitutionnels²⁴⁴; on voit tout aussi mal comment les premiers pourraient se voir reconnaître un contenu différent des seconds.

82 Il convient de relever aussi que le Tribunal fédéral a repris le principe des obligations positives de l'Etat²⁴⁵. Il admet, bien qu'avec une certaine retenue, l'idée de la jurisprudence européenne qui veut que, pour garantir l'effectivité des droits fondamentaux de la personne, il faut sanctionner les Etats qui ne protègent qu'insuffisamment un particulier contre un autre.

3. Quelques illustrations

83 Si la Cour européenne admet elle-même ne pas encore avoir jusqu'ici dégagé de théorie générale des obligations positives²⁴⁶, elle a néanmoins, de façon assez pragmatique, rendu quelques arrêts intéressants, aussi bien dans des conflits opposant les médias à des particuliers²⁴⁷ que dans d'autres domaines.

241 A ce sujet, cf. BESSON, Comment humaniser le droit privé, 19 ss; BESSON, RDS 2003, 49 ss; cf. ég. SCHEFER M., Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, PJA 2002 1131 ss.

242 Pour une analyse approfondie, cf. BESSON, Comment humaniser le droit privé, 21 ss; cf. également BESSON, RDS 2003, 49 ss; SCHEFER, Die Kerngehalte, 276 ss.

243 BESSON, Comment humaniser le droit privé, 19 ss.

244 Cf. cep. DESCHENAUX/STEINAUER, N 527 et les réf. cit., qui écrivent que les règles de droit civil sur la protection de la personnalité peuvent ainsi servir à préciser le contenu et l'étendue des droits constitutionnels, non sans avoir admis au préalable que «[...] dans l'interprétation du contenu et des limites des droits de la personnalité, le juge peut dans une certaine mesure s'inspirer des règles adoptées en matière de droit public». Ils affirment aussi que «les règles des articles 28 à 281 [CC] constituent une mise en œuvre des droits constitutionnels à la liberté personnelle (art. 10 Cst.) et à la sphère privée (art. 13 Cst.) dans les relations entre particuliers».

245 ATF 119 Ia 28, 30 c. 2, JdT 1995 I 516. Cf. ég. ATF 126 II 300, JdT 2001 I 674.

246 Cf. CourEDH, arrêt *von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004 (Requête n. 59320/00), Rec. 2004-VI.

247 Cf. WERRO F., La protection de la personnalité, les médias et la Cour européenne des droits de l'homme. La contribution de la constitutionnalisation et de l'europanisation du droit civil, in *Le Centenaire du*

Ainsi, l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*²⁴⁸ concernait le refus d'une société anonyme chargée de la publicité à la télévision suisse de diffuser un spot télévisé contre l'élevage d'animaux en batterie. Intimée devant la Cour européenne, la Suisse s'est défendue en soulignant qu'elle n'avait pas à contrôler le contenu de la publicité; la Cour lui a donné tort en lui répondant que la responsabilité de l'Etat était engagée, dès lors que le droit interne tel qu'interprété par le Tribunal fédéral légitimait le traitement dont se plaignaient les requérants et violait ainsi leur liberté de s'exprimer d'une manière que la liberté de ne pas communiquer de la société de publicité ne justifiait pas. La liberté d'expression devait ici primer la liberté contractuelle. La limitation apportée à cette dernière se justifiait sans doute aussi par la position de monopole de la société de publicité; cette limitation n'en demeure pas moins importante.

8 On relèvera d'ailleurs à cet égard que la Cour européenne est déjà allée jusqu'au bout de la logique de son approche en affirmant que **peut être contraire au droit fondamental constitutionnel d'une personne** et générateur d'une responsabilité de l'Etat le fait de mal interpréter un acte sous seing privé, qu'il s'agisse d'un contrat ou d'un testament. La Cour en a ainsi jugé dans l'affaire *Pla & Puncernau c. Andorre*, qui concernait un testament de 1939 dont l'interprétation avait conduit à exclusion de la succession des enfants adoptifs au profit de descendants «biologiques»²⁴⁹. C'est dire au fond aussi que l'acte sous seing privé doit être conforme aux droits fondamentaux de la personne.

8 Dans la pratique, au demeurant, la Cour fait souvent preuve de retenue. On trouve un bon exemple de cette retenue dans l'affaire *Verliere c. Suisse*²⁵⁰, qui mettait en cause une patiente que sa compagnie d'assurance avait décidé de filmer à son insu pour vérifier sa sincérité; de manière assez superficielle, à dire vrai, la Cour a estimé que la Suisse, qui disposait d'un droit protecteur de la personnalité adéquat, n'avait pas failli à ses obligations positives de protéger les droits de cette personne contre son assurance et que, compte tenu du fait que les investigations étaient limitées et qu'elles ne visaient que la protection des intérêts patrimoniaux de l'assurance, il n'y avait pas de violation de la vie privée de cette personne.

8 Malgré cette retenue, certains craindront sans doute cette constitutionnalisation du droit privé. Le rôle accru des droits fondamentaux et le développement des obligations positives ne menacent pourtant pas l'existence ni la raison d'être de ce droit. Sans remettre en cause le principe de la liberté contractuelle, ils devraient plutôt, sur certains aspects essentiels, renforcer le respect de l'autonomie privée en harmonie avec les valeurs de dignité et de respect qui ont justifié l'adoption de la CEDH. S'il devait s'affranchir de ces valeurs, le droit privé ne manquerait pas de perdre sa légitimité. Coupé d'un choix démocratique fondamental, ce droit risquerait de devenir, au profit des plus forts, un instrument d'asservissement des plus faibles²⁵¹.

8 Inhérent au droit privé, le respect de l'autonomie individuelle, on pourrait le démontrer à l'envi, ne garantit pas à lui seul la protection de la personne. Par ailleurs, se fonder sur le seul droit privé, en écartant le droit constitutionnel, revient aussi à marquer une **séparation factice des valeurs** entre ces droits. Un arrêt du Tribunal fédéral fait apparaître claire-

248 CourEDH, arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001 (Requête n. 24699/94), Rec. 2001-VI 271, par. 47 ss.

249 CourEDH, arrêt *Pla & Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004 (Requête n. 69498/01), Rec. 2004-VIII, par. 59. Pour un jugement contestable à cet égard, cf. ATF 133 III 167, où le Tribunal fédéral a considéré que le fait d'exclure d'une fondation de famille, créée en 1922, les femmes qui se marient et changent de nom ainsi que leurs descendants du cercle des bénéficiaires n'entraînait pas la nullité de cette dernière.

250 CourEDH, arrêt *Verliere c. Suisse* du 28 juin 2001 (Requête n. 41953/98), Rec. 2001-VII 403.

ment l'artifice qui résulte de l'isolation du droit privé: l'affaire opposait les auteurs d'une publication à la Poste, qui refusait ses services en faisant valoir l'atteinte que porterait le contenu de cette publication à sa réputation et à son activité commerciale²⁵². Dans son arrêt, célébré et critiqué, le Tribunal fédéral a retenu que la Poste, assimilée à un particulier, n'était pas tenue de respecter la liberté constitutionnelle d'expression de ses contractants. Se fondant en revanche sur les principes généraux du droit privé (et singulièrement les bonnes mœurs), il a considéré qu'elle était tenue d'une obligation de contracter dans le cas d'espèce. Le jugement ne laisse pas de surprendre, dès lors que ce sont en dernière analyse les mêmes considérations qui justifient l'affirmation de la liberté constitutionnelle en cause et donc de l'obligation de contracter²⁵³.

89 Sauf à considérer que le droit privé serait fondamentalement indépendant du droit public, comme on le faisait au XIX^e siècle, la primauté de la CEDH justifie dans la conception ici retenue qu'on y puise les outils de la protection des particuliers entre eux. Il paraît ainsi adéquat de placer le droit privé «sous l'ombrelle du droit constitutionnel»; encore une fois, l'art. 28 CC, à lui seul, ne saurait définir la dignité humaine ou d'autres droits de la personne sans référence aux valeurs et aux droits fondamentaux qui fondent la reconnaissance de cette norme dans le Code civil²⁵⁴. A cet égard, on ne peut que souscrire au projet d'«humaniser le droit privé», et de reconnaître à certains droits fondamentaux une validité indivisible²⁵⁵. Il ne s'agit pas d'inféoder le droit privé au droit public et au dogmatisme que certains civilistes prêtent à ce dernier, mais bien de reconnaître, comme le proposent d'aucuns, en même temps que les différences fonctionnelles des droits privé et public leur complémentarité fondamentale²⁵⁶.

90 Que la pondération des droits fondamentaux se fasse devant la Cour européenne fait partie du déclin des frontières nationales dont il sera question plus loin. On peut penser que, grâce à son caractère supranational, cette cour constitutionnelle européenne offre une garantie de plus que l'arbitrage des conflits sociaux se fasse à l'abri des pressions ou des aveuglements qui risquent parfois d'affecter les instances nationales et leur capacité de prendre la bonne distance des conflits qu'elles sont appelées à trancher.

C. La prise en compte de la jurisprudence de la CJUE dans l'interprétation du droit privé suisse

91 Un dernier fait saillant de l'application du droit privé au cours de ces dernières années réside dans la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE dans l'interprétation du droit privé suisse, là où celui-ci a repris des textes de droit communautaire. Quelques informations sur l'adoption de ces textes sont nécessaires pour apprécier la portée de cette prise en compte.

1. L'adoption de certaines directives européennes

92 Depuis 1988, la Conseil fédéral a décidé dans le cadre de sa politique d'intégration européenne d'assurer dans toute la mesure du possible la compatibilité du droit suisse avec le droit européen. Sur la base de l'Accord EEE du 2 mai 1992, la Suisse aurait dû reprendre l'acquis communautaire déterminant tant législatif que jurisprudentiel, y compris celui re-

252 ATF 129 III 35, JdT 2003 I 127.

253 Dans le même sens, SCHEFER, *Dichotomie*, 249; d'un autre avis, AMSTUTZ M./ABEGG A./KARAVAS V., *Soziale Vertragsrecht*, Bâle/Genève/Munich 2006, qui prônent un recours à une «constitutionalisation civile», détachée de l'étatisme désuet qui marquerait la constitutionnalisation ici défendue.

254 Cf. BESSON, *Comment humaniser le droit privé*, 40; WERRO, *Le Centenaire*, 65 s.

255 Cf. Comment humaniser le droit privé 30.

latif à la protection des consommateurs. Des textes législatifs devaient ainsi reprendre **certaines directives européennes**, et en particulier des directives de droit privé (procédure *Eurolex*). Malgré le rejet de l'EEE, et pour asseoir l'eurocompatibilité du droit suisse sur certains aspects jugés essentiels, le Conseil fédéral a fait adopter des lois fédérales constituant la transposition de certaines de ces directives (procédure *Swisslex*). Cette «reprise autonome» (*autonomer Nachvollzug*) du droit communautaire entendait préserver et améliorer les chances des entreprises suisses de pouvoir accéder sans trop d'entraves au marché de l'Union européenne²⁵⁷.

Dans son ensemble, la doctrine a compris que cette volonté s'inscrivait dans la durée. Elle a aussi retenu que l'eurocompatibilité du droit suisse étant voulue par le législateur, le juge suisse devrait interpréter un texte d'origine communautaire comme le juge d'un pays membre, selon les principes d'interprétation admis en droit communautaire et, en particulier, selon la règle qui favorise l'interprétation du droit national en conformité avec le droit communautaire (**principe d'interprétation conforme**)²⁵⁸. C'est ainsi que Stauder a affirmé, avant que le Tribunal fédéral n'en décide ainsi, qu'en relation avec le droit repris, le juge suisse serait amené à tenir compte de la jurisprudence de la CJCE²⁵⁹. On notera que, contrairement à ce qui s'est passé ultérieurement pour l'Accord sur la libre circulation des personnes de 1999 (entré en vigueur le 1^{er} juin 2002), où la Suisse s'est engagée à tenir compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE antérieure à sa signature²⁶⁰, rien n'avait été fait de semblable dans la procédure *Swisslex*.

2. L'interprétation des lois *Swisslex* et la jurisprudence de la CJUE

Stauder a consacré quelques pages qui présentent de façon éclairante les règles qu'il faut suivre pour interpréter le droit suisse repris du droit communautaire: en résumé, il retient qu'il faut d'abord interpréter le droit communautaire, puis, à la lumière du sens retenu, dégager celui du droit suisse, en donnant la préférence à l'interprétation conforme au droit communautaire; pour ce qui est des règles d'interprétation du droit communautaire, elles ne valent que dans la mesure où elles sont compatibles avec celles du droit suisse²⁶¹.

On notera que les **méthodes d'interprétation du droit communautaire** sont au demeurant pour l'essentiel les mêmes que celles du droit suisse²⁶². Il est vrai qu'en relation avec les directives, la CJUE privilégie l'élément téléologique et comparatif²⁶³, au détriment de l'élément littéral ou historique²⁶⁴. Cette approche est cependant proche de celle qui s'impose au Tribunal fédéral en la matière. En effet, pour les lois qui ont repris des directives européennes, Stauder relève avec raison que la règle de l'interprétation du droit national conforme à la directive (*richtlinienkonforme Auslegung*) s'applique et que, par fidélité à la

257 Pour cet exposé et plus de détails, cf. STAUDER, 78 ss et les réf. citées; cf. ég. STAUDER B., *Die Europäisierung des schweizerischen Privatrechts – das Beispiel des Reiserechts*, in Boele-Woelki K./Groscheide F. W. (éd.), *The Future of European Contract Law*, Liber Amicorum E. H. Hondius, La Haye 2007, 265 ss.

258 Cf. GRUNDMANN, 399 ss.

259 Cf. STAUDER, 77 ss.

260 ALCP 16 II (RS 0.142.112.681); pour la jurisprudence postérieure, l'Accord prévoit qu'à la demande d'une partie, un comité mixte déterminera les implications de la jurisprudence de la CJUE; pour plus de détails, cf. MACH O., *Les accords bilatéraux avec la CE: opportunité et défi pour le juriste suisse*, SJ 2002 325 ss, 327 ss.

261 STAUDER, 80 ss; cf. ég. WIEGAND/BRÜLHART, 21 ss.

262 STAUDER, 80 s.; OPPERMAN, N 685 s.; HEIDERHOFF, 49 ss; CJUE, aff. C-61/60, *Humblet*; cf. ég. ISAAC B./BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 9^e éd., Paris 2006, 244 ss.

263 Sur le rôle du droit comparé, cf. HEIDERHOFF, 56 s.

264 PESCATORE, *Objectifs*, 325 ss; cf. ég. MAHON P./MAVROIDIS P., *Le pouvoir et les méthodes d'interprétation du juge en droit domestique et en droit international*, in *Mélanges en l'honneur de C. A. Cannata*, Bâle/Genève/Munich 1999, 397 ss, 408; pour un exemple d'interprétation fondée sur le but qui contredit l'interprétation littérale, cf. CJUE aff. C-23/75, *Rey Soda*, pt. 14; sur le refus de prendre en compte les travaux

volonté du législateur, le juge suisse doit respecter les objectifs du droit communautaire repris²⁶⁵.

- 96 Dès lors que la volonté du législateur est comprise comme le fondement de l'interprétation conforme à la directive d'un texte suisse d'origine communautaire, toute dérogation consciente à ce dernier devrait avoir pour conséquence que le juge suisse doit s'affranchir de l'interprétation conforme au droit communautaire pour interpréter une disposition contraire à la directive²⁶⁶. Selon Stauder, le juge doit respecter les dérogations volontaires à une directive qui fait l'objet d'une reprise autonome: il n'appartient pas à ce dernier de remédier à cette absence d'eurocompatibilité par une interprétation conforme à la directive²⁶⁷; dans la conception du présent commentaire, cette limite ne peut se concevoir que dans le respect de la liberté du juge à qui il appartient de déterminer le sens de la loi.
- 97 En relation avec le paquet de lois Swisslex, la question de la pertinence de la jurisprudence européenne s'est posée au Tribunal fédéral une première fois en 2003²⁶⁸. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a affirmé que, en cas de doute, la loi suisse doit s'interpréter de façon conforme au droit communautaire et ce, pour autant qu'il puisse le faire en respectant les principes méthodologiques suisses de l'application et de l'interprétation du droit²⁶⁹. L'affaire était de taille puisqu'il s'agissait de donner un sens à l'art. 333 al. 3 CO et de déterminer si cette disposition, qui prévoit, en cas de cession d'entreprise, la solidarité de l'acquéreur et de l'ancien propriétaire pour les créances de salaires devenues exigibles avant la reprise, s'applique également en cas de faillite de l'ancien propriétaire. Le Tribunal fédéral a retenu que l'art. 333 CO devait s'interpréter d'après son texte, son esprit et d'après les valeurs sur lesquelles il repose; il s'est aussi fondé sur l'interprétation donnée par la CJUE à la directive 77/187, dont l'art. 333 al. 1 CO est issu, et a admis que, sauf décision contraire de l'Etat membre, et dans le but d'assurer la survie des entreprises insolvables, les obligations de l'ancien propriétaire ne passaient pas au nouveau²⁷⁰.
- 98 De cette jurisprudence, on déduira sans doute le principe *in dubio pro interpretatione europeane* du droit repris, en réservant le respect des principes méthodologiques²⁷¹. La portée de cette restriction reste toutefois à définir. Dans la mesure où les principes d'interprétation européens sont largement assimilables à ceux consacrés en droit suisse, la réserve paraît essentiellement rhétorique. De même que l'est celle concernant le doute, dans la mesure où ce dernier n'est jamais exclu, d'une interprétation devant une cour du Tribunal fédéral²⁷².
- 99 Cela étant, on peut aussi faire valoir que l'interprétation conforme laisse une marge d'appréciation à la Suisse comme à l'Etat membre et que la volonté du législateur suisse ne lie pas à proprement parler le Tribunal fédéral²⁷³. Cette conception se conçoit bien dans le prolongement de celle qui admet un droit dont les normes sont comprises de manière ou-

265 STAUDER, 85.

266 Cf. WIEGAND/BRULHART, 35; BIERI, 709 ss.

267 STAUDER, 86.

268 ATF 129 III 335, JdT 2003 II 75.

269 ATF 129 III 335, 352 c. 7, JdT 2003 II 75; cf. ég. ATF 130 III 182, SJ 2004 I 449, en application de la LVF, et les arrêts cantonaux cités in CHAIX F., La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LVF, RSJ 2005, 416 ss.

270 ATF 129 III 335, 350 c. 6, JdT 2003 II 75.

271 Cf. PROBST, EuGH, 246 ss.

272 A ce sujet, aussi, BIERI, 714, qui note que le Tribunal fédéral n'a pas repris cette réserve dans un arrêt ultérieur relatif à l'art. 333 CO (cf. ATF 132 III 32, 36 c. 4.1, JdT 2006 I 257).

273 Cf. AMSTUTZ M., Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht. Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der

verte et évolutive. Dans cette même perspective, on pourrait cependant aussi soutenir que les nécessités économiques, les besoins personnels des consommateurs et des entreprises, les relations diplomatiques, culturelles et historiques entre les pays de l'Union européenne et la Suisse, tout comme le déclin des frontières nationales et de l'étatisme sur lequel elle repose, sont autant de raisons pour que les tribunaux suisses suivent sans réserve la jurisprudence de la Cour européenne relative au droit communautaire repris par la Suisse. Dans cet esprit, il paraît juste d'admettre que le Tribunal fédéral doit suivre la jurisprudence de la CJUE dans l'interprétation qu'elle donne des directives reprises, et cela non pas seulement de façon subsidiaire.

Il paraît cependant illusoire et peu convaincant de vouloir limiter l'impact de la jurisprudence de la CJUE à l'interprétation du droit repris. Dans la mesure où la cohérence et l'égalité de traitement l'exigent, l'interprétation conforme au droit communautaire du droit repris doit s'étendre au droit privé suisse dans son ensemble²⁷⁴. On verrait mal, par exemple, que la réparation du tort moral en cas de vacances gâchées s'arrête au voyage à forfait: on le comprend, au-delà de la notion du tort moral en droit commun, c'est la notion même du préjudice réparable qui doit être revue²⁷⁵. On évalue ainsi toute l'importance et la complexité de l'europanisation contemporaine du droit privé, puisqu'elle remet en cause le principe même de la codification nationale telle que celle-ci avait vu le jour, il y a deux siècles.

Dans la conception ici défendue, cette emprise de la Communauté européenne n'est pas incompatible avec la *Volkstümlichkeit* chère à Huber, qui, à bien des égards, ne s'arrête plus aujourd'hui aux frontières nationales ou à celles des systèmes de droit. Il est vrai que l'action de la Communauté n'emportera une adhésion plus large que si elle entreprend de résoudre les problèmes fondamentaux, sociaux et politiques que pose aujourd'hui la mondialisation du droit que les Etats-nations ne sont de toute façon plus en mesure de maîtriser. Jusqu'à ce jour cependant, la Communauté a limité ses efforts d'harmonisation du droit privé à des domaines limités du droit de la consommation, et avec un bonheur inégal. Alors qu'elle cherche à mettre en place une plus grande cohérence, notamment en relation avec le «Cadre commun de référence», la Communauté européenne semble au demeurant concentrer son attention sur le fonctionnement du marché et ne s'occuper avant tout que des aspects techniques du droit des contrats, sans toujours en comprendre l'ancrage culturel. En l'absence d'un travail d'envergure à cet égard, qui permettrait à la politique de revenir à la hauteur des marchés, l'entreprise risque de compromettre le modèle social européen et de n'aboutir qu'à des résultats très partiels²⁷⁶.

274 Dans ce sens, cf. PROBST, EuGH, 41; ég. WERRO F./PROBST T., La jurisprudence de la CJCE en matière de droit privé et son influence sur la pratique du droit suisse, Annuaire suisse de droit européen 2005/2006, 453 ss, 457. Du même avis, PLAGET, 727 ss.

275 WERRO F., Contrat de voyage à forfait et ... vacances gâchées! Y-a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat?, in P. Terrier et al. (éd.), Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2004, 695 ss, 707 ss; pour un autre avis, cf. BIERI, 711.

276 Sur l'ensemble de la question, cf. récemment MATTEI U./NICOLA F., A «Social Dimension» in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda, Global Jurist: Vol. 7: Iss. 1, Article 2, <http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art2>, avec des réf. notamment à une interview de HABERMAS (note 184),