

---

# Introduction au droit et à la culture juridique

---

Volume 1

Alain Papaux | Davide Cerutti

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



Papaux I Cerutti

**Introduction au droit et à la culture juridique**



---

# Introduction au droit

---

# et à la culture juridique

---

Volume 1

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

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

Schulthess § 2020  
ÉDITIONS ROMANDES

Abréviation suggérée: PAPAUX / CERUTTI, *Introduction au droit et à la culture juridique*, volume 1, Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8747-6

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

## Avant-propos

« Le droit est la plus puissante des écoles de l’imagination. Jamais poète n’a interprété la nature aussi librement qu’un juriste la réalité. »<sup>1</sup>

Imaginons donc Robinson, seul sur son île, méditant sur sa condition *juridique*. Grand bonheur lui vient puisque, humain, il se trouve au bénéfice du catalogue entier des droits de l’homme, dits désormais « droits humains ». Fort de cette certitude, il s’apprête à les exercer : vociférant à tout-va pour éprouver l’étendue de la liberté d’expression, tenant des propos racistes pour éprouver sa liberté d’expression ; rédigeant des convocations à une assemblée de ses amis politiques, en vertu de la liberté de réunion, mais ne sachant ni où ni à qui les adresser, sa libre circulation autour de l’île lui ayant révélé sa complète solitude ; et combien vaine lui apparaît alors la *liberté de mariage*, lui qui n’a rencontré aucune autre âme sur cette terre inhabitée. Il pourrait épuiser la liste des droits de l’homme ; le constat de leur inanité dans cette situation demeurerait identique.

Derrière la robinsonnade se cache la vérité juridique ultime : le droit n’a de sens que *relativement* à *autrui*. Sans présence actuelle ou potentielle d’autrui, point de droit. Il est par essence *relation*, ce qu’enseigne le droit romain dans sa vénérable sagesse : *ubi societas ibi jus*, là où il y a société, il y a droit.

La nature relationnelle du droit entraîne pour le moins une double conséquence : toute définition du droit devra refléter cette présence d’autrui, un autrui juridique, personne physique ou personne morale (État, collectivité publique, société, association, etc.) d’une part ; le droit ne pourra faire fi du langage, moyen privilégié d’établissement des relations avec autrui, institution par le ministère de laquelle s’exerce le droit<sup>2</sup>, d’autre part.

---

<sup>1</sup> J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n’aura pas lieu*, Acte II, Scène 5. De la non appropriation des corps célestes, fussent-ils hors de portée, à la cueillette des escargots requérant permis de chasse et anneau officiel de calibrage, délivrés par le préfet (arrêté du Conseil d’État du canton de Vaud concernant la protection des escargots (APEsc du 11 juin 1976)), le juriste élève à l’existence légale avec une poésie sans égale (poésie vient du grec *poïesis*, fabriquer, produire, faire) n’importe quel être, si besoin est.

<sup>2</sup> Ainsi que le souligne fort justement A. Garapon (A. GARAPON, *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Odile Jacob, Paris, 1996, p. 166), le langage est « l’institution des institutions » : toute institution s’érige et se déploie « à travers » le

Aussi commencerons-nous cette introduction par quelques considérations liminaires mais essentielles à propos de la langue en général, la langue dite « naturelle », expression immédiate de la relation (à autrui), avant que d'aborder *les* définitions du droit – simples tentatives –, lesquelles aboutiront également à la relation, en particulier entre le droit moderne et l'État.

A tout dire, et par là en dresser l'historique, cet ouvrage lui-même, dans son principe, le doit à la relation.

Il résonne encore du cours d'Introduction au droit dispensé par Madame le Professeur Suzette Sandoz, auquel nous fûmes associé, avant de connaître le privilège de l'assumer, pour en développer les aspects philosophiques et linguistiques en particulier. Souvenir aussi vivace qu'ému. Et pour l'essentiel, un conseil que le temps dans son méprisant écoulement n'a point affadi : montrer les nuances du droit, ses « hésitations », ses ambiguïtés ; n'en pas simplifier les ressorts fondamentaux, en exposer la complexité, si loin de n'être que technicité juridique ; *brevitatis causa*, dire le droit complexe.

C'est encore à une relation que cette Introduction doit sa présente incarnation, la collaboration avec M<sup>e</sup> Davide Cerutti, Chargé de Cours puis Professeur remplaçant depuis près de dix ans. Les si nombreux enrichissements qu'apporta le praticien et enseignant tessinois (la communication judiciaire à l'Université de la Suisse italienne) d'une infatigable curiosité et le chercheur d'une rare créativité, en rendirent la publication aussi obligatoire à l'esprit que naturelle à l'Académie, tant manquait un ouvrage généraliste, une culture juridique, trop modeste encore, sans doute, mais authentique parce que nourrie de la pratique autant que de la théorie.

Enfin, relations encore, à la Chaire de Méthodologie juridique et Philosophie du droit, de nos maître-assistant, désormais Monsieur le Juge cantonal Alex Dépraz, Chargée de Cours Madame Veronica Frigerio, assistants, passés comme présents, M<sup>e</sup> Alessandro Brenchi, et Messieurs Simon Bezat et Brian Favre immergés dans la substance matérielle et intellectuelle de l'ouvrage, ainsi que tous les Assistants diplômés, dits affectueusement « Méthodologues », en charge des Travaux pratiques d'Introduction au droit, si vifs lors des discussions hebdomadaires de la matière : tous l'ont enrichie. La confection de cet ouvrage réfléchit aussi la relation de confiance tissée avec

---

langage, médiation intime qui ne peut pas ne pas avoir d'effet sur l'exercice du droit. Les méthodes d'interprétation, par exemple, en sont la conséquence la plus connue et la plus pratiquée des juristes.

ma secrétaire, Madame Magali Froidevaux, si versée en jonglerie informatique et espièglerie sémantique.

L'amitié, éminente relation, devait conclure, des Professeurs François Bianchi (UNIL), notaire en Pays de Vaud, Vincent Martenet (UNIL) et Eric Wyler (Paris II, IHEID et Université de Lausanne de longues années) dans la relecture des passages délicats de leur matière élective.

Les erreurs, qui ne manqueront pas de sourdre, seront, elles, toutes à reprocher aux seuls auteurs, s'agissant de *leur* Cours. Mais, relationnel, comment le droit pourrait-il se prétendre infaillible, pis absolu ?

Lausanne, le 1<sup>er</sup> juillet 2020

Alain Papaux et Davide Cerutti



# Sommaire

Avant-propos .....	1
Sommaire .....	5
<b>Titre I. Droit et langue : une relation intime.....</b>	<b>9</b>
<b>Chapitre 1. Prolegomènes. Ou ce qu'il est bon de connaître avant de commencer.....</b>	<b>11</b>
<b>Chapitre 2. Le droit et la langue .....</b>	<b>15</b>
Section 1. Droit et oubli de la langue .....	15
Section 2. Que nul n'entre en droit s'il n'a goûté un peu de linguistique .....	19
<b>Titre II. Circonscrire le droit : de la pluralité des définitions à la multiplicité des sources et des branches .....</b>	<b>31</b>
<b>Chapitre 1. L'approche scientifique.....</b>	<b>35</b>
Section 1. Le droit comme science.....	35
Section 2. Le droit comme science <i>humaine</i> .....	41
Section 3. Le droit comme science <i>sociale</i> .....	44
Section 4. Le droit comme science <i>interdisciplinaire</i> .....	52
Section 5. Le droit comme science de la <i>relativité des choses</i> .....	53
Section 6. Le droit comme science <i>des contradictions et du contradictoire</i> .....	60
Section 7. L'approche scientifique du droit <i>brevitatis causa</i> .....	61
<b>Chapitre 2. L'approche philosophique .....</b>	<b>63</b>
Section 1. L'École du droit naturel ou jusnaturalisme.....	64
Section 2. L'École positiviste ou positivisme juridique .....	79
Section 3. De l'influence des deux grands courants philosophiques sur la conception du droit .....	86
<b>Chapitre 3. L'approche proprement juridique.....</b>	<b>99</b>

## Sommaire

Section 1.	La sanction .....	100
Section 2.	Le principe d' <i>obligation générale</i> . Ou ne pas faire acceptation de personne.....	106
Section 3.	Le rapport avec l'autorité étatique.....	108
Section 4.	Une définition opératoire du droit .....	109
<b>Chapitre 4.</b>	<b>La théorie des sources.....</b>	<b>113</b>
Section 1.	Où situer la théorie des sources ? Quel tour d'esprit juridique reflète-t-elle ? .....	113
Section 2.	Les « malaimées » sources matérielles du droit.....	115
Section 3.	Les sources formelles du droit.....	118
<b>Chapitre 5.</b>	<b>Les subdivisions du droit.....</b>	<b>153</b>
Section 1.	Le droit « inter-national (public) » vs le droit national .....	153
Section 2.	Droit privé <i>versus</i> droit public.....	164
Section 3.	Droit international public <i>versus</i> droit international privé.....	178
Section 4.	Compendium des différents domaines du droit suisse .....	180
<b>Chapitre 6.</b>	<b>De quelques modes de structuration du matériau social dans la norme juridique .....</b>	<b>189</b>
Section 1.	Droit formel <i>versus</i> droit matériel .....	189
Section 2.	Droit impératif <i>versus</i> droit dispositif.....	193
<b>Titre III.</b>	<b>La vie du droit ou « le droit dans le temps » .....</b>	<b>197</b>
<b>Chapitre 1.</b>	<b>Les deux statuts du droit .....</b>	<b>201</b>
Section 1.	Le droit positif ou <i>lex lata</i> .....	201
Section 2.	Le droit « désirable » ou <i>lex ferenda</i> .....	207
<b>Chapitre 2.</b>	<b>La naissance de la règle de droit .....</b>	<b>211</b>
Section 1.	Naissance de la loi au sens large.....	211
Section 2.	Naissance de la coutume.....	218
Section 3.	Naissance de la jurisprudence.....	220
<b>Chapitre 3.</b>	<b>La vie du droit positif : le déploiement de la règle de droit dans le système juridique .....</b>	<b>223</b>
Section 1.	Des hiérarchies au sein du système juridique .....	224

Section 2.	De la rétroactivité .....	232
Section 3.	La dérogation.....	251
<b>Chapitre 4.</b>	<b>La mort du droit positif ou le trépas de la règle de droit .....</b>	<b>265</b>
Section 1.	Le principe du parallélisme des formes .....	265
Section 2.	La désuétude.....	266
Section 3.	L'abrogation .....	268
Section 4.	La primauté du droit fédéral sur le droit cantonal ou la « force <i>dérogatoire</i> » du droit fédéral (art. 49 Cst.).....	273
<b>Table des matières .....</b>		<b>279</b>



# **Titre I.**

## **Droit et langue : une relation intime**



## Chapitre 1. Prolégomènes. Ou ce qu'il est bon de connaître avant de commencer

Le présent ouvrage ressortit à la tradition occidentale du droit, inscription que reflètent les Prolégomènes.

De surcroît, au long des développements, l'accent sera mis sur le droit suisse, lequel s'inscrit dans la méthodologie juridique des pays de tradition romano-canonique, soit des systèmes juridiques dits de *civil law* (ou *continental law*) par contraste avec la *common law*<sup>3</sup>.

Cette dernière formule désigne les pays de tradition juridique anglo-saxonne, dont le ressort principal est la casuistique, les *cas*, dont ils abstraient les règles de droit, se gardant le plus souvent de les revêtir de la forme d'une *loi* ; d'où leur dénomination de *case law*. Les pays de droit civil au rebours privilégient la *loi*, que l'on se gardera de confondre avec le *droit*.

La loi en effet n'est qu'un *moyen* du droit, parmi d'autres. Ce moyen se trouve au cœur de la conception *légaliste* du droit, laquelle domine une pensée juridique continentale largement acquise au *positivisme juridique* (*infra* Titre II, Chapitre 2, en particulier Section 2). Ce positivisme, aux acceptions multiples, ne constitue à son tour qu'une doctrine juridique parmi d'autres, dont aucune, par ailleurs, n'existe à l'état pur : tout « droit » (au sens de système juridique) puise dans les différents courants philosophiques sans guère se préoccuper des incohérences ainsi induites. On aurait toutefois grand tort de s'en offusquer, la complexité et la luxuriance du phénomène juridique interdisant les assertions simples et définitives à son propos.

On se rappellera Paul Valéry affirmant que « [c]ette idée [celle de nation] nous est aussi familière dans l'usage et présente dans le sentiment qu'elle est complexe ou indéterminée devant la réflexion. Mais il en est ainsi de tous les mots de grande importance. Nous parlons facilement du droit, de la race, de la propriété. Mais qu'est-ce que le droit, que la race, que la propriété ? Nous le

---

<sup>3</sup> On distingue en effet, dans les pays occidentaux, traditionnellement deux grands *systèmes juridiques*. D'une part les pays de tradition romano-canonique, pour les États occidentaux du continent ; d'autre part la *common law*, droit éminemment casuistique, pratiqué en plus ou moins large part au Royaume Uni (l'Écosse présente un système mixte), aux États-Unis et dans le Commonwealth.

savons et ne le savons pas ! »<sup>4</sup> Plus acide à l'endroit du monde juridique, Gustave Flaubert notait à propos du droit que l'« on ne sait pas ce que c'est »<sup>5</sup>.

En résulte un manque d'univocité (d'*univox*, une seule voix c'est-à-dire un sens unique, qui s'impose à tous), et de simplicité, rendant malaisée l'étude du droit.

Et les difficultés de commencer dès la définition du droit, si peu partagée entre les juristes que l'on doit se contenter de circonscrire la notion. On conduira cette esquisse suivant trois perspectives éclairant chacune des aspects fondamentaux de la notion de droit sans qu'aucune toutefois ne s'avère suffisante à soi seule pour l'épuiser.

Dans cette *tentative* de définition, nous adopterons tour à tour les points de vue scientifique, philosophique et juridique sur le droit pour, enfin, proposer une « définition » synthétique, coordonnée à la lecture positiviste (selon l'école dominante dite du « positivisme juridique », cf. *infra*, Chapitre 2) du droit telle que pratiquée dans nos Facultés et à laquelle, précisément, nous souhaitons introduire.

Aussi nous contenterons-nous des grandes lignes de force que nous jugeons les plus utiles pour « entrer en droit », comme l'on dit « entrer dans les Ordres » : il y faut patience et discipline, selon le mot édifiant de Rainer Maria Rilke : « *Geduld ist alles* ». Patience dans le travail de transformation des figures juridiques de base exposées de manière *linéaire* mais appropriées grâce à leur compréhension *systemique* : tout savoir maîtrisé prend la forme d'un réseau de significations, structure rhizomique seule à même de faire comprendre – « com-prendre », soit « prendre avec », au double sens de « tenir ensemble » et de « pénétrer par l'esprit » – *le* droit, le droit comme un *tout* et pas seulement comme un *ensemble*.

Une discipline analogue à celle des mathématiques : acquérir les définitions, notions et figures de base les unes après les autres ; n'en manquer aucune car elles font *systeme*, à savoir que le contenu de chacune est tissé des relations avec les autres.

---

<sup>4</sup> P. VALÉRY, *Regards sur le monde actuel et autres essais*, Gallimard, Paris, 1945, Folio 1998, p. 31.

<sup>5</sup> G. FLAUBERT, *Dictionnaire des idées reçues*, entrée : Droit (1e), Gallimard, La Pléiade, Paris, 1952.

Raison pour laquelle le juriste peine à définir avec précision les notions les plus fondamentales de son *art* : équité, bonne foi, principe de la confiance, dignité humaine, raisonnable, etc. On comprend à cette aune que tout fait sens en droit : chaque virgule, chaque mot, chaque enchaînement d'alinéas ou de notes marginales. Le droit est indissociable d'une stricte méthodologie, et d'une joyeuse rigueur, à commencer par celles que requiert la langue dont il use.

Aussi la maîtrise de la langue s'éprouve-t-elle indispensable au juriste, l'amour de la langue inséparable du bon juriste, celui qui, maîtrisant la *technique juridique* (le *comment*), n'y arrête point sa pensée, la sachant instrument (moyen) et non finalité (but) du droit (le « *pour-quoi* »), que la tradition immémoriale et l'étymologie désignent comme le *juste* ou, plus humblement encore, la *recherche du juste*. Le mot *juste* nous l'enseigne par son corps même : « *jus-te* » vient directement de *jus* ou *ius*, « droit » en latin.



## Chapitre 2. Le droit et la langue

### Section 1. Droit et oubli de la langue

Que faut-il savoir de la langue pour « entrer en droit » ?

Car, en effet, nul n'entrera en droit qui néglige, pis ignore, la langue et le soin qu'il lui faut prêter : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles » affirmait le juriste fameux Loysel au XVII<sup>ème</sup> siècle.

Comme toujours en droit, il sied *d'abord* d'opérer des *distinctions* : la langue *du* droit n'est pas la langue *dans* le droit et pas non plus le droit *à* la langue ni le droit *de* la langue (comme on dit droit de l'environnement ou droit des sociétés).

La « langue du droit » est le langage, souvent singulier, dont use le juriste exerçant son activité professionnelle ; plus pratiquée qu'enseignée, la « langue juridique » s'acquiert dans le cours des études et dans la pratique ; nous ne pourrions que nous y couler ici, presque imperceptiblement. La « langue dans le droit » concerne plutôt le rôle que joue la langue (que l'homme est un être de paroles, un « vivant parlant », *zoon logikon* en sus de *politikon*, préciserons-nous encore) dans la constitution et l'emploi du savoir juridique ; c'est peu dire que ce rôle est central, vital même : il n'est de droit qui ne soit énoncé ou prononcé, « *iuris-dictio* » (juridiction) verrons-nous. Le « droit à la langue » vise la liberté fondamentale d'exercer sa langue, dans certains contextes tout du moins. Enfin le « droit de la langue » désigne l'ensemble des règles juridiques qui a pour objet le statut (juridique) de la langue.

Plus essentiel, parce que tout le droit gravite autour de ce point, et que cet attracteur est négligé par nombre de juristes : le droit est d'abord<sup>6</sup> affaire de sens, de signification. Amselek soulignait que le droit n'a pas encore opéré son *linguistic turn* ou tournant interprétatif, « c'est-à-dire l'attention de premier plan portée au fait que la réglementation juridique est, dans sa substance même, *du sens* et aux problèmes herméneutiques qui se trouvent liés à cette nature constitutive [...] »<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Littéralement « dès l'abord », dès que l'on aborde le droit.

<sup>7</sup> P. AMSELEK, « Propos introductif » in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1994, p. 7. Le langage y est bien affirmé *constitutif* du droit. L'y réduire à

Pour prendre les choses d'un point de vue très concret, que constate le juriste ou l'homme ordinaire ouvrant un code ? La loi ? La parole du législateur ? Le commandement d'une autorité ? Ce serait d'un idéalisme touchant, analogue à celui lové dans la formule si souvent répétée « la loi *dit* que... », comme si la loi « en personne » prenait la parole pour énoncer de ses propres lèvres telle permission ou tel commandement.

Nul ne l'a jamais entendue ouvrir la bouche, même parmi les esprits les plus illuminés du légalisme qualifiant les juges de simples « bouches de la loi ». Pour cause, la formule « la loi *dit* que... » n'est qu'une *manière de parler*. Manière bien coupable d'ailleurs car elle fait accroire à un accès immédiat à la loi alors que, d'un point de vue matériel, en considérant ce qu'il a sous les yeux, le lecteur ne rencontre que des signes : des mots écrits d'encre frappés sur papier, dans un certain alphabet, que l'on espère déchiffirable pour lui, alphabet latin dans nos contrées,.

Pour preuve, face à un article d'un code rédigé en alphabet cyrillique ou cunéiforme, alphabet dont, par hypothèse, je ne dispose d'aucune connaissance *préalable*, que puis-je « re-connaître » ? Rien. Je ne suis pas même capable d'identifier des « mots », des *signifiants* pour être plus exact (*infra* Section 2) c'est-à-dire les mots tels qu'ils se donnent à mes sens, à mes yeux en premier lieu. Ces *signifiants*, à leur tour, ne constituent que le mode d'apparaître sensible des signes en question, ici des mots, mais plus largement des sons, images, gestes (les mimes), dessins (dans le jeu *Pictionary* par exemple ou les panneaux de signalisation), etc.

Si je ne dispose pas d'un *signifiant reconnaissable*, usuellement sous la forme d'une formule écrite, dans un alphabet connu en l'occurrence, je ne puis rien affirmer, si ce n'est d'avoir « lu » une inscription (voire un gribouillis) à l'encre noir sur du papier blanc, inscription qui ne me renvoie à aucune idée ou représentation mentale, qui n'induit aucun concept en mon esprit. Je ne suis même pas en présence d'un *signifiant*, en toute rigueur de pensée.

Ainsi le premier pas de la démarche juridique face à un *texte* de loi consiste-t-il en la reconnaissance d'un signifiant, un mot du vocabulaire juridique, lequel peut différer sensiblement de son acception courante.

---

un simple *instrument* condamne à une vision fort rétrécie du phénomène juridique ; ce contre quoi la *culture juridique* tente de prémunir le juriste.

Par exemple, la « guerre » est toujours pour le juriste une institution *interétatique*, une relation juridique entre États ; nous touchons là au *concept* (juridique) de guerre, à son *signifié* en droit. Une expression ou *signifiant* comme « la guerre contre le terrorisme » est incorrect du point de vue juridique. Elle relève pour le juriste de la métaphore, comme dans les programmes politiques annonçant la « guerre à la pauvreté » ou « la guerre à la corruption ». Dans ces derniers cas, le *signifié* ne comporte aucun rapport interétatique, ne ressortit en conséquence pas au droit.

On doit à la rhétorique (l'art de bien parler mais surtout de bien argumenter) classique la division des causes en deux genres, à l'origine de la division canonique, cœur de la méthodologie juridique, entre *fait* et droit, *quid facti* et *quid juris* : « Dans chaque affaire, la solution du litige peut soit reposer sur le seul *raisonnement* et la *nature des choses*, soit dépendre d'une *loi* et donc d'un *texte*. Ce choix détermine une division des causes en deux genres, l'un dit rationnel (*rationalis*) et l'autre légal (*legalis*) [...]. La classification des causes en deux genres reproduit d'ailleurs une division plus générale, en réalité la division fondamentale de la rhétorique entre les *res* (« *quae significatur* ») et les *verba* (« *quae significant* »), c'est-à-dire littéralement entre les signifiés et les signifiants. »<sup>8</sup>

On ne saurait mieux rappeler la nature des questions touchant à la loi comme *texte* juridique (le *code*) : il ne s'agit que de *signifiants* et pas encore de *signifiés*, les considérations de langue et d'interprétation s'avérant dès lors indispensables au droit : le droit est *toujours* affaire d'interprétation puisque le *signifiant* ne se confond pas avec le *signifié*, la forme du mot (son ou lettre ou image) avec son contenu (sens)<sup>9</sup>.

La paresse de l'homme, ou l'habitude si profondément sédimentée dans sa langue maternelle, d'associer « automatiquement » tel signifié à tel signifiant lui fait aisément prendre le signifiant pour le signifié : il ne ferait que « décrypter » un *signifiant*, y voir ou entendre immédiatement « son » *signifié*, sans médiation aucune, ni celle de la connaissance d'une langue, ni celle d'un certain vocabulaire ou culture, juridique pour ce qui nous concerne.

<sup>8</sup> B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 53-54.

<sup>9</sup> L'art. 1 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (« CC », RS 210) s'avère d'entrée de cause suggestif, qui mentionne « la lettre ou l'esprit ». Nous visiterons de façon réitérée cet article nodal de la méthodologie juridique.

Semblable désir se heurte à une impossibilité logique (sémiologique pour être plus exact), puisque le signifié est une représentation mentale, un concept ou une « idée », qui ne se trouve pas à l'extérieur de l'esprit du lecteur, contrairement au *signifiant* qui évolue dans un monde extérieur à son cerveau.

Cette confusion empêche de voir la puissance, le poids de la médiation de la langue dans toute conception du monde, en particulier dans sa conceptualisation juridique. Elle confine même au ridicule en droit dans les expressions « la loi *dit que...* », « le code nous *apprend que...* », etc., comme si ces *signifiants* s'adressaient directement à nous, sans que nous interprétions ces modes d'apparaître (ou « formes ») du concept, lesquels ne sont pas le *signifié* (ou « contenu »). Au reste, ces expressions ne disent rien au non-juriste, moins encore à l'analphabète<sup>10</sup>.

On met ainsi du langage dans la « bouche » de la loi ou du code, entités inertes pourtant, comme dans les prosopopées de la nature qui nous parle à l'oreille sous la plume des poètes, prosopopée que même une rhétorique ampoulée n'oserait plus... mais au moins était-ce de la *poésie*. Nous voulons parler ici de *droit*.

L'on ne pourra donc traiter de droit sans aborder la langue et sa science, la linguistique, exigence d'autant plus impérieuse que les définitions du droit omettent toutes de se référer au phénomène langagier qui pourtant habite nécessairement et structure essentiellement la pensée juridique et, en conséquence, les systèmes juridiques : « [...] Paul Valéry, au cours d'une conférence faite à l'École des Sciences politiques, observait que ce qui manque aux nombreuses définitions du Droit, présentées par les meilleurs auteurs de Justinien à Kant, c'est la mention du langage, qu'il n'est pas possible pourtant de séparer de la notion de Droit. »<sup>11</sup> Pour étrange que cela puisse paraître, le juriste contemporain témoigne d'une attention insuffisante voire déficiente à ce dont il se sert en premier lieu : la langue.

---

<sup>10</sup> Du fidéicommiss de famille au pacte de réméré en passant par le « fantôme parallélépipédique » de l'art. 23 de l'Ordonnance sur la dosimétrie (RS 814.501.43), le juriste débutant y perd son latin : des signifiants, certes, mais quels signifiés ?

<sup>11</sup> R. NERSON, « Exercices de vocabulaire » in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, Paris, 1967, p. 604. La nature linguistique des mots relève (d'abord) du symbole, qui vient du grec « symbállô [σύνβάλλω], réunir, rapprocher, et encore conjecturer, interpréter ; voir A. BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, 16<sup>ème</sup> édition, Hachette, Paris, 1950, entrée σύνβάλλω (symbállô).

Par conséquent, et avant même d'aborder la question délicate de la définition du droit, il semble déjà difficile d'affirmer que le droit est une science puisque ses acteurs ignorent une large part de son matériau, si ce n'est son ressort le plus profond : qu'il est du *sens*, affaire de langue et de langage. Peut-être le juriste n'est-il pas à ce titre dans une position plus défavorable que les acteurs des sciences de la vie bien incapables de définir de manière rigoureuse, objective, ce qu'est la vie ou les médecins la santé. Il y aurait donc bien de la sagesse à renouer avec la plus vénérable caractérisation du droit : un art, l'*ars iuris*. Mais nous serons alors au terme de cet opuscule.

## Section 2. Que nul n'entre en droit s'il n'a goûté un peu de linguistique

Ce titre singe la légendaire inscription au frontispice de l'Académie, l'école de philosophie de Platon : « Que nul n'entre ici s'il n'est géomètre ». Il s'adresse au juriste entrant dans une « École de droit » de facultés académiques, dont les plus audacieuses – ou les plus imprudentes – se dénomment facultés des *sciences* juridiques, verrons-nous

### Sous-section 1. Des mots et des choses

La connaissance de quelques *questions* parmi les plus fondamentales de la linguistique permettra de ne pas sombrer dans l'illusion, courante parce qu'aisée, dénoncée il y a près de vingt-quatre siècles par Aristote, suivant laquelle, maniant les mots, l'homme croit disposer des choses elles-mêmes. Aristote souligne dans les *Réfutations sophistiques* (1, 165 a 6 ss.) : « Puisqu'il n'est pas possible d'apporter dans la discussion les choses elles-mêmes, mais qu'au lieu des choses nous devons nous servir de leurs noms comme de symboles, nous supposons que ce qui se passe dans les noms se passe aussi dans les choses [...]. Or entre noms et choses il n'y a pas ressemblance complète [...] : les noms sont en nombre limité, ainsi que la pluralité des définitions, tandis que les choses sont infinies en nombre. [...] Le drame du langage humain [...] c'est que l'homme parle toujours en général alors que les choses sont singulières [...]. »<sup>12</sup>

Dans chaque langue, il y a bien moins de mots, de *signifiants*, que de choses, de *réfèrents* (ou de *références*) dans le monde pragmatique tissé de *personnes*,

---

<sup>12</sup> Traduction de P. AUBENQUE, *Le problème de l'être chez Aristote*, Paris, PUF, Quaridge, 2017, p. 116.

*choses* et *actions* pour reprendre la trilogie classique romaine des « objets » du droit structurant le *Corpus Iuris Civilis*, la fameuse compilation de textes juridiques romains. Nous pourrions aujourd'hui raffiner quelque peu la trilogie, en sortant les animaux du règne froid des *choses* (selon l'art 641a CC) par exemple.

Dans une transposition en termes de pouvoir législatif, le Parlement ayant arrêté une loi (*signifiant*) n'a pas pour autant résolu le problème « sur le terrain », là, dans la vie concrète (*référence*), sans même évoquer la médiation du *signifié*. Si pareille confusion est coupable, on se gardera en revanche de toute récrimination contre le pouvoir politique du *fait* de l'inadéquation *intrinsèque* de la loi aux *cas*. Il ne peut en aller autrement pour des raisons méthodologiques et logiques : dans sa structure même, la loi est *générale* et *abstraite* alors que les cas sont par nature *singuliers* et *concrets* (cf. *infra* Titre II, Chapitre 4, Section3).

Aristote, parlant pourtant de cités comptant au mieux quelques milliers d'âmes, déjà relevait, dans une argumentation définitive, que « la loi est toujours quelque chose de général, et [qu'] il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude. Dans les matières, donc, où on doit nécessairement se borner à des généralités et où il est impossible de le faire correctement, la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents [...]. La loi n'en est pas moins sans reproche, car la faute n'est pas à la loi, ni au législateur, mais tient à la nature des choses, puisque par leur essence même la matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité. »<sup>13</sup>

Le monde compte plus de réalités que de mots pour exprimer chacune d'elles dans toute sa *spécificité* : le mot n'est pas la chose. Ainsi va le monde. Et ainsi va le droit : la loi ne saisit « que » la généralité – c'est sa fonction même, dire « *le plus souvent* » – alors que le droit cherche à saisir la *singularité* même de la situation, « rendre justice » au cas. Le vocabulaire juridique exprime en toute lucidité cette finalité ultime du droit par les formules « *in concreto* » ou « *in casu* » : « *dans le cas* ». Où l'on retrouve la distinction – bien plus que

---

<sup>13</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, 14, traduction de TRICOT, Vrin, Paris, 1990, p. 267. Les « choses de l'ordre pratique » renvoient à la division classique entre *philosophie pratique* (politique, éthique, droit, économie, allant du général au spécial) et *philosophie théorique* (philosophie au sens propre, mathématique et physique (sciences naturelles)).

l'opposition car les entités de ces couples sont indissociables l'une de l'autre – entre *concept*, abstrait, et *référent*, concret.

Le mot n'est décidément pas la chose. Et pourtant nous l'employons bel et bien, comme *signifiant*, pour *signifier* cette chose, ce *référent* ; il y renvoie d'une manière ou d'une autre. Il y a *médiation*. Une médiation entre nous, les Sujets, et le monde « extérieur », les Objets (les choses, animées ou inanimées, les humains compris), médiation opérée par la langue, plus exactement par les signes dont se sert la langue.

Et Monsieur Sigma, le héros italien de l'Avant-propos *d'Il segno*, d'Eco ne dira pas le contraire, qui cherche à faire entendre à des oreilles françaises le mal de ventre dont il souffre : « brûlures d'estomac ? spasmes ? coliques ? Il tente de donner un nom à des stimuli imprécis : en les dénommant, il les culturalise ; c'est-à-dire qu'il range ce qui jusque-là n'était qu'un ensemble de phénomènes naturels sous des rubriques précises et « codifiées ». Il cherche par là à coller sur son existence personnelle une étiquette [*signifié* ou *concept*] qui la rende comparable à d'autres expériences auxquelles les livres de médecine ou les articles de journaux ont déjà donné un nom. À présent, il a trouvé un mot [couple *signifiant/signifié*] qui lui semble adéquat ; ce mot *représente* – est « là pour » – le dérangement qu'il ressent. Son intention étant de communiquer ses désagréments à un médecin, il sait qu'il pourra utiliser le mot (que le médecin est en mesure de comprendre) à la place de son trouble gastrique (que le praticien ne ressent pas, et n'a peut-être jamais ressenti de sa vie). »<sup>14</sup>

La lecture (et partant l'interprétation) de la dernière parenthèse nous apprend que le médecin n'a, *in casu*, qu'une connaissance théorique du mal dont souffre M. Sigma, une connaissance sans *référence*, sans expérience directe : ce n'est pas *sa* souffrance, mais il en connaît le concept, le signifié, décrit par un certain nombre de symptômes notamment. Il a de plus une (bonne) idée de la *référence* – les douleurs de *cet* homme, Monsieur Sigma – par comparaison avec des cas *analogues* qu'il a eu à connaître dans sa *pratique*.

La règle du précédent de la *common law* fonctionne selon le même ressort comparatif, que partagent en réalité aussi les systèmes juridiques romano-canoniques (*civil law*), bien qu'assortie sur le continent d'une exigence d'obéissance moindre. Cette règle prévoit que les décisions de la Cour

---

<sup>14</sup> U. ECO, *Le signe*, Le livre de poche, Paris, 1992, pp. 11-12.

suprême qui *précèdent* celle que s'apprête à prendre la cour de céans *doivent* être suivies c'est-à-dire la lient juridiquement.

Quoi qu'il en soit, « faire communauté », et le droit le permet au premier chef, requiert de posséder des catégories communes, dont les catégories juridiques que doivent partager non seulement les juristes mais la société dans son ensemble, comme nous le fait voir, dans le domaine juridique, par voie d'éminence (*via eminentia*), le droit pénal<sup>15</sup>.

Se joue ici, plus largement, l'humanisation de l'homme, à laquelle participe hautement le droit : « Car enfin, y aurait-il eu pour Sigma une conscience rationnelle de son propre malaise, si la société et la culture ne l'avaient pas humanisé comme animal capable d'élaborer et de communiquer des signes ? »<sup>16</sup>

## Sous-section 2. *Zoon politikon logikon* : l'homme, un animal politique parce que doué de langage

Sous ces propos contemporains raisonne le constat jamais réfuté de la philosophie grecque, que l'homme est un *zoon politikon*, un *vivant politique*, un « animal » (*zoon*) dont la nature le pousse à faire société, plus exactement à s'insérer dans un collectif : son identité s'élabore et se réalise au fil de ses relations (*politikon*, ayant donné *polis*, la cité) aux autres. D'où le succès (jusqu'à l'addiction parfois) des réseaux *sociaux*. Le droit aussi se déploie tout entier dans la *relation aux autres* : dernier humain sur terre, à quoi me servirait des droits ?

Par quelle propriété singulière cet homme accomplit-il sa destinée de citoyen ? Aristote le dit *politikon* parce que *logikon* : être doué de la parole, « *L'homme de paroles* »<sup>17</sup>, homme qui fait et se fait par la parole et en elle. Dans *logikon*, nous retrouvons *logos*, une « logique » de large acception : parole, argument, discours, raisonnement, raison voire Raison. Nul doute que le juriste s'y reconnaîtra : parce que l'homme est un *zoon logikon-politikon*, jamais le droit ne lui sera étranger, quand bien même lui serait-il adverse le cas échéant.

---

<sup>15</sup> Ce sera tout le problème, délicat et fondamental, de la connaissance des normes juridiques (« nul n'est censé ignorer la loi ») et de leur acceptabilité.

<sup>16</sup> ECO, *Le signe*, p. 17.

<sup>17</sup> Pour reprendre le titre d'un livre du célèbre linguiste professeur au Collège de France, C. Hagège (C. HAGÈGE, *L'Homme de paroles*, Fayard, Paris, 1985).

Les Stoïciens, grands maîtres du *Logos*<sup>18</sup>, posèrent les bases de la sémiologie (ou sémiotique dans la sphère anglo-saxonne), mot dans lequel se voit encore le reflet du *semeion*, le signe en grec. Ils distinguaient trois « moments », « instances », « attracteurs », « sommets » du triangle sémiotique<sup>19</sup> : le *signifiant*, le *signifié* et la *référence* (ou le *réfèrent*, ce à quoi il est référé) ; les liens exacts entre les trois sommets demeurent obscurs. Ils parlèrent respectivement de *semainon*, de *semainomenon* et de *tynchanon* : « le *semaion*, ou signifiant, ou expression perçue comme entité physique [le *signifiant*] ; le *semainomenon* : ce qui est exprimé, ou signifié, ou contenu, qui ne représente pas une entité physique [mais une idée ou représentation mentale ou concept ; en bref, le *signifié*] ; le *tynchanon* : l'objet auquel le signe se réfère et qui est, de nouveau, une entité physique, ou encore un événement ou une action [la *référence* ou le *réfèrent*, ce à quoi il est référé ou renvoyé via le symbole qu'est le *signifiant*]. »<sup>20</sup>

Il existe de nombreuses conceptions du signe et de sa « vie sociale », objet de la sémiologie, la linguistique, quant à elle, se consacrant plus spécialement aux langues naturelles. Pour reprendre les deux plus classiques, soit le « signe » n'est que le signifiant, à côté de l'objet de pensée (le signifié) et de l'objet réel, objet « mondain » au sens premier « du monde » (la référence) soit les trois instances à la fois, la « triade » elle-même. Nous aurons à nous accommoder de cette ambiguïté *intrinsèque*, insurmontable en conséquence, les écrits juridiques de jurisprudence comme de doctrine utilisant ces différentes acceptions de « signe » en ne précisant jamais à laquelle ils souscrivent.

L'ambiguïté consubstantielle du « signe », ajoutée au mystère « diabolique » du triangle sémiotique, nous laisse dans la béance de la question : « où se trouve le sens ? » Vraisemblablement *entre* les trois sommets du triangle. C'est la raison profonde et indépassable pour laquelle il n'existe *pas* de mot

<sup>18</sup> *Logos* comme « Raison du monde », son principe organisateur en un *cosmos* (univers hiérarchisé) auquel l'homme peut participer, littéralement prendre part, par son *logos*. Les Romains, et en particulier leur droit, ancêtre de nos systèmes juridiques dits précisément *romano-canonico-germaniques*, se nourrirent abondamment des pensées stoïcienne et aristotélicienne.

<sup>19</sup> Nous écrivons « distinguaient » plutôt qu'« opposaient » puisque ces trois instances sont indissociables les unes des autres et ne peuvent même pas être considérées par couples, deux à deux, sans perdre la substance même du signe, à savoir qu'un *signe* fait *sens*, dont la triade tente de circonscrire le ressort jamais encore élucidé.

<sup>20</sup> ECO, *Le signe*, p. 36.

*univoque*, moins encore de phrase telle, dans aucune langue *naturelle*. On voit par-là de quel oubli de la langue procède la figure méthodologique très classique du « texte clair » ou *claris non fit interpretatio* : il n'y a pas lieu d'interpréter un texte clair, affirmation qui ne fait tout simplement pas *sens* d'un point de vue linguistique<sup>21</sup>. La seule chose qui nous est donnée *dans* le texte sont les *signifiants* de la formule affirmée, bien hâtivement, claire.

Il suffit, pour en prendre pleine conscience, de quitter son monde ; pour le juriste interniste (spécialiste du droit interne) de changer de branche du droit, de pratiquer un peu de droit international (privé ou public<sup>22</sup>) ou de droit comparé.

### Sous-section 3. La triade diabolique du sens : entre signifiant, signifié et référence

Même un concept aussi ordinaire que cheval pose problème : « Le signifiant /cheval/ ne signifie rien [sic] pour un Esquimau qui ne connaîtrait pas le français (autrement dit : qui ne posséderait pas notre code). Si je désire lui expliquer le signifié de /cheval/, je puis lui fournir la traduction du terme dans sa langue, ou bien définir pour lui ce qu'est un cheval, ainsi que le ferait un dictionnaire ou une encyclopédie, ou encore tracer sur une feuille le dessin d'un cheval. »<sup>23</sup>

Même en mon propre esprit, la triade demeure diabolique, le sens y conservant toujours quelque mystère. Réfléchissant au « sens » du signifiant /cheval/, je ne sais pas véritablement s'il s'agit du mode d'apparaître du *signifié* ou concept, ou du mode d'apparaître de la *référence*, l'occurrence d'un type, normalement contenue dans le signifié considéré comme classe (des occurrences analogues à celle dont il est question c'est-à-dire les chevaux). Entendant les sons correspondant à /cheval/, me représenté-je le cheval comme classe, l'ensemble des chevaux tel que défini dans un dictionnaire ou

---

<sup>21</sup> Nous verrons que la *clarté* d'une norme n'est jamais le *point de départ* mais seulement le possible *point d'arrivée* d'un processus d'interprétation : « comme il ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes et raisonnables, on le considère comme clair » affirme avec raison C. Perelman (C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979, p. 36) ; voir le Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation.

<sup>22</sup> Sur cette distinction, *infra* Titre II, Chapitre 5, Section 2.

<sup>23</sup> ECO, *Le signe*, p. 37. Par convention, écrivant entre barres obliques /cheval/, Eco indique le *signifiant*.

dans ma propre expérience de ce type d'animal sédimentée dans ma mémoire (le concept), ou me représenté-je ce cheval-ci, cette bête particulière ayant gagné tel concours ou galopant là, sous mes yeux (la référence) ?

Le fait de ne pouvoir ni définir avec exactitude ce qu'est le sens ni le localiser avec certitude rend illusoire toute justice prédictive au sens fort du terme<sup>24</sup>, puisqu'on ne sait comment encoder le sens, le réduire à un signal binaire « 0 ou 1 ». Le computer n'est, en effet, d'un point de vue numérique, qu'une machine *syntaxique* (syntactique) et non *sémantique* : il *exécute* une grammaire aveuglément mais ne manipule aucun sens ou signification : il « compute » littéralement.

La différence entre le *signifié* et la *référence* s'éprouve pourtant fondamentale puisque le *concept* de « chien » n'aboie point, contrairement à telle *occurrence*, ce chien-ci toutes dents dehors ou la queue remuante.

On relèvera que les deux singuliers, « le » signifié et « la » référence, constituent déjà de problématiques abstractions, un mot ayant souvent plusieurs signifiés et toujours une multitude de références (« souris » comme périphérique numérique ou rongeur ou pièce d'agneau par exemple).

Et encore ne mentionne-t-on pas les sens dits « figurés » : que penser du signifiant /cheval/ « enfourché » dans l'expression « être à cheval sur le règlement » ou, pour des souvenirs de comptine enfantine, « à cheval sur mon bidet » ?

On voit que le signifiant ne constitue pas la finalité de l'acte de signifier ; il n'en est que le moyen, la fin en étant, d'un point de vue abstrait, la classe ou le type (signifié) et, d'un point de vue concret, l'occurrence ou la référence.

À cette aune, l'expression « la réponse est dans le code » est tout à fait aberrante puisque dans un texte de loi, on ne trouve que des *signifiants* alors que l'on recherche une *signification*, un *sens* tendu entre le type et l'occurrence, entre le signifié et la référence.

Le droit sait mettre fin à cette tension car il se dit toujours *in concreto* ou *in casu*, formules de grande intelligence indiquant que la finalité même du droit

---

<sup>24</sup> Le sens se trouvant *quelque part* entre les trois pôles du triangle sémiotique signifiant/signifié/référence.

est la *référence*, cette situation litigieuse-ci, ce citoyen-là, tel droit ou telle obligation de tel sujet<sup>25</sup>.

Ces signifiants se révèlent toutefois de la plus grande utilité : les personnes en litige sont déjà d'accord sur l'existence d'un même texte, réalité matérielle partagée. Dans un système juridique positiviste de tradition continentale, le texte légal constitue le *matériau à partir* duquel s'élabore le raisonnement juridique, lequel commence justement par donner sens aux signifiants couchés dans le code. La langue anglaise l'exprime sans ambages : « *to make sense* », le sens est à faire, à échafauder, à « découvrir » pour les plus idéalistes ; *élaborer*<sup>26</sup> une signification (le *signifié*) pertinente pour le cas en litige (la *référence*), l'occurrence à traiter.

Le législateur ne nous aide guère dans cette prise de conscience de la médiation de la langue, qui use de l'expression « la lettre [...] de la loi », à l'art. 1 al. 1 CC : doit-on prendre la *lettre de la loi* « à la lettre », à savoir un *signifiant* pour un signifiant ? La tautologie devient alors inévitable puisque la lettre comme signifiant ne livre par elle-même (« à la lettre ») aucun signifié. Où faut-il aller en chercher la *signification* ? L'opération tournera en interprétation, nous menant au-delà des lettres précisément, au-delà des signifiants. La réponse, pour évidente qu'elle soit, ne sera donnée qu'au chapitre consacré à l'interprétation dont la compréhension requiert la méditation de presque tout l'ouvrage.

Le *linguistic turn* nous enseigne toutefois déjà qu'il s'agit *de toute façon* de *sens*, ou, équivalamment, qu'il n'est pas d'*application* (de la loi pour nous, juristes, mais de tout texte en général pour le sémioticien) sans *interprétation*... Où l'on voit que nous manque bien des notions pour « entendre » la solution.

---

<sup>25</sup> On comprend alors pourquoi les travaux pratiques, lieu par excellence d'étude des cas, ne sont aucunement un ajout aux cours *ex cathedra* mais leur exercice concret, leur donnant pleine signification, tant il est vrai que le concept sans la référence, le type sans l'occurrence, s'éprouvent désincarnés, nus, littéralement de peu de sens. Raison pour laquelle le droit s'exerce toujours « en situation » (voir par exemple A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Schulthess, Zurich, 2006), « en contexte » (*la Revue interdisciplinaire d'études juridiques* de l'Université St-Louis de Bruxelles (RIEJ) a désormais pour sous-titre *Droit en contexte*).

<sup>26</sup> Le mot « *é-labor-er* », contenant *labor*, rend apparent le *travail* à accomplir.

#### Sous-section 4. Le soin de la langue en droit : exemples concrets

Une différence de signifiant doit induire le réflexe d'une différence de signifié, d'autant plus salutaire qu'il n'existe pas de parfaite synonymie. Le soin de la langue n'en doit être que plus soutenu.

Ainsi un acte juridique *nul* n'équivaut-il pas à un acte juridique *annulable* ; pas plus que les langues *nationales* ne sont synonymes de langues *officielles* (art. 4 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, « Cst. », RS 101), les textes juridiques officiels ne connaissant pas tous une version romanche, loin s'en faut. Ou la « communauté des États dans *son* ensemble », plus intégrée que la « communauté des États dans *leur* ensemble », brisant l'apparence de synonymie. Ou encore, le terme « industrie » à l'art. 61 al. 2 de la Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (« CO », RS 220), inchangé depuis sa rédaction originelle, revêt un sens beaucoup plus étendu que son acception actuelle de « fabrique » : il visera aussi bien les services, comme l'exploitation d'une piscine (par une commune).

Ces subtilités de langage, dans le passage d'une langue à une autre singulièrement, peuvent emporter de profondes divergences dans la compréhension-interprétation des textes juridiques au sein des ordres juridiques plurilingues comme la Suisse, ou dans l'ordre international<sup>27</sup>.

Au titre du premier, dédié au génie génétique dans le domaine non humain, l'expression allemande « *Würde der Kreatur* » de l'art. 120 al. 2 Cst., traduite en français par « intégrité des organismes vivants », opère de la sorte passage d'une conception délibérément axiologique, quasi-théologique même<sup>28</sup> de l'animal, à une version froide, clinique, « sans âme », purement descriptive et scientifique. Seul le juriste enfermé dans une conception primaire de la langue comme simple vêtement de la pensée y lira des synonymes.

<sup>27</sup> Voir notamment, A. PAPAUX, commentaire *ad* article 33 « Interprétation des traités authentifiés en deux ou plusieurs langues », in *Commentaire des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 sur le droit des traités*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 1373-1402.

<sup>28</sup> « Kreatur », terme constitutionnel, rappelle le Préambule de la Constitution fédérale, précisément, et dans l'*invocatio dei* (invocation de dieu) « *Au nom de Dieu tout puissant !* », et dans la mention de « la Création ». L'art. 120 Cst. est rédigé, en italien, avec l'expression « *Dignità della creatura* ».

Au titre du second, une divergence fameuse et édifiante devait opposer les versions française et anglaise de l'art. 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (« CEDH », RS 0.101), disposition hautement symbolique en ce qu'elle porte sur l'« Interdiction de discrimination ».

La version française dispose : « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, *sans distinction aucune* [nous soulignons], fondée notamment sur le sexe [...] ». La version anglaise du « même » texte conventionnel s'avère bien plus souple, ouvrant la possibilité de régimes légaux fondés sur des *distinctions*, normalement interdites à suivre la lettre de la version française : « *the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground* [nous soulignons] *such as sex* [...] ». Toute *distinction* entre les individus est, en conséquence, permise pour autant qu'elle n'induisse pas de *discrimination* entre les destinataires de la règle juridique. La Cour européenne trancha en défaveur de la version française égalitariste, admettant la prééminence de la version anglaise, plus ouverte et surtout plus réaliste<sup>29</sup>.

Le droit international se déployant *entre* les nations, comme sa dénomination l'exprime, devait rendre explicite, peut-être plus que tout autre système juridique, le problème posé du *fait* que le droit est toujours une affaire de signification (*linguistic turn*). La médiation de la langue constitue le ressort même de l'art. 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111), dont le titre porte : « Interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues ». Chaque langue médiatisant à sa manière le réel, rien ne garantit que le signifié, moins encore la référence, des dispositions soit identique d'une langue à l'autre alors même que les États Parties visent bel et bien quelque engagement *commun*.

Paul Reuter l'avait rappelé avec beaucoup d'élégance, mais la doctrine juridique aura tôt fait d'oublier la hauteur du propos : « Le droit repose sur une certaine utilisation du langage humain ; ce dernier représente lui-même une accumulation d'expériences et de traditions collectives, correspondant à une mentalité concrète. Quand une collectivité humaine possède son langage propre, l'expression des règles juridiques dans ce langage s'opère tout naturellement. Mais la société internationale est une société de superposition : elle est séparée du milieu humain par l'écran des sociétés nationales ; la

---

<sup>29</sup> Cf. *supra*, note 27.

Communauté internationale n'a ni citoyens propres ni langue propre. Les règles de droit international trouveront leur expression, faute de mieux, dans les langues nationales ; il en résulte certaines conséquences : lenteur de la formation du droit, équivoque dans sa formulation, pauvreté et empirisme dans son expression. »<sup>30</sup>

La grande tâche du juriste lucide sera non pas d'instaurer l'univocité – puisqu'elle est étrangère au monde des hommes – mais de réduire, autant que faire se peut, cette équivocité... comme le tribunal tente de circonscrire l'incertitude par un degré de conviction qualifié dit « *beyond reasonable doubt* » selon les magistrats anglo-saxons... bel et bien *doubt* néanmoins.

---

<sup>30</sup> P. REUTER, sous « La société internationale et l'expression du droit », subdivision de son Cours général « Principes de droit international public » in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1961, tome 103, p. 435.



## **Titre II.**

**Circonscrire le droit : de la pluralité des définitions à la multiplicité des sources et des branches**



Cherchant à définir le droit, le juriste est confronté pour le moins à un double problème.

D'un point de vue externe, il doit trouver des critères lui permettant de saisir la *spécificité* du droit par rapport à d'autres ensembles *normatifs* comme la religion, la morale, les règles de la bienséance, la politique, etc., ensembles de règles qui eux aussi prescrivent certaines conduites aux individus et aux collectifs.

D'un point de vue interne, les juristes se révèlent incapables de proposer une définition du droit qui emporte l'unanimité ; on ne trouvera donc pas de définition univoque du droit ; de « *uni-voces* », une seule voix, tout aussi bien une seule voie, un sens unique, « même » pour tous.

Cette double difficulté oblige à multiplier les points de vue sur le droit, contraignant la recherche de la définition du droit à se déployer sur le mode de la *pluralité* et dans l'ordre de la *tentative*. Valéry, ancien étudiant en droit de la Faculté de Montpellier, nous avait averti avec lucidité de ce flottement autour de l'essence du droit (*supra*). Hart, juriste, l'un des plus célèbres théoriciens du droit de l'ère contemporaine, aboutissait au même constat. Il insistait gravement : « Il est peu de questions relatives à la société humaine qui aient été posées avec autant de persistance et qui aient fait l'objet, de la part de théoriciens réputés, de réponses aussi différentes, étranges et même paradoxales que la question "Qu'est-ce que le Droit ?" »<sup>31</sup>

Le juriste philosophe du droit ne conclurait pas différemment, montrant combien la multiplication des perspectives se révèle inévitable pour qui entend *circonscrire* (seulement) le phénomène juridique. C'est là toute la noblesse du droit, mais sa redoutable difficulté aussi bien, que d'articuler une pluralité de points de vue, celle des acteurs innombrables du droit, dans le dessein d'assurer une vie sociale pacifique et acceptable.

Le philosophe du droit helvétique du Pasquier laisse chatoyer la pluralité des perspectives que le droit doit embrasser et articuler en même temps, lesquelles appellent autant de qualités correspondantes chez le juriste, que la pénétration de la matière devrait rendre « honnête homme » : « Le droit, en effet, est un régulateur de la vie sociale dans lequel entrent des éléments multiples et

---

<sup>31</sup> H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. de Michel VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 13.

divers. À certains égards, c'est une création de l'esprit qui reflète un idéal ; à d'autres, il résulte des circonstances de fait. A certains égards, il exprime la volonté des gouvernants ; à d'autres, il traduit les mœurs du peuple. Pour le saisir et l'appliquer, il faut recourir tout en même temps à la grammaire, à la logique, à l'histoire, à la morale, à la psychologie, à l'économie politique, à la sociologie. Aussi, selon l'angle sous lequel on l'examine, se présente-t-il sous des aspects très différents. Suivant qu'on place l'accent sur l'un ou l'autre de ses éléments, sa physionomie change complètement. Il n'est dès lors pas étonnant qu'envisagé par des esprits très divers, dont chacun suit sa propre pente, le droit se dérobe à une conception unanime et que le désaccord règne lorsqu'il s'agit d'en définir la notion. »<sup>32</sup>

Modestement, comme il sied à une *introduction*, nous adopterons un nombre limité de perspectives, sélectionnées dans le but d'asseoir *a minima* le *positivisme juridique*, à savoir la doctrine philosophique qui anime l'enseignement ordinaire actuel du droit sous les espèces des diverses branches juridiques des programmes des facultés de « droit continental ».

Ainsi croiserons-nous une approche *scientifique* du droit, une approche *philosophique* et enfin une approche *juridique*. Aucune des trois ne s'avère suffisante à elle seule pour camper à satisfaction la spécificité du droit par rapport aux autres corpus de prescriptions cités (les « systèmes normatifs ») mais, prises ensemble, elles devraient nous permettre de circonscrire avec suffisamment de netteté les contours du droit, forts desquels nous pourrions entamer l'étude du *phénomène juridique* (que nous ne distinguerons pas ici du *droit*).

---

<sup>32</sup> C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux & Niestlé, Neuchâtel, Paris, 1998, p. 240.

## Chapitre 1. L'approche *scientifique*

Nous savons depuis la robinsonnade (cf. *supra* introduction) que le droit a trait aux relations entre deux ou plusieurs personnes (personnes physiques ou morales). Est-ce à dire que le droit concerne l'étude de n'importe quelle relation entre des personnes ?

Le bon sens conduit à penser que ces relations (*entre* deux ou plusieurs personnes) ne peuvent être étudiées que si elles présentent des *similitudes*, des éléments *communs*, des *règles* c'est-à-dire des *régularités*. Le mot « régularité » vient d'ailleurs du latin *regula*, la règle ; d'une expression simple : « ce qui revient le plus souvent » a-t-on appris d'Aristote (*supra*).

Or, toute science est fondée sur un ensemble de règles.

Aussi, le droit, dans une acception large, est-il en première approximation (« *prima facie* », soit « à première vue » en demeurant à la surface des choses), une *science*, la science des règles régissant les rapports entre les hommes (*Menschen*, les êtres humains) et faisant système : le Droit.

Cette définition s'avère toutefois insuffisante ; des rapports entre les personnes présentant une certaine régularité peuvent aussi être régis par la religion, l'éthique, la politique, l'économie, voire la politesse et autres canons de la civilité.

Dans la mesure où l'on admet que le droit est une *science*, il se présente comme une science *humaine, sociale, interdisciplinaire, relative* et *contradictoire* au sens rhétorique du terme, faite de la confrontation d'arguments.

### Section 1. Le droit comme science

Si le droit est science, ce sera au sens lâche de connaissance d'un certain nombre de règles c'est-à-dire de leur provenance, de leur élaboration, de leur but, de leur fonctionnement, et de leur disparition.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

### Sous-section 1. Régularités selon la *nécessité* ou régularités dans la *contingence* : le droit, affaire de *choix*

Toutes les sciences impliquent la connaissance de règles, à savoir de régularités. À la différence des sciences dites dures ou exactes, le droit n'est pas science de règles *immuables*, figées, *description* de relations dont le ressort est la *nécessité*.

Les relations *juridiques* ressortissent à un autre type de rapports, lesquels répondent au critère de la *contingence*.

Par contingent, nous entendons toute réalité qui pourrait être autre qu'elle n'est actuellement : d'avoir le nez camus ou musqué n'altère pas l'essence de l'homme qui peut en changer la forme le cas échéant ; ni la couleur des cheveux ; pas même le caractère hétérosexuel ou monogamique du mariage, comme nous le voyons dans l'histoire du droit ou le droit comparé ; la peine de mort n'a pas toujours été interdite, elle peut être réactivée ou, au rebours, abandonnée ; de même pour l'avortement ; etc. Tous ces cas de contingence offrent le *choix* et en sont issus, au rebours de la *nécessité*.

Même quand la loi interdit tel comportement, quand le choix est réduit à zéro c'est-à-dire à la stricte conformité de l'acte au modèle juridique, le destinataire a encore le *choix*, moral, personnel, de ne pas respecter la loi, de désobéir au droit : il le *peut*. Par contraste avec la loi de la physique ou de la chimie, que l'homme suit, qu'il le veuille ou non. Affirmer qu'il se « soumet » aux lois de la nature serait trop dire, la soumission résonnant déjà du côté du choix, supposant quelque volonté, à tout le moins la *possibilité* de faire *autrement*.

Ainsi le droit ne peut-il exister que face à des réalités non-nécessaires, soit contingentes : des réalités, sociales en l'occurrence, qui peuvent être autres qu'elles ne sont.

L'usage du même mot « loi » est malheureux, faisant accroire au juriste naïf qu'il pourrait exister une authentique « science juridique » constatant des rapports *nécessaires* entre les acteurs. Qu'il suffise de rappeler l'« état de nécessité » en droit pénal (exemplairement), qui vient laver l'infraction, motif pris, précisément, de ce que l'auteur ne pouvait pas agir autrement qu'il ne l'a fait dans la situation dans laquelle il était plongé. Cette absence de choix du point de vue *juridique* supprime sa *responsabilité* pénale le cas échéant : il ne *répondra* pas de cet acte (du latin *respondere*, dont découlent les deux mots,

répondre et responsabilité), qualifié de « licite » dans le cadre de l'art. 17 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1907, abrégé CP, RS 311.0).

*Regula* dit sans doute mieux la *réurrence* des réalités sociales que le droit (le législateur) tente de saisir pour établir la *loi* (juridique). Si le droit ne connaît pas de *nécessité*<sup>33</sup> et s'il existe des *exceptions* à la loi (juridique), alors on ne se trouve pas dans la sphère du *scientifique* : la loi physique ou chimique est *absolue*, elle ne connaît aucune exception. En d'autres termes, si une exception est attestée, alors la loi scientifique est invalidée, et l'exception cesse d'être telle puisque la loi est réduite à néant (à tout le moins à la non-pertinence).

Le juriste comme le législateur – ils ne se confondent pas, ni ne s'excluent – recherche néanmoins et de façon soutenue des *constantes*, des comportements sociaux qui reviennent « le plus souvent » pour instaurer une certaine stabilité, quelque ordre malgré la contingence et en son sein même ; la contingence sociale s'avère relative et non absolue. Ainsi en va-t-il avec « le cours ordinaire des choses [sociales] », expression déterminante dans le cadre de la causalité juridique pertinente (dite « causalité adéquate ») pour arrêter une responsabilité, ou encore « l'expérience générale de la vie », dans le même cadre, toutes expressions du TF disant quelque régularité dans la contingence.

C'est affirmer que les règles qui composent le droit sont élaborées par les hommes, pour les hommes, fonction de leurs propres besoins, eu égard à la société qu'ils forment, en un temps et en un lieu donnés, parce qu'elles résultent de *choix*.

Même les valeurs les plus fondamentales de notre ordre juridique, à savoir les règles constitutionnelles, furent modifiées de manière « totale » à trois reprises dans notre histoire récente : Constitution fédérale de la Confédération suisse de 1848, puis celle de 1874, enfin (pour un temps) celle de 1999 (entrée en vigueur en 2000).

Enfin, les hommes étant des êtres *finis*, limités dans leur capacité de connaissance et par conséquent dans leur faculté de prévision, les règles juridiques seront par nature *changeantes* et *variables*.

---

<sup>33</sup> Sauf « état de nécessité » dont on a vu qu'il gelait en quelque sorte l'application normale du droit, constituant une *exception* (rare) au cours ordinaire du droit.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

## Sous-section 2. Des règles juridiques *variables*

Les règles juridiques sont dites *variables* en ce qu'elles divergent *dans l'espace*, d'un ordre juridique à un autre.

L'adage romain *mater semper certa est*, par exemple, a valeur juridique en droit suisse, à savoir qu'un lien de filiation juridique est automatiquement établi entre l'enfant et la mère : *la mère est toujours certaine* pourrait-on traduire en français. Cette maxime n'a en revanche pas de portée juridique en droit français, lequel connaît « l'accouchement sous X » permettant à la mère d'accoucher sans qu'aucun lien de filiation juridique ne soit établi de par cet évènement lui-même. Par cette figure juridique, le législateur français cherchait à éviter les avortements sauvages, illégaux et clandestins, provoquant de très nombreuses morts. Ou encore, le don d'organes est-il présumé en droit français alors qu'il doit être expresse en droit suisse.

Ou plus subtilement, la règle juridique demeure en apparence la même, les *signifiants* constituant sa lettre sont identiques, soit un même *texte*, alors que la *pratique* de la règle *varie* d'un lieu à l'autre.

Le code civil suisse a partiellement été repris en Turquie, au temps d'Atatürk, mais sa *pratique*, c'est-à-dire l'interprétation qui a été donnée aux signifiants pourtant identiques dans les deux ordres juridiques, n'a cessé de diverger compte tenu des différences politiques, philosophiques, religieuses, sociales, et autres entre les deux sociétés. Français et Belges eurent en commun le même texte de codification du droit privé, le fameux Code Napoléon, lequel connaît des interprétations différentes alors même que les deux sociétés sont bien plus proches que celles turque et helvétique.

Les réalités sociétales étant différentes d'un canton à l'autre, une même règle juridique (typiquement un *texte* de droit fédéral) pourra connaître des interprétations différentes variant *en pratique* d'un lieu à l'autre de l'Helvétie alors qu'*en théorie* la règle juridique est uniforme.

Ainsi en va-t-il du code pénal suisse, dont l'extrême importance politique et morale (puisqu'ayant trait au « bien vivre ensemble » comme tel) n'empêche aucunement de grandes disparités cantonales. L'art. 119 CP, portant « Interruption de grossesse non punissable », prévoit que : « Le médecin doit au préalable s'entretenir lui-même de manière approfondie avec la femme enceinte et la conseiller » (art. 119 al. 2 CP *in fine*). Des comparaisons sociologiques ont révélé de sensibles différences entre cantons d'obédience

protestante ou catholique dans les conseils prodigués aux femmes enceintes, plus ou moins favorables à l'avortement suivant la couleur religieuse cantonale, un « tourisme de l'avortement » (disait-on) en voie de résorption.

Dernier exemple, le Tribunal fédéral souligne de manière constante le « large pouvoir d'appréciation » laissé aux juridictions cantonales en matière de quotité de la peine en droit pénal, droit fédéral uniforme en bonne théorie (par exemple, ATF 123 IV 150).

### Sous-section 3. Des règles juridiques *changeantes*

Les règles juridiques sont dites *changeantes* en ce qu'elles se modifient au cours du temps.

Même notre norme fondamentale, à savoir la Constitution fédérale de la Confédération suisse est frappée par l'historicité de tout phénomène social ; l'ère moderne en connaît déjà trois : 1848, 1874 et 1999, avons-nous vu.

Changement dans le temps pour les droits de l'homme également : de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de la Révolution française en 1789 à la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, laquelle ne fait plus mention du citoyen, en passant par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, elle-même « doublée » par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1948), la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, la Déclaration sur les droits de l'homme en Islam de 1990, la Charte arabe des droits de l'homme de 1994, enfin la Déclaration des droits humains de l'ASEAN (Association des nations de l'Asie du sud-est) de 2012, en 70 ans seulement. Ou encore la peine de mort, monnaie courante dans les codes pénaux occidentaux d'après-guerre, abolie dans la plupart des ordres juridiques de droit continental (*civil law*). Ou pour reprendre l'exemple de *mater semper certa est*, avec les dons d'ovocytes et les mères porteuses : est-on encore sûr que la mère, juridique comme biologique, est bien la femme du corps de laquelle l'enfant est expulsé ?

Des institutions juridiques pluriséculaires, voire millénaires, ont pu varier en quelques mois dans les codes, sans que l'*ordre* juridique ne s'effondre pour autant. Le mariage consacrait exclusivement, depuis près de deux mille ans, l'union d'une seule femme et d'un seul homme. La très catholique Espagne y ajouta, sans heurts majeurs le 3 juillet 2005, le « mariage homosexuel » ; la France, dite « Fille aînée de l'Église » adopta à son tour, quelques années plus

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

tard (2017), le « mariage pour tous », sans renversement du *système* juridique mais contre la position du Vatican. Le droit est affaire de *choix*, disions-nous.

Si les réalités sociales sont contingentes, comment se fait-il que le droit puisse y découvrir quelque ordre ou parvienne à le leur imposer ? N'est-ce pas qu'au sein de ces contingences s'exercent certaines constantes suffisamment *régulières* pour être saisies par une *règle* juridique (*regula*, d'où régularités) ? Derrière la tautologie apparente d'une « constante régulière », on découvre que des régularités structurent le droit, et surtout la loi, répondant au critère épistémologique du « le plus souvent », comme l'affirmait déjà Aristote, et non pas du « absolument » de la science dans son acception naïve.

#### Sous-section 4. Ordre et valeurs

On désigne traditionnellement ces constantes par le mot de « valeurs », lesquelles traduisent des références morales, philosophiques, religieuses, politiques, économiques, etc., que le droit rend *prescriptives*, de manière plus ou moins contraignante, en les assumant dans ses dispositions, légales notamment.

Ainsi l'ordre juridique suisse est-il habité par les idées de démocratie, de juge naturel, de structure fédérale, d'État de droit, de société libérale, de solidarité (une assurance-vieillesse et survivants (AVS), un système de péréquation financière ; une armée de milice ; un service civil ; etc.), de parlement de milice ; pays attaché à la tolérance religieuse, au plurilinguisme, au respect des minorités, à la beauté des vaches et des montagnes, à l'économie de marché, etc. Le vibrant *Préambule* de notre Constitution en mentionne les plus inspirantes, si ce ne sont les plus édifiantes.

Ces valeurs sont cruciales pour le droit. Littéralement, elles le fondent, sont « au principe » de l'ordre juridique, *princeps* c'est-à-dire premières. Nous les retrouverons au titre des *sources matérielles* du droit.

Les valeurs scandent toutes les étapes d'une vie humaine, dans maints de leurs aspects : tous les hommes (au sens d'humains évidemment) descendent d'une femme (*mater semper certa est*) et d'un homme, doivent se nourrir, s'abriter, gagner leur pain (le travail) voire l'éternité (en « faisant » des enfants notamment), se soigner puis dépasser : « chaque institution des droits internes

– fût-ce la plus particulière – constitue une réponse à des problèmes qui sont universels »<sup>34</sup>.

Par où le droit se découvre branche éminemment *pragmatique* à savoir s'occupant des *pragmata* : des choses concrètes, des « existants », ce qui existe *hic et nunc*, là, sous nos yeux ou sous le regard de notre intelligence : telle relation familiale, tel acte de violence, telle pollution du lac ou de ce fleuve, tel site internet, *et caetera*<sup>35</sup>.

Prolongeant cette veine pragmatique précisément, les règles de droit se proposent aussi de régir, en sus de ces différents *états*, les *échanges* entre égaux mais tout aussi bien les relations entre faibles et forts, entre gouvernés et gouvernants, les uns et les autres poursuivant des intérêts divergents que le droit s'ingéniera à articuler.

Ces intérêts, ces évènements, ces valeurs ont existé de tout temps. En ce sens, le droit est une très vieille et fort vénérable « science » qui n'a de cesse de changer (*ubi societas ibi jus*) et pourtant demeure toujours en quelque sorte la « même ».

D'où l'intérêt, pour l'*actualité* même du droit, des branches historiques comme de culture juridique (philosophie du droit, droit comparé, droit romain, histoire du droit, etc.) qui donnent à voir, sous les variations et changements, la *continuité* du droit.

## Section 2. Le droit comme science *humaine*

Le droit est une science portant sur les *relations humaines* et non sur les phénomènes naturels. Déjà les Grecs opposaient *nomos* et *physis* (*phusis*), ce qui relève de la cité, de la culture, de la norme, lié au choix, par contraste avec ce qui relève de la nature, de la loi scientifique, de la nécessité. L'homme n'a rien à *décréter* dans le domaine de la nécessité ; constater et décrire devraient suffire à sa peine.

---

<sup>34</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, Paris, 2006, p. 169.

<sup>35</sup> Dans un esprit aristotélicien, *pragmata-pragmatique* en grec, donnant « pragmatique », désigne les réalités dont l'homme en tant qu'être incarné peut faire l'expérience concrète parce qu'elles sont commensurables au monde matériel, configuré par nos sens, ou au monde intellectuel, configuré par l'applicabilité des idées ou des théories

La science contemporaine s'avère en réalité plus nuancée : la description vient souvent ensuite d'une provocation (et non plus d'une simple observation) du phénomène naturel par le savant, le scientifique n'étant plus guère cet être objectif, neutre, passif, se contentant de constater et formuler les réalités. En tous les cas, la science se gardera (autant que faire se peut) du *prescriptif*, cherchant à mettre sa démarche à l'abri des jugements de valeur, en d'autres termes des *choix*. Elle œuvre, en bonne théorie, dans l'ordre du seul *descriptif*.

Le droit n'est toutefois pas une « science » (en un sens plus lâche que décrit à l'instant) ayant pour objet l'homme comme tel. Il considère néanmoins les études portant sur l'homme, sa nature, sa culture, ses valeurs.

Une règle de droit élaborée de façon purement théorique, c'est-à-dire sans tenir compte des connaissances acquises sur l'homme concret, tel qu'il existe et agit *hic et nunc*, s'abîmerait sans guère attendre dans l'injustice.

On pourrait entendre aussi de cette façon l'adage latin attribué à Cicéron : *summum jus summa injuria* : le droit à son comble (le plus souvent une loi) c'est-à-dire interprété dans toute sa rigueur mais avec un manque de considération pour les réalités sociales ou la singularité du cas concerné, menace de s'abîmer dans l'injustice ; en particulier quand la conformité à la lettre de la loi en viole l'esprit. Le raisonnement par l'absurde est particulièrement bien indiqué pour révéler le sens de l'adage ; d'autant que, malheureusement, le droit n'est pas exempt d'injustice, par trop de juridisme.

Prenons, par hypothèse et caricature, la loi « sur les 35 heures », réglementation française limitant à 35 heures le temps hebdomadaire de travail. Imaginons un chirurgien débutant une opération à sa trentième heure de travail de la semaine. Arrivé à la 35<sup>ème</sup> heure de travail, se trouvant au milieu de l'opération, peut-il l'interrompre, motif pris de ce qu'il violera la loi s'il poursuit son intervention jusqu'à son terme ? S'il adoptait pareil comportement, il commettrait grande injustice ; pourtant, cette action serait *conforme* à la *lettre* de la loi sur les 35 heures<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Nous distinguerons ultérieurement la *lettre* de l'*esprit* de la loi (voir art. 1 al. 1 CC). C'est déjà entendre que la *lettre* de la loi – en toute rigueur les seuls *signifiants* – est insuffisante par elle-même pour connaître le *sens* de la loi, si tant est que le sens d'un énoncé se trouve dans le texte lui-même... Sur l'idéalisme naïf de cette position, voir Partie I.

Imaginons une discothèque sur la porte d'entrée de laquelle figure la mention : « carte d'identité obligatoire ». Vous vous y rendez un soir, muni de votre passeport ; ce dernier n'étant pas une « carte d'identité », le gardien (dit « videur ») vous en refuse l'accès. N'était-il pas clairement mentionné « carte d'identité » ? Mais le passeport ne remplit-il pas les mêmes fonctions d'identification que la carte d'identité, voire davantage ? Dès lors, ne permet-il pas *a fortiori* l'entrée dans la discothèque ? Quid si le videur demeure aussi buté que la porte fermée ?

Nos sociétés contemporaines, fort complexes, multiplient les lois afin de rendre justice à l'époustouflante variété des problèmes sociétaux. On produit en France plus de deux mille lois, circulaires ministérielles, décrets et autres règlements chaque année, autant que la Rome antique dans son millénaire d'existence (pour autant que l'on puisse comparer les actes juridiques de la première et de la seconde). Le citoyen ou l'avocat habile n'éprouvera pas si grande difficulté à trouver des normes contradictoires ou mal articulées : *summum jus, summa injuria* menace.

Dernier exemple d'un droit si strict, si mécanique, qu'il conduit à l'injustice : la loi du Talion, « œil pour œil, dent pour dent ». Elle est attestée dans le Code de Hammourabi (texte juridique babylonien datant de 1750 av. J.-C. env.) et mise en scène dans les *Euménides* d'Eschyle pour être dépassée par l'instauration de l'Aréopage dont les jugements ne sont plus mécaniques, un œil pour un œil. L'Ancien testament<sup>37</sup> la connaît aussi, ayant soin de lui apporter des tempéraments afin d'en briser l'automatisme. La loi du Talion ne conduit-elle pas *en pratique* à de criantes injustices dans l'hypothèse où elle aurait existé dans son interprétation littérale ? Est-elle juste, *jus* soit « juste » ? Qui a crevé un œil à son voisin *accidentellement* doit-il en toute justice s'attendre à ce qu'un œil lui soit crevé *sciemment* et *froidement* ?

L'évolution du droit pénal reflète, à l'encontre de cette automatisme de la représaille, la prise en compte des circonstances particulières du cas examiné d'une part, de la personnalité de l'auteur du crime (ou du délit) d'autre part. Ainsi le juriste peut-il expliquer avec une parfaite cohérence pourquoi des crimes similaires commis par X à un endroit du canton et par Y le lendemain dans un autre lieu du canton aboutissent cas échéant à des peines allant du simple au double, comme elles sont prononcées en matière de viol ou de

---

<sup>37</sup> Livre de l'Exode (Exode 21, 23-25), Lévitique (Lévitique 24, 17-21) et Deutéronome (Deutéronome 19, 21).

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

meurtre ? Le principe de l'individualisation de la peine serait-il vraiment un ferment d'injustice ? Les gens de robe comme les juristes se refuseront à telle idée ; le « laïc » y succomberait peut-être plus aisément, tout en rejetant, pourtant, la loi du Talion... Ne doit-on pas considérer, pour la fixation de la quotité de la peine, par exemple l'âge de l'auteur, de la victime, l'absence ou pas de faute, la perversité de l'acte, etc. et donc ne pas s'en tenir au seul résultat de l'action délictueuse ?

### **Section 3. Le droit comme science sociale**

Le droit n'a de raison d'être que par rapport à la *coexistence pacifique* de deux ou plusieurs personnes.

#### **Sous-section 1. Le tout est plus que la somme des parties : esquisse de *bien commun***

La présence de deux personnes (ou davantage) induit des *relations* à l'endroit desquelles résonne l'adage *ubi societas ibi jus*. Ayant une société, il faudra organiser la coexistence pacifique de ses membres, dans la lumière de quelque « bien commun » désignant les intérêts du collectif comme *un tout*, différent des intérêts des membres.

En effet, et contrairement à un utilitarisme trivial qui ne permet pas d'ordre stable, le bien commun ne se réduit pas à la simple somme des intérêts des particuliers ; d'une formule logique : le tout est plus que la somme des parties.

L'internement administratif, lequel n'est pas une *peine* de droit pénal mais une *mesure* (encore des subtilités de langage), est prononcé pour le bien de la société en première ligne, pour la protection de l'administré visé en seconde ligne, en théorie tout du moins. L'affaire Polanski fait voir avec plus d'acuité encore cette idée d'un troisième terme, le bien du collectif comme tel, en sus des intérêts propres de chacun des membres du collectif considéré. Auteur d'abus sexuels graves sur une mineure, droguée dans ce dessein, commis en mars 1977 aux États-Unis, Roman Polanski a fui ce pays afin de se soustraire au procès pénal lequel, aux dires de l'auteur, manquait d'impartialité eu égard à la situation politique de l'époque. Réfugié en France, État dont il détient la nationalité, Polanski ne peut être extradé vers les États-Unis, selon un principe général du droit selon lequel un État n'extrade pas ses nationaux. Arrêté lors d'un séjour en Suisse, les États-Unis formulèrent une demande d'extradition plongeant les autorités helvétiques dans un profond embarras. Nombre de

médias crièrent au scandale, et pour l'arrestation et pour l'extradition désormais envisageable de l'auteur du crime. Cette bienveillance médiatique notamment, à front renversé par rapport aux mœurs actuelles ayant conduit à l'imprescriptibilité des actes sexuels sur mineur, était notamment motivée par le pardon accordé par la victime, souhaitant que l'affaire cesse et qu'on la laisse en paix.

Dans ce débat, deux *données juridiques* sont négligées.

En premier lieu, à suivre la technique juridique procédurale, la victime n'est pas par soi et en soi « partie plaignante » au procès pénal, qui aura de toute façon lieu même si la victime ne se déclare pas telle. Dit autrement, la victime n'est pas le seul lésé<sup>38</sup>. Par conséquent, sauf si l'infraction n'est punissable que sur plainte, les vœux ou attentes de la victime ne sont pas pertinents sur le principe même du procès ; le pardon de la victime en particulier n'a juridiquement aucun effet sur la validité et la légitimité du principe du procès pénal ; ils peuvent en revanche avoir des conséquences sur la quotité de la peine. Le couple société (État) et auteur de l'infraction est si prépondérant que le législateur cherche à rééquilibrer quelque peu la balance en faveur de la victime, une ligne de force dans le développement à venir du droit pénal.

En second lieu, quand bien même le droit pénal tient-il compte, peu ou prou, des intérêts de la victime, ces derniers ne sauraient épuiser les intérêts *autres* que poursuit la société comme telle dans un procès pénal conduit au nom d'un *bien commun*, figure juridique que l'on n'ose plus guère invoquer dans un univers individualiste mais qui n'en demeure pas moins opérante.

Autre illustration de ce que « le tout est plus que la somme des parties » : l'Union européenne ne se réduit pas à la simple somme de ses États membres, elle agit en propre, bénéficiant d'une personnalité juridique différente de celle des États membres, ayant par exemple ratifié la Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe alors que tous ses États membres en étaient déjà des Parties contractantes.

---

<sup>38</sup> D'après l'art. 118 al. 1 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (« CPP », RS 312.0), on entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil ; d'après l'art. 104 al. 1 let. b CPP, la « partie plaignante » a qualité de partie, ainsi que le prévenu et le ministère public. La victime est « techniquement » un cas particulier de « lésé » (art. 116 CPP), à côté d'autres lésés et d'autres parties à l'action judiciaire.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

La créature du docteur Frankenstein, elle-même souvent dénommée par erreur Frankenstein, illustre le ressort épistémologique d'un « tout » ne se réduisant pas à la somme des parties : elle n'existe pas du simple rassemblement de deux jambes, deux bras, un tronc et une tête, mais s'anime par l'apport mystérieux de quelque énergie, étincelle électrique ou éclair, renvoyant implicitement aux conceptions aristotélicienne et platonicienne de l'âme en particulier, de l'étincelle divine qui anime l'homme et le rend différent des autres animaux.

## Sous-section 2. Le droit entre descriptif et prescriptif

La sociologie – entendue ici au sens large de « science du sociétal » – tente d'explicitier les besoins de l'homme vivant en société. Pour être conséquent et cohérent, le droit devra tenir compte de ces enseignements et s'y *adapter*, sous peine d'édicter des règles inutiles ou inapplicables.

En effet, le droit est d'une part une *pratique (praxis)*, il considère d'autre part *l'homme incarné* ici et maintenant, deux assomptions de la finitude humaine au principe de l'action juridique.

Toutefois, en tant que *science sociale*, le droit pose un problème particulier : il n'est pas seulement *descriptif* mais surtout *prescriptif* ; il ne se contente pas de constater et décrire le réel (social) mais émet des jugements (sous-entendus *jugements de valeur*), affirme des *choix* à son endroit sous forme de *normes* : le droit est *normatif*.

Le droit se situe ainsi entre deux attracteurs, qui sont autant de tentations : découle-t-il purement et simplement de la société, sorte de résultante mécanique des forces sociales s'exerçant au sein de la cité, dont il ne ferait qu'épouser les besoins ? Ou sera-t-il utilisé pour façonner la société, selon les desseins du législateur (ou du juge), manière de *social engineering*, de pilotage des relations sociales par le ministère des normes, suivant les lumières ou le bon plaisir des gouvernants ?

Une fois encore en droit, tout est affaire de *mesure*, en l'occurrence de *commensurabilité* entre le prescriptif du droit et le descriptif du social (ou sociétal) : le devoir-être ou *sollen* doit être proportionné – en proportion avec, « com-mensurable » – à l'être ou *sein*.

Le droit ne saurait être aligné sur le *sein* ; il ne prescrirait plus rien, se contentant de constater les réalités sociales, doublant inutilement la sociologie (au sens large) dans les constantes qu'elle aura dégagées le cas échéant.

Il ne saurait être non plus pur *sollen*, un prescriptif sans lien aucun avec le *sein* (la réalité sociale), s'exposant par cette artificialité – une superficialité tout aussi bien – à édicter des normes qui ne seront pas applicables, à tout le moins pas appliquées.

Où l'on retrouve la sagesse de la pensée aristotélicienne, sa prudence – et les juristes, verrons-nous, l'exercent, en particulier sous les espèces de la « *jurisprudence* » – souvent moquée par les esprits qui, précisément, manquent de mesure : ni trop ni trop peu.

L'Irak contemporain, après les deux guerres récentes diligentées par les États-Unis, se vit imposer une Constitution, élaborée par les meilleurs constitutionnalistes occidentaux dans la vision du président américain de l'époque, George W. Bush. Cette constitution à l'« occidentale » prolonge l'instabilité sociale du pays par son incommensurabilité aux mœurs, coutumes, et valeurs les plus profondes de ses habitants. Ainsi l'idéologie – qui correspond à des *idées* donc sans garantie aucune de rencontre avec le *sein* – du *State building*, variante du *social engineering* à l'échelle internationale, est-elle démentie par la pratique, pour cause de manque de commensurabilité précisément.

### Sous-section 3. Éducation du citoyen et acceptabilité de la norme

Il arrive de nos jours, et de plus en plus souvent, que le législateur cherche à éduquer la population au moyen du droit ; renouant, sans le savoir, avec la conception antique (grecque) de la législation dont le but était de rendre bon le citoyen, de lui faire contracter de bonnes mœurs et de saines habitudes. Cette portée pédagogico-éthique du droit contemporain transparaît en matière de santé publique ou d'environnement, éminemment.

Un tri rigoureux des déchets est ainsi induit par la taxe au sac dans les cantons. Les nouvelles constructions vaudoises doivent être réalisées de sorte à garantir un approvisionnement en énergie renouvelable à hauteur de 20% pour l'électricité, de 30% pour l'eau chaude sanitaire, de 50% pour la climatisation de confort, etc<sup>39</sup>. Les barèmes cantonaux des taxes automobiles sont indexés sur le poids, la puissance ainsi que le type de moteur (électrique, hybride,

---

<sup>39</sup> Art. 28 a al. 1 et 2 et 28 b. al. 1 de la Loi sur l'énergie du 16 mai 2006 du canton de Vaud (« LVLEne », BLV 730.01).

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

atmosphérique, diesel à filtre à particules, diesel sans filtre), orientant l'acte d'achat.

En Suisse, en général, grâce au référendum notamment, une norme qui serait ressentie comme une pure contrainte, manière de commandement pour le commandement, peut faire l'objet de cette procédure d'évaluation et se trouver renversée par la volonté populaire.

Considérant de surcroît l'esprit de *consensus* qui meut les confédérés – lequel constitue au reste un élément essentiel du fédéralisme helvétique –, le *social engineering* au moyen du droit apparaît limité. Le volontarisme gouvernemental ne menace que peu les Chambres fédérales ou le peuple et les cantons suisses (en cas de votation).

Nous rencontrons ici l'un des ressorts les plus importants du droit (comme *praxis*), d'une exceptionnelle vivacité en droit suisse : l'*acceptabilité* de la norme, laquelle suppose à son tour la conception et l'élaboration du droit de manière inductive, ascendante, *bottom-up*.

On sait le droit suisse particulièrement pragmatique à ce titre, le *sollen* ne présentant que rarement de rupture profonde avec le *sein*, ouvrant à une large acceptabilité et souvent à une véritable acceptation de la législation. Sa commensurabilité est assurée en premier rang dès les projets voire pré-projets de lois (fédérales), par les *procédures de consultation* : les milieux intéressés par la future législation sont invités à se prononcer sur l'esquisse légale soumise aux associations, aux partenaires sociaux, aux partis, aux cantons, aux universités, etc. (*infra* Titre III, Chapitre 2, Section 1).

Ainsi s'explique le sempiternel « retard » du droit qui exaspère tant les non-juristes et nous vaut souvent les aimables qualifications de « conservateurs » voire de « réactionnaires ». Alors qu'il s'agit avant tout de respect du politique, lequel n'est précisément pas le juridique.

La confusion est si fréquente qu'elle précipite en des formules toute faites, et mal faites : « plus il y a de juristes, plus il y a de lois » ; et surtout, « ces juristes qui font les lois ! » Sauf à se méprendre sur l'esprit de la démocratie, les lois relèvent du législateur (et pas *comme tel* du judiciaire, ni de l'exécutif), sans doute aidé, conseillé, guidé par l'administration (exécutif) et en son sein par une cohorte de juristes pour ce qui a trait à la *technique juridique*. Mais la technique juridique n'est jamais que le *moyen du droit*, un droit *choisi* dans ses principes et ses valeurs par le législateur (*infra* Titre III, Chapitre 2). Ce

dernier compte au reste de moins en moins de juristes parmi les parlementaires.

Le tissu légal étant de plus en plus serré, le système juridique de plus en plus dense, il devient sans doute très difficile de n'en pas passer par les fourches caudines de la technique juridique, que l'on se gardera toutefois de réduire à la finalité du droit et de son étude par conséquent.

La *technique* est par nature un *moyen* ; on ne le répètera jamais assez. Il n'est de plus funeste erreur que de prendre le moyen pour la fin, le *comment* pour le *pourquoi*, l'*instrument* pour l'*action* qu'il permet.

#### Sous-section 4. Une commensurabilité remarquable aux réalités sociales : le statut de l'animal

S'adaptant aux réalités sociales sans sombrer dans les effets de mode, le droit suisse n'a pas manqué de modifier le statut de l'animal qu'une urgence sentimentale irrésistible ne rendait plus guère tenable. Les juristes de tradition romaine divisent le monde en personnes, choses, actions et, parmi les choses, consacrent la *summa divisio* entre meuble et immeuble.

Par « *summa divisio* », le juriste entend une division cardinale, structurant la pensée juridique, organisant l'ontologie des êtres juridiques<sup>40</sup>, ici la distinction entre les choses mobilières et les choses immobilières.

Les premières, meubles, mobiles donc, peuvent être déplacées ; les secondes, immeubles, par définition immobiles, sont rivées au sol. La qualification juridique classique (romaine) de l'animal le désignait comme chose mobilière ou « meuble ». Un meuble ne peut que difficilement être le siège d'une profonde et émouvante affectivité, sauf pathologie du sujet : le meuble n'a pas d'âme.

Pour prendre la mesure de l'attachement affectif puissant de l'Helvète à son animal, le législateur suisse - non sans lien aussi avec l'opposition à l'expérimentation animale - a décidé, c'est-à-dire *choisi*, de sortir l'animal du

---

<sup>40</sup> L'« ontologie juridique » est la science (au sens de *logos*, -logie, soit science, discours, argument, réflexion, parole) des êtres en tant qu'ils *sont* dans la *sphère juridique*. Par exemple quel est le mode d'être de l'animal en droit, qu'est-ce qu'il est (*quiddité*) dans le monde juridique. Il fut « meuble » des siècles durant ; son être a reçu récemment une autre quiddité ou essence juridique, que nous exposons au texte.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

règne des choses sans âme, les meubles en l'occurrence, et de découper le *monde juridique* (son ontologie) autrement, pour élaborer l'animal en catégorie juridique propre, entre la personne et la chose, selon l'art. 641a CC.

L'al. 1 est sans équivoque : « Les animaux ne sont pas des choses. » Mais peut-on d'un tour de mains, levées lors d'un vote majoritaire, renverser deux mille ans de tradition romaine, sédimentée dans des millions d'actes juridiques de toute nature ? L'al. 2 y répond très pragmatiquement, mais sans révolution aucune : « Sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux. » Les esprits chagrins y reconnaîtront le divin esprit révolutionnaire : « tout changer... pour ne rien changer ».

Parmi ces animaux-« non-choses », le législateur *sélectionne* donc *distingue*, ou en français précis *discrimine*, encore ceux « qui vivent en milieu domestique » (art. 651a al. 1 CC) par exemple, proximité avec les « bipèdes sans plume » les mettant au bénéfice d'un traitement spécial, « de faveur », par rapport au régime normal des « choses ». Ils seront par exemple attribués en propriété exclusive en cas de fin de copropriété, pour cause de divorce par exemple, échappant à la vente aux enchères (et répartition de la recette) ou au partage en nature douloureux pour la bête en question (chien ou chat souvent), sauf à organiser un « *time sharing* » s'il ne contrevient pas au bien de l'animal.

Que le droit accuse quelque retard sur les habitudes sociales et les mœurs ne pose pas en soi problème : il n'a pas à en être le simple enregistrement.

La situation devient plus délicate dès lors que la société considérée change en permanence et de façon sensible.

Le droit ne saurait épouser tous ces changements, trait pour trait, et en temps réel, sans mettre en danger d'une part la *sécurité juridique*, à savoir l'assurance d'une certaine permanence dans les rapports sociaux, corrélativement d'une certaine prévisibilité ; d'autre part, sa *crédibilité*, la confiance qu'il inspire, ressort essentiel de son respect.

Il n'y a dès lors rien d'étonnant à constater que les juristes sont plutôt d'attitude conservatrice *en tant que juriste* – ce qui n'empêche ni un esprit « progressiste » ni une vie autre que celle juridique – comme la vulgate se plaît à le souligner, en toute superficialité.

La *sécurité juridique* et l'*ordre institutionnel*, quand ce n'est pas l'*ordre public*, dont le juriste est le garant, l'obligent à une certaine retenue, lui enjoignent prudence ; d'où le terme « jurisprudence », la prudence du droit (« *juris-prudentia* »)<sup>41</sup>.

Mieux, ce « conservatisme » non seulement ne constitue en rien un défaut mais encore reflète ce *qu'est le droit* (son *quid* ou *quiddité*, c'est-à-dire son essence) et ce que la société lui demande et en attend, dans sa mission comme dans ses ministres.

D'un mot, emprunté à la philosophe du droit Simone Goyard-Fabre, « Le droit véhicule [donc] par nature une exigence d'*ordre*. Elle en est l'âme, à la fois son principe et sa fin »<sup>42</sup>.

On se gardera d'oublier que le droit (dans sa quiddité) est une *praxis*, une *pratique*, s'occupant de *pragmata-pragmata*, de situations concrètes, *pragmatiques*, de *cas*. Le juriste dans sa fonction même de juriste n'a rien d'un utopiste ; rien ne lui interdit de l'être à titre personnel. Mais comme juriste bien éduqué, il sait que la justice n'est jamais qu'une affaire d'hommes, rendue par les hommes, parmi les hommes et pour les hommes, avec toute la noblesse et la médiocrité (*mediocritas*, moyen, peu élevé) que recèle la finitude humaine.

En résumé, caractérisant le droit comme *science sociale*, on n'entend pas que le juriste étudie la société ou les relations sociales pour elles-mêmes mais qu'il *utilise* les enseignements de la sociologie, de la politologie, de la psychologie, de la médecine, de l'économie, etc. afin d'assurer que les règles de droit, ainsi élaborées par voie d'induction (*bottom-up*), sont *adaptées* aux besoins réels de

---

<sup>41</sup> Cf. la définition d'Ulprien, dans le Digeste (« D ») 1, 1, 10, 2: « *Juris prudentia est divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* » (la définition est reprise telle quelle dans les Institutes de Justinien (*Institutes* 1, 1, 1)). Cf. aussi la traduction proposée par G. Falcone « La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1) » in *Annali del Seminario Giuridico*, 2004, vol. 49, pp. 43 ss., qui rend la définition d'Ulprien par « en se référant au droit [Falcone considère un génitif de relation], la prudence est l'ensemble de la connaissance de la nature des dieux et des hommes et, par conséquent, la prise de conscience du juste, qui doit être recherché, et de l'injuste, qui doit être évité ».

<sup>42</sup> S. GOYARD-FABRE, « La philosophie du droit » in A. JACOB (dir.), *L'univers philosophique*, PUF, Paris, 1989, p. 174.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

la société et appliquées « en connaissance de cause » ; en l'occurrence la *causa* du latin classique, « procès, affaire judiciaire, intérêts ».

#### **Section 4. Le droit comme science *interdisciplinaire***

En tant que science, humaine, sociale, le droit a toujours été *interdisciplinaire* au sein des sciences humaines.

Le développement constant de la technoscience, engendrant une plus haute complexité et une plus grande technicité de la vie quotidienne, et de la pratique en général, dans des ensembles toujours plus vastes et toujours plus reliés (interconnectés), obligent le juriste à n'être point *que* juriste.

Considérons le droit de l'environnement, par exemple. Comment s'y rendre acteur juridique efficace, comme avocat, notaire, juge administratif, juge civil, arbitre, fonctionnaire d'un département de l'environnement, sans avoir la moindre idée de la science, en particulier de l'écologie au sens de science des niches (des habitats), de ses controverses, de ses enjeux : qu'est-ce que l'effet de serre ? Et le CO<sub>2</sub> ? Peut-on le capter ? Si oui, à quelle échelle ? Qu'est-ce qu'une taxe carbone ? Qu'est-ce qu'un « environnement sain » ? Quel est le champ d'application *juridique* du principe de précaution ? Qu'entend-on par des « dommages *graves et irréversibles* » à l'environnement ?

Le juriste qui se destine à lutter contre la criminalité en col blanc ne devra-t-il pas connaître un minimum de gestion de l'entreprise, comprendre les flux financiers, la comptabilité, l'informatique, les techniques fiscales, les méthodes d'investigations des sciences criminelles, ce qu'est une trace, un indice ou encore une preuve scientifique ?

L'avocat d'affaires ou le notaire, spécialisé dans les fusions de sociétés, ne devra-t-il pas maîtriser ce qu'est un bilan, ce qu'il révèle et ce qu'il masque, avoir une certaine idée de ce qu'est la concurrence au sens juridique du terme, un marché libre, les pratiques bancaires, le secret bancaire et autre secret professionnel ?

En vérité, il est *pratiquement* impossible de rencontrer des différends juridiques qui ne mobilisent pour l'élaboration de leur solution un savoir interdisciplinaire, *a minima* entre les branches du droit concernées.

## Section 5. Le droit comme science de la *relativité des choses*

Science « pointue » et à ses pointes très précise, le droit n'en est pas moins entièrement pénétré de *relativité* mais non de *relativisme* puisqu'il n'a de cesse d'affirmer des valeurs et, partant, de les hiérarchiser. Nous aborderons cette relativité intrinsèque sous trois perspectives.

### Sous-section 1. Relativité « en soi »

Le droit se construit sur des bases sémantiques (signifiés et donc références) « ouvertes », dites en anglais « *open textures* ». Le célèbre juriste Herbert Hart a montré à suffisance que tout texte législatif est de « texture ouverte » et, partant, ne peut être clair en soi. Il y a là une impossibilité *logique* relativisant, pour la reléguer à l'extrême marge, la doctrine dite du « texte clair » soutenant qu'il existerait des textes clairs en eux-mêmes et par eux-mêmes, « objectivement » clairs qui, partant, ne nécessiteraient aucune interprétation (Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation).

La « relativité en soi » signifie avant tout que les notions fondamentales du droit sont *ambivalentes* pour le dire selon une voix négative ; sont polysémiques pour le dire selon une voix positive.

La « dignité humaine », bien que (ou plutôt parce que) matrice de toutes les libertés fondamentales à considérer sa position première (parmi les droits fondamentaux) dans la Constitution fédérale, n'est pas même définie à l'art. 7 Cst.

Trouve-t-on dans la loi une description des « bonnes mœurs » ? De la « bonne foi », que l'art. 2 CC mentionne, en en tirant des conséquences juridiques importantes sans jamais la définir ? Quid du *bonus pater familias* ? Les notions de « raisonnable », de « défaut de prévoyance » ou d'« imprévoyance coupable », d'« ordre public », de « diligence », d'« équitable » et, au fondement de tout l'édifice juridique, celle de « sentiment de la justice et de l'équité » telle que rappelée par le Tribunal fédéral dans le cadre de la définition de l'arbitraire<sup>43</sup>, demeurent quelque peu évanescents.

---

<sup>43</sup> Arrêt 2C\_1060/2016 du 13 juin 2017, c. 2.2 : « Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le

Même le ressort du *raisonnement juridique* demeure rebelle à une définition univoque avec une élucidation intégrale (permettant l'algorithme cas échéant). A l'exemple canonique du « raisonnement par analogie », mode de pensée omniprésent en droit et jamais défini, qui se décline de surcroît en de nombreuses formules équivalentes, laissant une grande marge d'interprétation au juge, par exemple à l'art. 641a al. 2 CC, le « également valables ».

Le *raisonnement par analogie* se compose d'une part d'une analogie, d'autre part d'un jugement. L'analogie est une opération intellectuelle de mise en relation de deux entités qui présentent entre elles des ressemblances *et* des dissemblances. D'un point de vue cognitif, l'analogie se situe entre le parfait « même », soit l'identité, et le tout « autre » ne permettant aucun rapprochement possible des deux entités. Le jugement se pose alors sur ce mélange de ressemblances et de dissemblances. Ou il *décide* que les premières l'emportent en pertinence, et l'analogie est affirmée existante ou établie ; les règles régissant la première entité deviennent alors « également valables » pour la seconde, sans être identiques pour autant puisque les deux entités ne sont qu'*analogues* et non « (les) *mêmes* », *similaires* et non *identiques*. Ou le jugement *arrête* que les dissemblances sont plus graves que les ressemblances et les règles valant pour la première entité ne peuvent être étendues à la seconde.

Le philosophe (éthicien) Paul Ricoeur, aux analyses de la quiddité du droit et du juste si pénétrantes, rend toute la finesse de ce jugement d'analogie, pragmatique s'il en est, conduit par le juge, comme par tout interprète : « C'est la reconnaissance de la similitude qui pose ici problème ; dire que telle solution fait précédent, c'est déjà opérer une sélection dans le *thesaurus* des arrêts de justice. Et sous quel aspect deux affaires sont-elles semblables ? On retombe sur la pesée respective des ressemblances et des différences ; se mettrait-on d'accord sur celles-ci, resterait la question de savoir quelles ressemblances et quelles différences sont pertinentes dans l'affaire considérée. Le précédent renvoie à la similarité, laquelle n'est ni donnée, ni inventée, mais construite. »<sup>44</sup>

---

sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat.

<sup>44</sup> P. RICOEUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 187.

Par où l'on entend pourquoi le raisonnement par analogie s'inscrit dans une subdivision consacrée à la relativité en soi.

Ce flottement généralisé n'a rien d'effrayant ; nous l'avons d'ailleurs rencontré dès l'abord de la notion de droit, en sa multiplicité, à l'examen ici.

La leçon méthodologique à en tirer est claire à formuler et obscure à pratiquer : les notions fondamentales du droit ne connaissent pas de sens *absolu*, un sens qui demeurerait *identique* quel que soit le *contexte* considéré. Sans être jamais *univoques* (« *uni-voces* » signifie une seule voix, c'est-à-dire un sens, *un*, unique, avons-nous vu (Partie I, Chapitre 1. Prolégomènes)), sans être pour autant *équivoques* (« *equi-voces* » : toutes les voix, ou voies aussi bien, ont la même force, la même valeur), les notions fondamentales s'avèrent *analogiques* en elles-mêmes. Il n'y a donc point d'*identité* de ces notions d'un domaine à l'autre du droit mais « simple » *similarité*.

En d'autres termes, le droit est une véritable *science de la nuance*. Nous avons vu par exemple la *summa divisio* entre personnes et choses, dans laquelle s'enchâsse une autre *summa divisio* entre choses mobilières et choses immobilières, des plus classiques depuis le droit romain. À ce titre, l'art. 641a CC faisait œuvre « révolutionnaire » puisqu'il introduisait une trichotomie entre personnes-choses-animaux, récupérant toutefois les animaux comme « simples » choses en les cas où il ne serait pas utile de les en distinguer. Affinant encore ces distinctions, l'art. 651a al. 1 CC discrimine *entre* les animaux, ceux triviaux d'une part, ceux « vivant en milieu domestique » selon la note marginale de l'art. 651a CC d'autre part.

Nuance de nuance de nuance... ainsi opère le droit, avec tant de lucidité et d'aisance. Ses solutions ne se disent (« *juris-dictio* ») qu'en contexte. Dans cette perspective *pratique* rivée aux *cas*, le fameux « *in casu* », à savoir compte tenu du *contexte*, il n'existe pas de droit qui ne soit « en situation »<sup>45</sup>.

Cette *relativité intrinsèque* du droit donne à comprendre en quoi sa logique ressortit à l'argumentation et non à la démonstration (au sens rigoureux d'une déduction). La leçon des Anciens était à ce titre on ne peut plus claire : selon Aristote, le droit relève du *genre* rhétorique, à l'intérieur duquel il distingue l'*espèce* controversée, le droit étant précisément l'une des formes de la

---

<sup>45</sup> Cf. déjà A. PAPAUX, *Introduction* ou la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, sise à l'Université Saint-Louis de Bruxelles, qui a revêtu pour nom spécifique *Droit en contexte*.

controverse. En d'autres termes, le droit relève de la théorie de l'argumentation visant à la conviction, non de la vérité scientifique, ce qui n'affadit en rien sa rigueur. La rhétorique judiciaire demeure aujourd'hui encore d'importance première.

C'est pourquoi les études de droit sont longues : il s'agit moins d'y apprendre les définitions de notions éparses que d'appriivoiser le *réseau* « Droit », apprendre à voir comment les différentes notions et leurs sens multiples mais non équivoques se répondent les uns les autres, formant comme un tissu intellectuel, l'étoffe de ce réseau « Droit »<sup>46</sup>.

La difficulté majeure de l'apprentissage du droit réside dans la transformation en un *réseau* de méthodes et de concepts, des figures méthodologiques présentées les unes après les autres, de façon *linéaire*, puisque la langue s'entend nécessairement dans un ordre de successivité (imposé par la nature même des signifiants). Plus que jamais résonne la sagesse du poète : « *Geduld ist alles* » (Rainer Maria Rilke).

Que les principes fondamentaux (en d'autres termes les bases) d'une branche, même précise et descriptive, à l'instar des sciences naturelles, soient flottants, mouvants, n'a rien d'effrayant, moins encore d'exceptionnel, comme l'a magistralement exprimé le physicien et épistémologue Popper – ce qui devrait rasséréner le juriste :

« La base empirique de la science objective ne comporte [donc] rien d'« absolu »<sup>47</sup>. La science ne repose pas sur une base rocheuse. La structure audacieuse de ses théories s'édifie en quelque sorte sur un marécage. Elle est comme une construction bâtie sur pilotis. Les pilotis sont enfoncés dans le marécage mais pas jusqu'à la rencontre de quelque base naturelle ou « donnée » et, lorsque nous cessons d'essayer de les enfoncer davantage, ce n'est pas parce que nous avons atteint un terrain ferme. Nous nous arrêtons,

---

<sup>46</sup> D'où l'ouvrage de synthèse remarquable *De la pyramide au réseau ?* du regretté van de Kerchove et de Ost (M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002).

<sup>47</sup> Assertion avancée à la suite d'une analogie de la science avec le monde juridique, celui de l'ancienne procédure anglaise du jugement par jury dans laquelle les pairs *décident* les faits.

tout simplement, parce que nous sommes convaincus qu'ils sont assez solides pour supporter l'édifice, du moins provisoirement. »<sup>48</sup>

Il n'y a là jamais qu'un reflet de la finitude humaine.

## Sous-section 2. Relativité du droit dans le temps

Le droit est également science de la relativité des choses, au sens de valeurs et échanges (*supra* « les constantes »), dans le temps. Ce type de relativité sera particulièrement développé dans la Partie III.

Même les règles de droit claires et précises – s'il en est ? – sont frappées par cette relativité temporelle ou historicité.

Par exemple, la majorité est fixée en Suisse à l'âge de 18 ans révolus (art. 14 CC). Cette règle paraît, en ce jour, *absolue*. Mais jusqu'au 31 décembre 1995, la règle juridique fixait la majorité à l'âge de 20 ans révolus. Donc, « du jour au lendemain », l'âge de la majorité a changé, entre le 31 décembre 1995 à 23h59 et le 1<sup>er</sup> janvier 1996 à 00h00. La majorité pour le droit de vote suit la règle de la majorité civile ; bien des discussions ont été conduites pour abaisser la majorité civile à 16 ans.

Les Suissesses ne bénéficiaient pas du droit de vote fédéral jusqu'au 7 février 1971, jour où la double majorité du peuple suisse (qui ne comportait alors que des votants mâles) et des cantons décida de le leur octroyer.

## Sous-section 3. Relativité du droit dans l'espace

Cette relativité fera l'objet d'un examen plus détaillé dans la Partie IV.

En prolongeant l'exemple de la majorité civile, et sa fixation à l'âge de 18 ans en droit suisse, on constatera que tous les États n'ont pas arrêté cette majorité au même âge : la majorité change ainsi d'un pays à l'autre, le cas échéant.

Dans certains pays, elle est fixée à 20 ans (voire plus) et dans d'autres à 16 ans (voire moins). Il se peut aussi qu'elle varie suivant le sexe et pour des types d'actes particuliers. Ainsi en allait-il avec l'ancien droit suisse du mariage, lequel ouvrait la possibilité de convoler en justes noces à la jeune fille dès ses

---

<sup>48</sup> K. POPPER. *La logique de la découverte scientifique*, Payot, Paris, 2017 (1935), p. 111.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

17 ans, mais au jeune homme dès ses 18 ans seulement, tous deux étant par ailleurs mineurs.

Dans chaque pays, l'âge de la majorité apparaît, à l'instant auquel on le regarde, *absolu*. En réalité, l'affirmation de cette absoluité présuppose que l'on a fixé le *contexte* dans lequel cette affirmation est avancée ; on devrait donc toujours ajouter, à l'occasion d'un tel énoncé, la condition « pour tel lieu et à tel moment », le *hic et nunc*, formule latine qui ramassait déjà les relativités dans l'espace et dans le temps.

Il suffit donc que la personne concernée voyage ou prenne résidence ou domicile *ailleurs* pour retrouver la relativité des notions juridiques, ici celle de la majorité.

On devra alors se demander, dans ces cas, quel est l'ordre juridique compétent pour arrêter l'âge de la majorité dans la situation à examiner. Par exemple est-ce celui du pays de la nationalité de la personne concernée ? Celui du pays de son domicile ? Celui du système religieux qui la régit juridiquement ?

Les pays ont élaboré diverses solutions pour tenter de coordonner la pluralité d'ordres juridiques possiblement compétents pour régler *la* situation donnée. On désigne par « droit international privé » la branche juridique contenant les solutions à ces cas de pluralité possible d'application de systèmes juridiques à une question de droit privé. Le droit international *privé*, comme son nom ne l'indique pas, relève du droit national. On devra donc distinguer cette branche du droit international *public*, distinction que nous exposerons ultérieurement (*infra* Chapitre 5).

En droit suisse, le droit international privé ressortit pour l'essentiel à Loi fédérale sur le droit international privé<sup>49</sup>. Ainsi l'art. 35 LDIP sur « l'exercice des droits civils » désigne-t-il le droit du domicile comme le droit compétent pour fixer l'âge de la majorité. On remarquera au passage que cette loi ne désigne pas directement la solution matérielle, en fixant elle-même tel ou tel âge propre à acquérir la majorité civile, mais se « contente » de fixer l'ordre juridique compétent dans lequel on devra puiser la règle juridique fixant l'âge de la majorité.

La seconde phrase de cet article dispose qu'un changement de domicile n'affecte pas l'exercice des droits civils une fois que celui-ci a été acquis.

---

<sup>49</sup> Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (« LDIP », RS 291).

Ainsi, le droit suisse considère qu'une personne qui est *majeure* dans son pays de domicile à 17 ans conserve sa majorité – donc l'exercice des droits civils – si elle vient s'installer en Suisse, quand bien même n'aurait-elle pas atteint les 18 ans révolus tels que fixés par le droit *interne* suisse. En conséquence de quoi, il est bel est bien possible d'être majeur *en* Suisse à l'âge de 17 ans révolus. Ainsi cette personne régulièrement (soit en conformité avec la loi) mariée dans son État national le demeure aux yeux des autorités suisses, lesquelles la considéreront aussi comme mariée bien que n'ayant pas encore atteint l'âge requis par le droit interne helvétique aux fins de créer pareille relation juridique.

#### Sous-section 4. Portée méthodologique et philosophique de la relativité *hic et nunc* du droit

Se révèle ici le fond philosophique du droit tendu entre ce qui change et ce qui demeure : le droit doit trouver le *juste* équilibre entre ces deux exigences *pragmatiques* : affaire de justesse et de justice.

La sécurité juridique ne pourra donc pas être, à son tour, toute d'un bloc, monolithique, devant recevoir maintes nuances pour réaliser proprement son office. Par exemple, tous les actes juridiques réguliers passés par une personne ayant acquis l'exercice des droits civils dans son pays mais mineur au regard du droit suisse, venant *ensuite* s'installer en Suisse, devront-ils être rendus nuls du simple fait de ce changement de territoire, alors même qu'ils ont déjà déployé de très nombreux effets juridiques et en toute légalité ?

Ainsi, le droit assumant pleinement sa nature de science de la relativité des choses, tout en honorant sa fonction fondamentale de garantie d'un minimum de stabilité, de permanence, d'ordre, déclare-t-il que les changements juridiques, en particulier légaux, ne doivent affecter que l'avenir, les cas futurs et non les événements ou situations qui ont déjà déployés leurs effets au moment où intervient le changement de droit, par exemple. C'est là la portée méthodologique et philosophique de l'interdiction *de principe* de la rétroactivité ou principe dit de la non-rétroactivité de la loi. Et comme pour toute règle, toujours dans cette logique de la relativité, de très nombreuses exceptions viendront nuancer la force du principe (*infra* Titre III, Chapitre 3, Section 2).

## Section 6. Le droit comme science *des contradictions et du contradictoire*

Le droit ne ressortit pas au domaine des sciences exactes : on n'y *calcule* pas pour trouver la solution ; on *juge*.

Le droit repose dès lors, et en très large part, sur des *opinions*, de l'ordre de la controverse, appartenant au genre *rhétorique*. Qui dit opinions dit inmanquablement divergences d'opinions, comme nous l'enseignent aussi bien la doctrine que la jurisprudence : le droit est bien davantage *ars juris* (*art juridique*, à savoir travail d'« artisanat ») que *Rechtswissenschaft* (*science juridique*).

« Faire son droit » consiste non seulement à apprendre l'existence et la portée de ces divergences d'opinion, mais encore à les discuter, à prendre part au débat, à travers des avis de droit, des articles scientifiques, des plaidoiries, des commissions diverses, etc.

Cette démarche est essentielle pour les esprits juridiques : apprendre à *débattre*, de la plus vive manière parfois, sans *se battre* pour autant. Le droit, dans l'idéal, est affaire de conflits d'arguments et de convictions mais non de personnes. Embrasser la cause du client n'est pas épouser ses passions. De manière parallèle, la justice (comme institution) se gardera de toute acception de personne, vertu symbolisée par le bandeau sis sur les yeux des Dames Justice.

Le droit est une activité toute pénétrée de divergences, voire de contradictions, et peut-être même une science du *contradictoire*. Ce qu'explicitent les cours de procédure, dont les enseignements distinguent la *maxime des débats* dite aussi maxime contradictoire de la maxime *inquisitoire* dite aussi maxime d'office<sup>50</sup>. En guise de simple esquisse, suivant la maxime des débats, l'objet du procès est constitué des seules prétentions formulées par les parties. Le juge se contente d'arbitrer entre leur position, se gardant de procéder d'office c'est-à-dire par son office propre, tel l'Inquisiteur recherchant de son propre mouvement la vérité, diligentant les enquêtes, établissant les preuves comme il se doit selon la maxime *inquisitoire*.

---

<sup>50</sup> Voir en particulier l'art. 55 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (« CPC », RS 272).

On comprend alors que la philosophie occupe une place de choix en droit, ne serait-ce que pour apprendre à reconnaître les contradictions et les articuler en un tout qui fasse sens, à défaut de les pouvoir complètement surmonter.

Lire de la cohérence, et jusqu'à en créer, là où le premier regard (*prima facie*) ne voit que de la contradiction pourrait être la destinée ultime pratique de la philosophie du droit, à laquelle nous consacrons précisément le chapitre suivant.

## **Section 7. L'approche scientifique du droit *brevitatis causa***

Nous savons désormais que le droit est composé de règles.

Science humaine et sociale, le droit se présente traditionnellement comme un *ensemble* de règles, soit un *système* (juridique), régissant les rapports des hommes entre eux, en tant qu'ils vivent en société, en vue d'un ordre commun apaisé et pacifique.

Cette définition s'avère toutefois *insuffisante* en ce qu'elle ne permet pas de distinguer le droit notamment de la morale, de la religion, de la déontologie et peut-être pas non plus de la politique, de la politesse et autre branche recelant des règles prescriptives. En bref, cette définition du droit n'est pas suffisamment *spécifique*.

Pour tenter de distinguer le droit des autres branches aussi occupées à régir les relations des hommes vivant pacifiquement en société, nous aborderons deux autres approches du phénomène juridique : une approche *philosophique* (Chapitre 2) et une approche proprement *juridique* (Chapitre 3).



## Chapitre 2. L'approche philosophique

La philosophie du droit est une branche difficile en ce qu'elle exige la maîtrise de deux ensembles conceptuels et de leur vocabulaire spécifique : le droit et la philosophie. Aussi s'enseigne-t-elle avec meilleur profit lors d'une phase ultérieure des études juridiques.

Elle n'est pas de la philosophie générale. Elle étudie *spécifiquement* les *fondements* et les *finalités* du droit. Elle tente également d'expliquer les « mécanismes » des raisonnements tels que les conduisent les juristes. Traduit en bonne *méthodologie*, il sied d'envisager le point de départ (les fondements), le point d'arrivée (les finalités) et ce qui les relie, les raisonnements.

Aussi, loin que les juristes y échappent toujours, le risque couru par une philosophie du droit élaborée par un non-juriste est d'adopter pour modèle de la pensée juridique le droit pénal, induisant une conception erronée du phénomène juridique, tant le droit pénal présente des *spécificités*. Il est par conséquent téméraire d'en inférer un modèle *général* du droit.

La réduction du droit au modèle pénal conduit à une surdétermination de la verticalité des rapports juridiques, comme s'ils comprenaient toujours un État (ou tout autre dominant) comme partie, sis en haut, le particulier en bas, donnant à voir un « simple » rapport de force : le plus puissant, *in casu* l'État, impose ses vues aux plus faibles, les particuliers, via les sanctions coercitives dont l'exécution est garantie ultimement par la police voire l'armée.

Que le droit ait trait à des rapports de force, nul n'en doutera. Qu'il s'y réduise, voilà ce que le juriste ne saurait entendre, la protection de la partie faible en constituant l'un des principaux buts. Maintes relations s'y déroulent de surcroît dans un rapport d'égalité des parties (en l'occurrence, toute la logique du droit privé). Il n'est pas jusqu'au droit public qui n'intègre, autant que faire se peut, compte tenu des finalités de la loi considérée, l'idée d'un dialogue entre les parties à la relation et pas simplement la nue imposition de la volonté du plus puissant laquelle, certes, habite quelques domaines du droit.

Des éléments de philosophie du droit s'avèrent indispensables à ce stade précoce des études juridiques en ce que la définition du droit dépend étroitement du courant philosophique retenu pour étudier le phénomène juridique. Que l'on soit libéral, utilitariste, néolibéral, marxiste, maoïste, positiviste, jusnaturaliste, etc., la définition du droit change sensiblement.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

Aussi retiendrons-nous les philosophies qui influencent le plus gravement les conceptions actuelles du droit occidental continental, au point d'en constituer les attracteurs sous l'influence desquels se range toute pratique du droit, voulût-elle se croire agnostique, c'est-à-dire prétendument sans position philosophique aucune, neutre.

Nous ne retiendrons que l'opposition la plus centrale, à savoir d'une part le courant jusnaturaliste (droit naturel), d'autre part le courant positiviste (positivisme juridique), deux attracteurs ou matrices qui n'ont de cesse de structurer le débat aujourd'hui encore, et qui emportent des définitions différentes du droit.

Rappelons que le droit est la science de la relativité des choses. On ne s'étonnera guère de ne pas trouver des oppositions philosophiques simples, claires, nettes, indubitables, les deux positions n'existant pas à l'état pur ; le droit suisse les marie constamment, masquant volontiers l'influence jusnaturaliste, laquelle s'exprime pourtant ouvertement dans le Préambule de la Constitution fédérale par exemple.

Par sa brièveté, la présentation des deux courants ne pourra échapper à la schématisation, espérant toutefois éviter la caricature. Si la pensée jusnaturaliste a été exposée plus longuement ailleurs<sup>51</sup>, le positivisme juridique (*stricto sensu*), lui, recevra de longs développements ici, le droit suisse ressortissant largement de l'obéissance positiviste.

## **Section 1. L'École du droit naturel ou jusnaturalisme**

Bien des auteurs qualifient d'« idéalisme » ce mouvement philosophique, en vérité pluriel verrons-nous. Comme toutes les étiquettes « -isme », elle s'avère trop grossière, l'idéalisme traduisant pourtant bien l'esprit général du jusnaturalisme. Le grand modèle en est la pensée platonicienne, un Platon conçu penseur contemplatif par nombre d'aspects de sa doctrine (*theoria* signifiant contempler avec les yeux de l'âme, en vocabulaire platonicien).

L'influence du platonisme couvrira l'Antiquité tardive comme le Moyen-Âge par la voix de St-Augustin notamment, repris par les Franciscains et les

---

<sup>51</sup> Notamment in PAPAUX, *Introduction*, Partie I, pp. 113-129. On y trouvera également une esquisse de l'étymologie du concept de droit chez les Égyptiens, les Grecs, les Romains et chez les Modernes, pp. 20 ss.

Augustiniens, dont le fameux réformateur Martin Luther ; l'esprit général de la Renaissance est, au reste, largement néoplatonicien comme le relève Hadot<sup>52</sup>.

Un auteur jusnaturaliste tranche au sein de cette obédience *idéaliste*, Aristote, soutenant et pratiquant un jusnaturalisme *incarné*, « immanent » alors que l'orientation générale de tout idéalisme conduit à des pensées ou Idées (parfois dénommées « réalités ») ou concepts « transcendants » c'est-à-dire situés au-delà de ce que l'homme peut expérimenter à travers la condition physique, psychique, morale, qu'est la sienne.

Aussi étudierons-nous le jusnaturalisme principalement dans sa veine idéaliste, la plus répandue et la plus influente, d'une remarquable continuité dans les esprits à travers les siècles, quand bien même distinguerons-nous un jusnaturalisme des Anciens d'un jusnaturalisme des Modernes.

En effet, malgré la continuité du jusnaturalisme idéaliste, un profond changement d'esprit « politique » (de *polis*, la cité en grec) s'opère entre Anciens et Modernes. Le manque d'attention porté à cette rupture, laquelle s'opérera sur plusieurs siècles, est source de grandes confusions dans les esprits contemporains, qui dressent de la sorte des analogies faiblement légitimes, avec la démocratie athénienne notamment, notre modèle soi-disant<sup>53</sup>.

D'où le plan de la présente section. Nous caractériserons dans un premier temps le jusnaturalisme en général. Nous le discuterons ensuite chez les Anciens, y examinerons la variante « réaliste », inductive, ou encore non idéaliste d'Aristote. Nous aborderons enfin le jusnaturalisme des Modernes. A ce stade de la pensée politico-juridique s'esquisse une nouvelle doctrine, dont la fortune sera immense : la philosophie du contrat social, ultime étape de ce bref cheminement en histoire de la pensée juridique moderne, dernier avatar d'un droit naturel qui déjà pointe vers le positivisme, à savoir la doctrine philosophique adverse.

---

<sup>52</sup> P. HADOT, *Le voile d'Isis*, Gallimard, NRF, Paris, 2004, p. 13.

<sup>53</sup> Seuls 10% environ de la population d'Athènes participe de droit à la vie publique, l'activité politique étant réservée aux hommes libres, écartant femmes, enfants, esclaves et métèques.

## Sous-section 1. L'esprit général du jusnaturalisme

Les jusnaturalistes considèrent qu'existent, hors du temps, des principes généraux du droit, lesquels constituent le *droit naturel* qui inspire aux hommes leurs règles de vie les plus fondamentales comme les principes de la bonne foi, du respect de la parole donnée c'est-à-dire des engagements pris (*pacta sunt servanda*), de l'équité, de la responsabilité, etc. Les droits de l'homme, l'interdiction de la torture, de l'esclavage ou de la traite des humains pourraient en relever.

Les hommes se contenteraient de formuler, d'exprimer, ces principes anhistoriques, sans les créer, en les « copiant » en quelque sorte pour les inscrire dans telle société à tel moment de l'histoire.

La difficulté centrale du jusnaturalisme réside en l'origine de ces principes de droit naturel : des dieux, un dieu, Dieu, la Raison, la nature humaine (individualiste ou non), la dignité humaine, etc. ?

Il faut ici distinguer entre les Anciens et les Modernes dont les *Weltanschauungen* diffèrent tant.

## Sous-section 2. Le jusnaturalisme des Anciens

### § 1. *Les Grecs et les Romains*

L'origine la plus courante prêtée au droit, à ces époques, est située dans un au-delà des sociétés humaines, dans un monde transcendant, hors toute expérience pratique.

Cette vision surplombante, *top-down*, habitera les Grecs, traversera pour partie le monde romain (qui connaîtra également un droit naturel réaliste, dans une veine aristotélicienne), en tous les cas aux premiers siècles de cette civilisation.

Le législateur ou le chef se contente d'*exprimer* des principes du droit toujours déjà là ; il formule des exigences de la Nature, de la Raison (le fameux *Logos* par exemple), de l'Harmonie des Idées (Platon) ou de quelque divinité maîtresse du monde voire des dieux. Ces exigences ont une finalité commune : le bien (le bon) de la communauté politique.

La référence à la communauté politique constitue l'horizon de pensée des Anciens, finalité ultime de toute vie collective aussi bien que destin de chaque citoyen.

En d'autres termes, l'homme concerné par les lois, leur destinataire, est toujours le *citoyen* et non l'*individu*, lequel n'a pas d'existence pour lui-même, comme telle, s'exprimant dans un statut social particulier, en Antiquité occidentale (à l'exception majeure du stoïcisme).

Résonne encore à nos esprits l'*Apologie de Socrate* de Platon mettant en scène de façon tragique l'appartenance intime, constitutive même, du citoyen à sa cité. Accusé injustement de corrompre la jeunesse et d'irrévérence à l'égard des dieux, Socrate est condamné à mort. L'accusation s'avère trop fragile et l'accusé trop noble pour que ne soit pas ménagée au grand homme une issue moins violente que boire la ciguë. Socrate pourrait fuir durant la nuit, les geôliers marquant peu d'empressement à une surveillance stricte ; il en perdrait évidemment la citoyenneté athénienne en se soustrayant à un jugement « *légal* », fût-il *injuste*. Il pourrait également consentir à un bannissement, lequel lui éviterait la mort mais non la perte de sa citoyenneté athénienne. Rappelons que Socrate servit militairement avec courage sa cité bien aimée, deux blessures de guerre l'attestant. Pour toute réponse à ces propositions, le citoyen-soldat-philosophe insulte ses amis : il fut en son temps, comme tout citoyen, législateur de la cité, avec d'autres, dans l'agora ; il se doit d'en respecter les lois, ce qui ne l'empêche pas d'en dénoncer le cas échéant l'absurdité, alternative qu'il choisit précisément d'embrasser en acceptant sa condamnation, que tout un chacun sait injuste, ridiculisant par là le tribunal qui la prononça.

Par-dessus tout, Socrate préféra mourir *en qualité de citoyen athénien* plutôt que de vivre apatride, statut qui non seulement autorisait quiconque à le réduire en esclavage mais surtout le frappait d'une indignité essentielle : il y a davantage d'humanité à mourir Athénien qu'à survivre sans patrie. Ainsi, chez les Anciens, la citoyenneté se révèle-t-elle *constitutive* de l'identité de l'homme qui en bénéficie. On ne saurait en changer comme l'on change de tige : elle est partie de l'identité même de celui qui en bénéficie, lequel n'est dès lors jamais un *individu* mais toujours déjà un *citoyen*.

Le citoyen n'est pas pour autant absorbé par le bien commun, dissout dans le collectif ; il y est plutôt *finalisé* c'est-à-dire qu'il y réalise sa plus haute destinée d'humain puisqu'il y accomplit – littéralement rend complet, réalise de part en part, « par-fait » – sa nature la plus profonde : le *zoon politikon*.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

Socrate exerce jusque dans la mort sa nature d'humain-citoyen et de philosophe, en montrant les limites du juste et la fragilité du droit.

La conception *moderne* de la politique et du droit s'éprouve toute autre. L'homme y est *d'abord* et avant tout un *individu* ; c'est à ce titre qu'il bénéficie des droits de *l'homme*, lesquels ne sont plus *intrinsèquement* ceux du citoyen, comme dans la Déclaration révolutionnaire de 1789. Les droits de l'homme sont en effet reconnus à tout humain, quelle que soit sa nationalité, et même s'il est apatride.

La citoyenneté ne fait que *s'ajouter* à un individu qui est déjà complet sans elle : aucune de ses appartenances nationales ou culturelles n'est constitutive de son identité comme telle. La notion de « bien commun » ne définit plus la personne dans son identité ; à peine existe-t-elle encore, peut-être sous la version triviale et arithmétique d'un ensemble (alors dénommé « bien *commun* ») équivalant à la somme des intérêts particuliers, comme dans l'utilitarisme basique.

On comprend dès lors qu'en référence à des conceptions si différentes du politique, de la cité, du bien commun, la notion de jusnaturalisme change profondément de sens de la première période à la seconde, des Anciens aux Modernes.

Ce lien intrinsèque entre le jusnaturalisme des Anciens et la poursuite du bien commun, vécu de surcroît comme la finalité même de chacun des citoyens, emporte une conséquence édifiante pour le droit, et même renversante pour le positivisme juridique dit légaliste, à savoir un positivisme qui prône la réduction de tout le droit à la seule loi : une loi n'est du *droit*, une règle *juridique*, que si elle est *juste* (de *jus*, donnant « jus-te »), bonne, qu'elle permet de réaliser le bien commun du collectif considéré. Partant, si le souverain édicte une norme qui contrevient à une loi naturelle, transcendante, alors le citoyen est en droit d'y désobéir, ayant le droit naturel pour lui et contre lui simplement une loi humaine donc changeante, muable, contingente. *A fortiori* si la norme de droit transcendante est d'origine divine.

C'est là tout l'enjeu de la pièce de Sophocle, *Antigone*, suivant son interprétation classique. Antigone a décidé de donner une sépulture à son frère mort, conformément aux lois non écrites naturelles, lois divines en l'occurrence ; elle contrevient par là à un édit du roi Créon qui l'avait formellement interdit. Créon représente le droit positif c'est-à-dire le droit posé (*jus positum*) par la seule volonté du chef ou du législateur selon ses

propres intentions, lesquelles n'embrassent pas nécessairement le bien commun. Le droit positif, ou posé, ne préexiste donc pas à la volonté de celui qui l'édicte. Antigone désobéira, enterrera son frère, et sera condamnée à mort par Créon, lequel n'est plus digne, ayant commis l'injustice ou *hubris* (démésure) suprême : l'irrespect d'une loi divine.

Aristote, quant à lui, s'inscrit en faux contre la vision idéaliste du jusnaturalisme. Sans doute affirme-t-il des lois absolument immuables, les seules lois *divines*, qu'il réserve comme il sied aux relations entre les dieux. Dans le monde des humains, le seul dont traite ce philosophe inductif, rien n'est parfaitement stable ou constant. Nous retrouvons ici l'affirmation, si ce n'est le constat, de la nature contingente de toute réalité sociale.

Aristote assume pleinement la *relativité* des choses, en l'occurrence des choses relevant des sciences humaines et sociales. La *relativité* ne se confond en rien avec le *relativisme* qui considère qu'une chose étant dite, son contraire peut être affirmé avec la même force ; à propos de n'importe quoi, on peut donc affirmer une chose et son contraire ; aucun argument, aucun avis, aucune opinion, n'est plus convainquant qu'un autre : tout se vaut, et rien ne vaut, en quelque sorte. La relativité dans la pensée aristotélicienne signifie que les réalités sociales sont *relationnelles*, toujours relatives à autrui (un autre humain ; un collectif, tel l'État).

La relativité des relations sociales consonne d'ailleurs parfaitement avec la démarche aristotélicienne inductive ou *bottom-up*. Aristote commence par observer les choses concrètes, les *pragmata* ou « existants ». À travers la comparaison de choses analogues, il tente de découvrir la « nature des choses », laquelle lui indiquera dans la sphère politique certains principes du droit naturel portant sur les relations que tout homme incarné entretient avec autrui en tant que vivant politique (*zoon politikon*). Ainsi, tout homme cherche à produire un semblable à soi (pour imiter l'éternité), donc fonder une famille et avoir des enfants ; de là un devoir naturel d'éducation, l'enfant recevant corrélativement un droit d'être entretenu, protégé et éduqué ; ou encore un devoir naturel de défense de la cité ; ou encore la définition d'un *bon* gouvernement, lequel mêlera toujours des éléments de monarchie (décision par un seul), d'aristocratie (décision par un collègue) et de démocratie (décision par le peuple).

Dans la mesure où la « nature de la chose » laisse une marge d'appréciation, large bien souvent, pour la fixation du droit, le droit naturel d'Aristote s'avère *variable*. Dans l'exemple fameux du bon gouvernement, si la proportion des

trois types de gouvernance peut varier d'une cité à l'autre, est en revanche de droit naturel, valant dès lors partout et en tout temps, le principe selon lequel un bon gouvernement résulte toujours d'un alliage de ces trois modes.

Les Romains reprendront pour part cette orientation pragmatique, *bottom-up* jusque dans la notion de *jus naturale* : un droit concernant tous les animaux, tous les « animés » ou vivants, dont l'homme sous cet aspect de vivant. L'orientation inductive du droit romain se laisse aisément saisir dans sa méthodologie générale : la casuistique c'est-à-dire un « penser par cas »<sup>54</sup>.

## § 2. *La pensée judéo-chrétienne*

Pour les juifs de l'Ancien testament, comme pour les chrétiens qui se rattachent à l'école jusnaturaliste, à savoir aussi bien les pères de l'Église (plutôt platoniciens-idéalistes) que maints grands réformateurs (protestants), le droit est l'expression même de la volonté de Dieu. Il en ira de même en terres d'islam au sortir de l'Antiquité. Cette volonté divine nous est connue par Moïse et par le Christ principalement pour la pensée judéo-chrétienne. Le juriste se souviendra au moins du Décalogue, soit le « *deca-* » (dix) et « *logos* » (le motif, l'argument, le raisonnement, la parole, la raison, la pensée...), les « Dix commandements » creuset du droit pénal de l'Occident depuis des siècles.

Dieu étant fondamentalement bon et voulant le bien de sa créature, fût-ce selon des voies impénétrables, la volonté divine décrètera sous forme de principes du droit naturel ce qui est bon pour l'homme.

Dieu d'amour disparu, remplacé par rois et princes et législateurs, en d'autres termes par des humains, rien ne garantit plus que leur volonté arrêtera nécessairement ce qui est bon pour les hommes.

*Brevitatis causa* la doctrine jusnaturaliste peut se ramasser dans la formule : « prescrit parce que bon ».

---

<sup>54</sup> Pour reprendre un titre célèbre de deux sociologues français Passeron et Revel (J. C. PASSERON et J. REVEL, *Penser par cas*, éditions de l'École des hautes études des sciences sociales, Paris, 2017).

### Sous-section 3. Le jusnaturalisme des Modernes : une œuvre de la raison. Ou l'École du droit naturel proprement dite

L'École du droit naturel moderne, qui est l'École du droit naturel proprement dite, embrassant un idéal rationnel, ressortit au rationalisme.

La tradition juridique fait volontiers remonter la naissance du jusnaturalisme moderne à la publication d'un ouvrage fameux du juriste et diplomate Grotius (Hugo de Groot, 1583-1645) *De jure belli ac pacis* (Du droit de la guerre et de la paix) en 1625.

Grotius postule que la nature humaine est sociable et raisonnable, ce qui ne va pas sans rappeler la sociabilité naturelle de l'homme suivant Aristote, le *zoon politikon*. De cette nature humaine se « déduirait » le droit naturel.

Le droit naturel se ramasse en quatre principes fondamentaux, en quelque sorte des matrices à partir desquelles tous les autres principes juridiques plus spéciaux (dont les lois) peuvent être inférés par la raison : le plus souvent retenu, *pacta sunt servanda* (les pactes, les promesses, les contrats, les engagements doivent être honorés, servis, respectés) ; et dans une suite logique, ne nuire à personne (le fameux principe romain *neminem laedere*), punir le coupable, réparer le dommage causé. Ces principes étaient toutefois connus et exercés en droit romain déjà.

Grotius est fils de terres protestantes, a travaillé pour la Compagnie néerlandaise des Indes orientales, grande compagnie commerciale maritime. Dès lors, imprégnée de l'esprit bourgeois des cités protestantes du nord de l'Europe, cette « nature humaine » doit s'entendre désormais comme celle de l'*individu*. S'esquisse déjà ici la liberté des Modernes, campée ultérieurement par le célèbre lausannois Benjamin Constant.

Le philosophe suisse oppose frontalement la « liberté des Anciens » à la « liberté des Modernes » ainsi reformulée par Burdeau dans un vocabulaire contemporain : « la faculté que tout homme porte en lui d'agir selon sa détermination propre sans avoir à subir d'autres contraintes que celles qui sont nécessaires à la liberté des autres. »<sup>55</sup> En d'autres termes, « ma liberté s'arrête où commence celle d'autrui ». Si aucun autrui ne vient faire obstacle à ma liberté, alors elle sera infinie, sans fin (« in-finie ») au sens double de

---

<sup>55</sup> G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, Paris, 1979, p. 40.

dépourvue de terme, de borne, d'une part, de guide, de direction indiquée par des fins naturelles, d'autre part. Si la liberté du Moderne se conçoit *sur le principe* ou *de jure* infinie ; *de fait*, quelque autrui existe toujours, la limitant d'autant *en pratique* mais non *sur le principe*.

À cette liberté *individualiste* s'oppose la liberté *collective* qu'exerce chaque membre de la cité des Anciens. Constant se garde d'en expliciter le ressort le plus profond, la liberté entendue *accomplissement* d'une *nature*, d'une nature *politique*, le *zoon politikon*, et, partant, grandissant le citoyen. Il laisse plutôt entendre l'écrasement et l'absorption du citoyen dans la cité, comme si le monde ne connaissait que deux valeurs exclusives : *ou* l'individu, *ou* le collectif. L'individu (moderne) n'en ressortira que plus « affranchi » de la trop collective « liberté des Anciens » : « [...] exercer collectivement, mais directement, plusieurs parties de la souveraineté tout entière [...] ils admettaient comme compatible avec cette liberté collective, l'assujettissement complet de l'individu à l'autorité de l'ensemble [...]. Toutes les actions privées sont soumises à une surveillance sévère. Rien n'est accordé à l'indépendance individuelle, ni sous le rapport des opinions, ni sous celui de l'industrie, ni surtout sous celui de la religion. La faculté de choisir son culte, faculté que nous regardons comme l'un de nos droits les plus précieux, aurait paru aux anciens un crime et un sacrilège. Dans les choses qui nous semblent les plus futiles, l'autorité du corps social s'interpose et gêne la volonté des individus [...]. »<sup>56</sup>

La dernière phrase traduit parfaitement, certes en creux, la liberté des Modernes comme absence d'obstacle extérieur (« s'interpose » et « gêne la volonté », des individus évidemment).

Cette position (toute théorique) d'une volonté infinie se reflète jusque dans la structure de nos codes modernes. Ainsi, en droit suisse, le CO commence-t-il par des volontés infinies, l'art. 1 ne prévoyant aucune restriction à la liberté contractuelle, liberté infinie *sur le principe*. Il se contente de volontés réciproques et concordantes. Pour *ensuite* limiter le pouvoir des parties qui doivent respecter « les limites de la loi » (art. 19 CO) ou qui ne peuvent s'engager dans des actes impossibles, illicites ou contraires aux mœurs (art. 20 CO). L'art. 544 du Code civil français (dit « Code Napoléon ») procède de manière analogue en matière de propriété, octroyant une liberté « absolue » de

---

<sup>56</sup> B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* in M. GAUCHET (éd.), *Benjamin Constant. Écrits politiques*, Folio essais, 1997, pp. 593-595.

disposer à l'al. 1, la restreignant *ensuite* en son al. 2, en rappelant les limites de la loi. L'art. 544 du Code civil belge insère les limites légales dans la même phrase, affirmant lui aussi *d'abord* la liberté (infinie), *ensuite* les limites.

Conformément à la nature humaine telle que conçue par Grotius, l'armature du droit est donnée par l'ensemble des règles universellement *nécessaires* à la vie en société et reconnues par toutes les « nations civilisées » (expression que l'on trouve encore aujourd'hui dans des textes internationaux).

Dans cette recherche de la *nécessité* se dessine le projet central du jusnaturalisme moderne : transformer l'*ars juris* en *science*, réduire le *droit* en un *système*, par importation des méthodes de la physique ou des mathématiques dans le domaine juridique, sur base d'une *nature humaine* une et universelle, une sorte d'*essence* de l'homme en droit.

La raison étant commune à tous les humains, ainsi que l'affirme encore aujourd'hui le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, elle devrait être à même de découvrir ces nécessités politico-juridiques de toute vie collective conçue à partir des individus. La question, pour ne pas dire l'*aporie*, de règles juridiques *nécessaires* alors que le droit se caractérise par le *choix* demeurera entière, la Raison (des Modernes) se montrant bien incapables de résoudre l'équation.

En vérité, derrière une première impression de transformation du droit divin ou sacré en droit naturel moderne par rationalisation et laïcisation, se découvrent des références explicites à Dieu comme origine de ce droit en ses principes les plus hauts, aussi bien chez Grotius que chez von Pufendorf et d'autres pères du jusnaturalisme.

Le droit moderne, et jusqu'à nos jours peut-être, va conserver le tour d'esprit théologique de ses origines : verticalité du droit ; droit reçu ensemble de commandements ; commandements assortis de sanctions ; centration sur les sources formelles (*versus* les pratiques) ; prévalence du texte, c'est-à-dire du droit écrit, principiellement la loi ; importance des formes et des formules, notamment dans la sphère judiciaire.

Aussi faut-il caractériser autrement le projet moderne (la modernité) en droit que par la laïcisation laquelle, si elle concerne bel et bien les contenus – c'est là déjà un profond changement – n'a guère affecté la « forme » générale du droit.

Comme mentionné, le grand dessein de l'École moderne du droit naturel consiste en la « réduction » du droit en *système* ainsi que le résume si précisément Dufour, une réduction du droit conforme au « fameux idéal humaniste d'origine cicéronienne tendant à réduire le Droit en *système* (*jus in artem redigere*) [...] par le recours à la *méthode* [scientifique] *résolutive-compositive* et au *modèle mécaniste* des sciences physiques et mathématiques [...]. »<sup>57</sup>

Bien des figures juridiques reflètent aujourd'hui encore ce dessein scientifique : systématisation du droit, mise en système des lois, postulation de grands principes à la manière des axiomes des mathématiciens, usages (prétendus) de la déduction, en particulier sous la forme de syllogismes. L'art. 7 Cst. n'apparaît-il pas comme la matrice des libertés fondamentales qui suivent immédiatement dans la Constitution, censées en dériver ou, fautivement, s'en « déduire » ? Ne rédige-t-on pas encore les codes par partie *générale* puis parties *spéciales*, suivant la canonique logique « *genre/espèces* » (et différences spécifiques) ?

Avec les progrès de l'individualisme et de la physique mécaniste se développe en « philosophie pratique » (c'est-à-dire politique, éthique, droit par ordre d'inclusion) l'idée d'un « état de nature », dans lequel les relations humaines se résument peu ou prou à des rapports de *forces*. Y règne la loi du plus fort. En résulte un état d'insécurité dont il faut s'extraire en passant un contrat entre les *individus*, véritables « *atomes* sociétaux » diront plus tard philosophes et autres politologues : le contrat social.

Un devoir *naturel* meut, en effet, les hommes à se protéger et à protéger leurs biens, les poussant ainsi « naturellement » à « faire société », créer un collectif politico-juridique, c'est-à-dire à passer un contrat social dont est censé découler l'ordre politico-juridique, *institué* par les seules *volontés* humaines.

---

<sup>57</sup> A. DUFOUR, *Droit de l'homme. Droit naturel et histoire*, PUF, Paris, 1991, p. 7. Le juriste historien synthétise ainsi la méthode scientifique dite « résolutive-compositive » : « Impliquant, d'une part, la *décomposition* ou *résolution* d'un phénomène, comme le *mouvement* ou la *chute des corps*, en ses phases ou éléments les plus simples, pour la détermination des rapports qui l'expliquent (*vitesse*, *espace*, *temps*), et, d'autre part, la *constitution* ou *composition* du phénomène observé pour la formulation du *principe* ou *loi* qui le régit – expression mathématique de ses rapports constitutifs –, la méthode galiléenne sera qualifiée de méthode résolutive-compositive. ».

La dimension volontaire, à dire vrai volontariste, de cette passation du contrat social prépare le passage du jusnaturalisme au positivisme (juridique), doctrines que l'on oppose aujourd'hui bien plus que l'histoire ne le permettrait.

Nous ne retiendrons que trois noms parmi les nombreux partisans de la doctrine du contrat social : Thomas Hobbes, John Locke et Jean-Jacques Rousseau, pour n'en livrer de surcroît que de brefs éléments de base.

#### Sous-section 4. Du jusnaturalisme moderne au positivisme juridique via les théories du contrat social

Aucun de ces auteurs ne prétendra que le contrat social a été concrètement passé, signé par les habitants de telle contrée à tel moment de l'histoire : le contrat social est an-historique, hors de l'histoire, hors du temps réel. Il est une exigence de la Raison (ou de la Nature humaine), une Idée régulatrice qui pousse les hommes à s'associer plutôt qu'à vivre séparément et s'affronter sans cesse dans l'« ordre » instable d'un droit du plus fort. Ces aspects *transcendants* des doctrines du contrat social révèlent les liens qu'elles conservent encore avec le jusnaturalisme.

Pour exprimer brièvement la philosophie du contrat, il n'y aurait pas d'*ordre* politique ni d'*ordre* juridique *avant* la conclusion du contrat social. Cet état pré-politique comprend certes quelques « règles juridiques » – des « droits naturels » de *l'individu* –, insuffisantes toutefois pour constituer un véritable *ordre* politique et juridique.

Cet état de « non-droit », plus précisément d'absence de droits *civils* (et « civilisés ») – de *civitas*, la cité (la société) –, et, partant, de *citoyens*, est souvent désigné comme un « état de nature ». Ce « moment » est inutile dans une conception cohérente du *zoon politikon*, comme celle d'Aristote : l'homme y est toujours déjà inséré dans des collectifs (culture, langue, cité, etc.), dès avant sa naissance de surcroît.

Le politique et le juridique découlent donc du contrat social soit de la volonté des cocontractants, volonté qui se trouve par là au principe même du droit, comme son ressort principal, franchissant les premiers pas vers le positivisme juridique. Le contrat social est, en effet, censé instaurer la société (civile), puis l'État et son droit *positif*.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

Différents fondements du contrat social ont été avancés. Nous explicitons brièvement ceux des trois auteurs classiques en la matière.

Pour l'Anglais Thomas Hobbes (1588-1679), la sécurité est le ressort du contrat social. En effet, l'état de nature précédant le pacte se caractérise par la guerre de tous contre tous, guerre généralisée de prédatons de la vie et des biens d'autrui, ramassée dans cette formule limpide : « *homo homini lupus* » (l'Homme est un loup pour l'Homme). C'est la triste époque des guerres de religions qui effrayèrent tant Hobbes. Pour instaurer un minimum de sécurité, l'individu, bardé de sa liberté individuelle, renonce à une partie de cette liberté (auto-limitation) alors déléguée à un « être social global », quelque chose comme un État, dénommé « Léviathan », lequel reçoit pour ce faire des pouvoirs très importants, quasi absolus le cas échéant. Le Léviathan garantira en retour, à chacun des individus s'étant auto-créé membre du corps social, la protection de sa vie et de ses biens. Tant que les lois du Léviathan respectent le but de sécurité, alors elles doivent être obéies, fussent-elles extrêmement dures pour le sort de l'individu. La dénomination « Léviathan » renvoie d'ailleurs à un *monstre* de l'Ancien testament. La cité ou la société a cessé d'être *naturelle*, comme dans les conceptions d'un authentique *zoon politikon*, pour devenir un *artefact*, une construction *artificielle* dont les volontés individuelles dessinent à bien plaire les contours, dans le respect toutefois de la *règle* – simple *adage* pour le juriste, assez creux dans une perspective opérationnelle, pragmatique – « ma liberté s'arrête où commence celle d'autrui ».

Pour John Locke (1632-1704), anglais lui aussi, la base du contrat social réside dans la propriété, entendue toutefois en un sens large comprenant la propriété au sens classique, le travail et certains aspects de la personnalité. L'État a pour mission de garantir cette propriété en usant de certains pouvoirs obtenus par délégation d'une part de la liberté de chaque individu. Les ressorts du contrat social sont analogues à ceux de Hobbes.

Pour le Genevois Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), s'inscrivant dans la même veine contractualiste, la question centrale devient la légitimité de la *loi*, annonçant là aussi le positivisme juridique *légaliste*. L'argument de Rousseau est au fondement même de nos démocraties. Il ne manque pourtant pas de ruse sous sa valeur théorique indépassable : comme la loi est l'œuvre de tous via la *volonté générale*, elle ne saurait être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même. En effet, chacun est l'auteur de la loi, l'ayant votée, directement ou indirectement par ses représentants. Demeure une ombre monumentale

qu'aucun commentateur n'a dissipée dans l'œuvre de Rousseau. Le philosophe affirme que la volonté générale n'est pas la simple somme des volontés individuelles mais sans jamais dire en quoi elle consiste véritablement. Comme nous l'avons vu pour les fondements du droit, les fondements de la politique peuvent demeurer obscurs, chancelants, voire mystérieux, sans que l'édifice – la cité politique ici, l'ordre juridique là – n'en soit pour autant bringuebalant.

L'affirmation de la centralité de la loi franchit un pas supplémentaire vers le positivisme juridique (légaliste surtout). La lucidité de Rousseau confine au génie dans la mise en exergue du point-aveugle de toute loi, son paradoxe insoluble : « Il faudrait que l'effet pût devenir la cause, que l'esprit social, qui doit être l'ouvrage de l'institution, présidât à l'institution même et que les hommes fussent avant les lois ce qu'ils doivent devenir par elles. »<sup>58</sup>

Après une naissance néerlandaise, le centre de gravité du jusnaturalisme moderne se déplacera plutôt du côté de l'Allemagne (comme région et non pas comme pays, lequel n'existait pas à l'époque). Cette localisation dans la culture allemande ne doit guère étonner en ce que la philosophie allemande est profondément marquée par la pensée idéaliste, pensée la plus congrue à l'esprit général du jusnaturalisme et son rationalisme tout théorique.

#### Sous-section 5. Reviviscence du jusnaturalisme à l'époque contemporaine

Éclipsé par le positivisme juridique, dès le XIX<sup>e</sup> siècle au moins, le jusnaturalisme revient en force dès la fin de la Seconde guerre mondiale. Les horreurs indescriptibles de ces humains « civilisés » conduisirent les Occidentaux (principalement) à déclarer universelle, éternelle et immuable (pour l'avenir à tout le moins) une série de droits matériels, de contenus juridiques (liberté individuelle, liberté de religion, liberté d'expression, liberté de réunion, liberté d'entreprendre, droit de la propriété, droit à un travail, droit à un logement, etc.) : la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, proclamée par l'Assemblée générale de l'ONU. Le Conseil de l'Europe adoptera, lui aussi, pareille série dans sa Convention européenne des droits de

---

<sup>58</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Garnier Flammarion, Paris, 2012, livre II, chapitre 7, p. 77.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

l'homme<sup>59</sup>, assortie d'une cour, la fameuse Cour européenne des droits de l'homme, en 1950.

L'idée contemporaine d'un droit universel et de principes juridiques communs à l'humanité toute entière est habitée par le jusnaturalisme. Le droit international public porte encore avec courage cette aspiration humaniste, trop souvent, malheureusement, *law in books* plutôt que *law in action*.

Rappelons que cette fuite dans les textes (*books*) ou dans la théorie ne constitue aucunement un défaut du droit international public mais simplement le reflet de la société qu'il est appelé à régir, bon an mal an. Cette société s'avère viscéralement décentralisée, atomisée (suivant le principe de la souveraineté absolue de chaque État) c'est-à-dire de stricte horizontalité – à quelques rares et modestes exceptions –, un droit international en parfaite conformité avec la sentence romaine : *ubi societas ibi jus*. L'affirmation d'un *jus cogens* participe éminemment de l'idée de jusnaturalisme, acceptée par tous les États sur le principe (*law in books*), souvent contredite par la pratique (*law in action*). Par *jus cogens*, on entend un ensemble de droits indérogeables au sens (désormais) d'indisponibles aux volontés humaines, comme s'imposant aux États, telles l'interdiction de la torture, de la traite des humains, etc.

En une phrase de synthèse, le jusnaturalisme n'a pas besoin d'être élaboré : il suffit au législateur (ou au juge) de l'explicitier, de le formuler. Hans Huber ne développa-t-il pas une théorie des libertés-reconnaissance suivant laquelle « Les libertés qui sont les piliers de l'État de droit démocratique, comme la liberté d'expression ou la liberté de réunion, mais dont la Constitution faisait abstraction, devraient être reconnues en tant que « principes directeurs non écrits », avec la même valeur que les consécutions expresses. Le juge qui admettrait l'existence de libertés non écrites ne les créerait pas. Il ne ferait que reconnaître et énoncer leur existence. »<sup>60</sup> La notion de « reconnaissance » indique que la réalité ainsi saisie préexiste au constat dressé, ici par le juge ; théorie qui rencontra quelque succès auprès du Tribunal fédéral.

Le législateur (ou le juge) n'est ici rien de plus qu'un *porteur*, illuminé par la sentence « prescrit parce que bon » ou « prescrit parce que juste ». Ce même

---

<sup>59</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 abrégée « CEDH » (RS 0.101).

<sup>60</sup> A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II (Les droits fondamentaux), 3<sup>e</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2013, p. 33, n° 74, résumant la théorie aux élans jusnaturalistes de Hans Huber.

législateur sera au contraire *créateur* pour l'École dite du positivisme juridique, suivant l'adage « bon parce que prescrit » ou « juste parce que prescrit », aux racines théologiques médiévales avérées<sup>61</sup>.

## **Section 2. L'École positiviste ou positivisme juridique**

### **Sous-section 1. L'esprit général du positivisme juridique**

La fascination que la science moderne en ses réussites exercera sur les juristes à fin XVIII<sup>e</sup> siècle les conduira à tenter d'importer les méthodes scientifiques dans le domaine juridique. On cherchera à élaborer une authentique science du droit, *Rechtswissenschaft*, par opposition à l'*ars juris*. La méthode s'y donne comme la garante exclusive de la scientificité, à l'exemple des « sources formelles » ou des « méthodes d'interprétation ».

Or, le cœur de la science moderne consiste en la mise à l'écart des valeurs dans la démarche scientifique comme telle. La théorie doit être pure de toute notion métaphysique, de tout jugement de valeur, de toute subjectivité. En bref, être objective. Le projet majeur d'un des plus fameux juristes positivistes, Hans Kelsen, ne se dénomme-t-il pas *Théorie pure du droit*, pure de tout jugement de valeur en le chef du « scientifique du droit », le « juriste scientifique » ?

L'« inventeur » de la sociologie, Auguste Comte (1798-1857), cherchait précisément à élaborer une *science* humaine suivant les exigences scientifiques inspirées des sciences dures, à l'abri des croyances (espérait-on) et des idées a priori. On pense évidemment ici au projet révolutionnaire français visant à séparer le droit de la morale, le droit étant seul décisif dans la sphère publique, la morale, elle, renvoyée à la sphère privée. Ainsi l'État serait-il débarrassé de l'influence par trop marquée de l'Église. Des notions juridiques aussi centrales que l'équité ou l'interdiction de l'arbitraire viennent fortement relativiser ce dualisme plus théorique que pratique. Ce qui n'empêcha aucunement le déploiement du grand projet moderne de laïcisation du droit.

L'*observation* de ce qui est résonne comme le cœur de la démarche positiviste scientifique. En matière juridique, on *constate* des situations, des

---

<sup>61</sup> Cf. PAPAUX, Introduction, pp. 70 à 123 en particulier (de Saint Augustin au jusnaturalisme moderne).

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

comportements, des habitudes, des manières de faire, en bref des *ethos*, d'une part ; on *constate* l'existence de lois en vigueur, adoptées dans le respect des procédures idoines et dûment publiées dans un recueil officiel, d'autre part. S'esquissent ici deux types de positivisme juridique (*infra* Sous-sections 2, 3 et 4) qui se mêlent souvent dans les ordres juridiques existants, et particulièrement en droit suisse, merveille de synthèses et de consensus.

Sur la base de l'observation de ce qui est, il devenait aisé de dénoncer le jusnaturalisme, à deux titres au moins.

En premier lieu, il existe de par le monde des ordres juridiques qui ne fonctionnent pas sur les principes prétendus universels et nécessaires, *postulés* par les jusnaturalistes plus que *constatés* : la polygamie, plus rarement la polyandrie, la propriété collective, le blasphème, une religion officielle, etc. sont en maints endroits des figures juridiques.

En second lieu, si des principes juridiques immuables existaient véritablement, alors le droit courrait le risque d'être figé, ce que les travaux d'histoire du droit démentent. Au reste, l'École historique du droit sera l'un des représentants phares du positivisme juridique (§2).

## Sous-section 2. L'École historique du droit ou École du droit historique

À cette école se rattache le nom fameux de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) ainsi que celui des frères Grimm, auteurs de contes de renom et linguistes émérites (droit et langue encore).

Cette école de pensée se fonde sur le constat de l'*historicité* des phénomènes sociaux. Les institutions juridiques subissent, elles aussi, l'épreuve (de l'écoulement) du temps. Même la loi la plus fondamentale, en Suisse la Constitution, évolue : 1848, 1874, 1999 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000) pour *les* Constitutions fédérales de la Confédération suisse.

L'historicité des phénomènes sociaux conduit au *particularisme* national. Le droit ne peut jamais prétendre à une validité ou à une portée universelle parce qu'il est le fruit des pratiques et habitudes d'un peuple donné, *particulier*, le résultat d'une certaine culture, à un moment donné de son histoire.

Ce résultat émane de manière inductive, *bottom-up*, du peuple, plus précisément du *Volksgeist*, l'esprit du peuple. Le droit revêt dès lors

principalement la forme de la coutume, marquée par un temps de cristallisation et de sédimentation, par opposition à la loi, laquelle est *décrétée* par le législateur selon son bon vouloir, pensent les sectateurs de l'École historique.

Aussi est-ce bien le besoin concret qui crée le droit, qui le secrète. Le droit est produit de manière spontanée, plus ou moins inconsciemment, par l'esprit du peuple propre à chaque société, comme il en va pour sa langue.

Les règles de droit que l'on élaborerait en contradiction avec cet esprit sont vouées à demeurer lettres mortes. La spontanéité du juridique s'oppose à toutes règles cherchant à figer un état du droit, ce que s'échinaient précisément à réaliser les codes, mises par écrit du droit auxquelles s'opposaient les représentants de l'École historique.

Cette mise en forme du droit s'avère en conséquence sans réelle portée *normative* ; au mieux a-t-elle valeur *informative* : un code nous donne à connaître un état *momentané* du droit spontané. En ce sens, le droit est un donné, point besoin de législateur institué pour le « créer », par quelque volontarisme.

Les tenants de l'École historique s'opposeront en toute logique aux projets de codification<sup>62</sup> voyant le jour un peu partout en Europe en ce XIX<sup>e</sup> siècle, à l'exemple du fameux Code Napoléon (du 21 mars 1804), ou encore du Code civil prussien (Allgemeines Landrecht de 1794) et du Code civil autrichien (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, adopté le 1<sup>er</sup> juin 1811), codifications qui, par définition, contredisent la conception dynamique, « vivante », du phénomène juridique. Pour ces raisons, l'Allemagne n'a codifié son droit privé (Bürgerliches Gesetzbuch) qu'en 1900.

Les enseignements de l'École historique rencontreront un vif succès en Europe, en Suisse en particulier, dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Ils nourriront, en effet, les oppositions aux diverses unifications du droit en cours, en particulier à la codification du droit privé suisse de la part de maints cantons attachés davantage à une confédération qu'à un État fédéral.

---

<sup>62</sup> Célèbre est la dispute de 1814 entre Friedrich Karl von Savigny (« *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* »), qui s'opposa à la codification du droit en Allemagne, et Anton Friedrich Justus Thibaut (« *Von der Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* ») qui plaida pour cette mise par écrit.

### Sous-section 3. Le positivisme juridique *stricto sensu*

Il s'agit de la forme la plus classique, la plus répandue aussi, de positivisme en droit.

On demeure dans l'esprit scientifique, voire scientifique, relevé. *Le fait observé* ici est généralement l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un État donné, à un moment donné. À savoir, le droit, tout le droit, rien que le droit ou « droit objectif » par contraste avec le « droit subjectif » : « Le Droit objectif vise le système juridique dans son ensemble, tandis qu'un droit subjectif est une prérogative individuelle accordée aux personnes par le Droit [objectif] (par exemple le droit de propriété ou encore le droit au respect de la vie privée) »<sup>63</sup>.

La justification du droit constitue dans cette école un véritable coup de force (au propre comme au figuré), affaire de puissance, de pouvoir, de *potestas*<sup>64</sup> : le droit est le droit, parce qu'il est le droit en vigueur, à un moment donné, dans une société donnée qui le déclare tel.

En d'autres termes, l'*identité* du droit (comme son identification), à savoir que cette norme-ci est bel et bien du droit, ainsi que sa *légitimité*, lui viennent du respect des formes, dénommées procédures, prévues dans l'État en question, pour son adoption. Il y a là bien des ressemblances avec le concept de protocole d'expérience en sciences dures.

Le critère de reconnaissance du droit – identité comme identification – sera en conséquence la *conformité*, « dérivé du bas latin *conformitas* « ressemblance, imitation ». Il exprime la qualité de ce qui est identique ou en accord avec qqch. ou qqn. »<sup>65</sup>. Cet accord désigne ici la correspondance aux procédures préétablies en matière d'élaboration et d'adoption de la règle juridique.

---

<sup>63</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 2014, p. 5. L'expression « droit *subjectif* » est construite sur le latin *subjectum*, le sujet, soit l'individu dans nos démocraties *libérales*, à savoir structurées par le principe « tout ce qui n'est pas interdit est permis ».

<sup>64</sup> Le concept de *potestas* renvoie aussi bien à la notion de force (comme en science physique) qu'à celle de puissance politique, de pouvoir (comme dans « puissance publique »), une confusion ouvrant la voie à ce scientisme juridique.

<sup>65</sup> A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, 1992, p. 472, lequel mentionne encore le sens prêté par Pascal « état de soumission », ô combien suggestif pour le juriste.

Le même critère de la conformité permettra ensuite de juger de la « légalité » (au sens générique de « conforme au *droit* ») d'une situation ou d'un acte particulier.

La nature *juridique* de la règle en question provient donc de l'État, de sa force supérieure aux individus, et par là, de la hiérarchie des normes présentée selon le modèle d'une pyramide, ayant la Constitution pour sommet, loi de rang le plus élevé.

La caractéristique marquante de ce positivisme juridique réside dans le fait de *poser* la norme juridique : c'est le *jus positum*, droit posé par la volonté du législateur, droit *positif*. La position (le fait de poser) du droit (positif) se constate par la consultation d'un journal officiel (Recueil officiel, « RO » et Recueil systématique, « RS ») qui fournit ainsi la preuve de l'existence de la règle légale. Produit formellement par l'acte de poser, ce droit répondra à l'adage « juste (*jus*) parce que prescrit ».

De ce que la règle devient juridique du simple fait d'être *posée* – dans la *conformité* aux procédures – et d'être en vigueur, il devient inutile de s'interroger sur les valeurs en jeu dans la norme, sur son contenu. En bref, sa substance n'est pas pertinente pour juger de sa juridicité, y compris sous l'angle de sa légitimité. Ce serait là une marque de jusnaturalisme, lequel répond à l'adage « prescrit parce que juste (*jus*) ou bon ».

En effet, si la norme a été adoptée dans le respect des formes (procédures) prévues à ce titre dans l'État considéré, alors elle est une règle juridique, que son contenu soit passionnel, scandaleux, voire nauséabond comme ce fut le cas avec les lois raciales, en particulier les lois antisémites du régime national-socialiste en Allemagne ou de Vichy en France, les lois instaurant l'infériorité juridique des noirs aux États-Unis, jusque dans les années 60 ou encore les lois instaurant l'apartheid en Afrique du Sud et maintes lois confessionnelles aujourd'hui encore.

Les valeurs contenues dans la norme ne changent en effet rien au *fait* qu'elle a été posée en tant que règle juridique, conformément aux procédures, par le législateur. Ainsi le droit national socialiste du chancelier Adolf Hitler, le droit posé par le gouvernement de Vichy durant la seconde guerre mondiale, le droit des dictatures communistes, les régimes d'apartheid *sont* du *droit* pour un positiviste radical. Les juges sont censés l'appliquer tel que posé ; ils n'ont pas à faire de politique, en bonne « *science* juridique » : des juges simples « bouches de la loi ».

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

Hans Kelsen (1881-1973) fournira l'un des modèles les plus illustres et les plus cohérents du positivisme juridique à prétention scientifique. Il affirmera que le scientifique du droit n'a pas à revoir les arbitrages ou jugements de valeurs opérés par le législateur, qui ont donné naissance à la règle juridique. Ces jugements de valeur, fussent-ils scandaleux d'un point de vue moral, sont affaire de *politique* et non de *juridique*. Seule compte la *forme* du droit.

Suivant cet auteur, le droit se développe selon une hiérarchie des normes, dénommée poétiquement « pyramide des normes ». Au sommet de l'ordre juridique, qui est en réalité sa base, puisqu'il s'agit de la norme *fondamentale*, de *fundamentum*, le fond, le fondement, le *Grund*, se trouve la Constitution, de laquelle découle la juridicité et *par conséquent* (dans le positivisme juridique strict à tout le moins) la légitimité de toutes les normes inférieures. La déclinaison helvétique de cet ordonnancement hiérarchique donne la Constitution fédérale, *puis* les lois fédérales, *puis* les lois cantonales, *puis* les lois communales, schématiquement.

On se gardera de confondre la *Grundnorm* de Kelsen, la « Norme » conférant sa juridicité à toute norme, avec la Constitution. En effet, de l'aveu même du juriste autrichien, la norme fondamentale est bien davantage une exigence de la Raison, une nécessité *logique*, une sorte d'axiome, une norme *supposée* qu'une authentique norme de droit positif, *posée*. Elle échappe par là à l'observation, critère même de la science juridique.

Ici resurgit le problème délicat des deux positivismes *stricto sensu* : le positivisme juridique élaboré sur la base de l'*observation* (auquel ressortit d'ailleurs le positivisme sociologique, *infra* Sous-section 4) et le positivisme – *jus positum* – de la *volonté* du législateur. Les deux se rencontrent dans la mesure où l'objet de l'observation conduite par le premier est généralement constitué de la volonté du législateur, telle qu'on peut la « constater » dans un journal officiel.

On se gardera également d'assimiler la loi fondamentale allemande dite *Grundgesetz* à la *Grundnorm* de Kelsen, la première étant une loi de droit positif, analogue à notre Constitution, la seconde – on l'a vu – une sorte d'idée régulatrice à la façon kantienne, une exigence logique.

L'omniprésence dans le droit moderne de la figure de l'État, en particulier les procédures étatiques préétablies à respecter, reflète peu ou prou la pensée hégélienne (Georg Wilhelm Friedrich Hegel 1770-1831), philosophe qui voit

dans l'État l'origine de l'autorité qui confère leur qualité de droit (juridicité) aux règles qu'il élabore ou reconnaît.

Loi et droit tendent alors à se confondre, réduction du droit à la loi dénommée *légalisme*, qui domine encore la pensée positiviste contemporaine. Le juriste suisse consultera les notes marginales allemande et italienne puis française de l'art. 1 CC, « *Rechtsanwendung* » dans la version allemande, « *applicazione del diritto* » dans la version italienne soit application du *droit* dans les deux cas, mais « application de la *loi* » dans la version française.

Or la *loi* n'est qu'un *moyen* du droit, l'une de ses sources formelles, parmi d'autres (*infra* Chapitre 4). Cette funeste erreur le doit beaucoup à la fascination exercée par le Code Napoléon sur les esprits suisses romands, les traducteurs en langue française du code civil suisse, Virgile Rossel et Fritz Henri Mentha ne parvenant guère à résister à la subjuguante élégance de la plume des rédacteurs du Code civil français. Stendhal ne recommandait-il pas la lecture quotidienne de quelques lignes du Code Napoléon à tout littérateur ?

#### Sous-section 4. Le positivisme sociologique

Animé lui aussi par l'esprit scientifique, le positivisme sociologique se veut reflet des réalités elles-mêmes, loin des a priori, en particulier loin du « tout étatique » que reflète avec une certaine constance le positivisme juridique *stricto sensu*. Tentant de rester sur le plan des constats, les analyses produites par le positivisme sociologique devraient demeurer strictement *descriptives* (par opposition à *prescriptives* ou *normatives*).

Il procédera dès lors inductivement, *bottom-up*, lisant dans les réalités sociales des rapports de force à l'œuvre, des tensions sociétales. Le droit apparaît alors comme la *résultante* de ces rapports de force, dans une langue qui emprunte beaucoup au langage de la physique mécanique.

Le sociologisme juridique reproche au positivisme juridique une conception du droit par trop liée au pouvoir politique (gouvernants, législateurs, institutions judiciaires, etc.), conférant trop de poids aux autorités et aux formes institutionnelles. Le droit leur apparaît enfermé dans un système dépendant des seules finalités du pouvoir politique.

Or, il est aussi, surtout peut-être, le fruit d'une multiplicité de forces sociales s'affrontant dans la société considérée : associations, fondations, syndicats, patronats, partis politiques, « mobilisations sociales », « opinion publique »,

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

lobbys divers, grands groupes financiers, banques et assurances, mais encore communes, cantons, universités. « Milieux intéressés » que l'on retrouve peu ou prou dans les procédures de consultation menées lors de l'élaboration d'une loi par l'administration fédérale en particulier (*infra* Titre III, Chapitre 2, Section 1), décisives pour un droit *acceptable* par ses destinataires.

En affirmant trouver les racines du droit dans les phénomènes sociaux eux-mêmes, le positivisme sociologique se situe dans la ligne de l'École historique. Il conçoit toutefois la société comme indépendante des individus qui la composent, un « ensemble » ayant une existence et des finalités propres, échappant pour partie aux volontés individuelles. Si le *Volksgeist* répond bien à ces caractéristiques, il apparaît aux yeux du sociologisme juridique insuffisamment scientifique, fruit d'une vue de l'esprit plus que d'une observation « scientifique » ; trop romantique à tout dire.

### **Section 3. De l'influence des deux grands courants philosophiques sur la conception du droit**

#### **Sous-section 1. Bref rappel de leurs ressorts essentiels**

Pour les jusnaturalistes, à tout le moins ceux de la version idéaliste (*versus* le réalisme d'Aristote en la matière), le droit existe indépendamment de toute formulation positiviste. Le droit naturel est en effet constitué de principes généraux et abstraits pensés comme immuables, éternels et universels, qu'ils nous soient connus par les Dieux, la Révélation divine, la nature ou encore la Raison humaine. Ce droit échappe au temps, il est anhistorique.

Les droits de l'homme, bien qu'*historiquement* situés, en 1789 pour la Déclaration (française) des droits de l'homme et du citoyen, 1948 pour la Déclaration universelle des droits de l'homme et 1950 pour la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont souvent présentés à la manière de droits naturels, rendus de la sorte indisponibles aux velléités tyranniques de législateurs tentés de sacrifier l'Individu au nom de l'État ou du Groupe.

Pour les positivistes, en revanche, le droit se présente comme un ensemble de règles qui tirent leur existence momentanée (historicité) de l'esprit du peuple, de l'organisation étatique du pouvoir politique ou encore de l'équilibre (à instaurer ou maintenir) des forces sociales. Le droit positif, par opposition au droit naturel, est intrinsèquement, essentiellement, lié aux temps et aux lieux :

il naît, croît et meurt. S'avère dès lors centrale la question de la *forme* que revêt le droit pour venir à l'existence et pour être reconnu tel ; en bref les procédures qu'il suit pour son édicition.

Pour un jusnaturaliste, ces formes sont sans pertinence ; elles ne sauraient être constitutives de la juridicité des règles en question, lesquelles sont *données* ; il faut simplement les expliciter. À ses yeux, la théorie des sources formelles (cf. *infra* Chapitre 4) ne concerne que la dimension « basse » du droit, le droit *positif*, en exécution du droit principal qu'est le droit naturel.

Pour un positiviste en revanche, la forme, le respect de certaines procédures prédéterminées, est décisive pour s'assurer de la juridicité des règles en question. On doit alors, en toute logique, à ce courant, la centralité de la théorie des sources du droit (cf. *infra* chapitre 4), en particulier la théorie des sources *formelles*. Pour maints juristes, les sources formelles signant le « début » du droit, la doctrine positiviste ne peut que conserver une influence immense sur la vie du droit, dût-elle porter davantage sur l'Idée du droit que sur sa pratique.

## Sous-section 2. De l'influence de ces deux grands courants dans le droit actuel, suisse en particulier

Sans doute la Révolution française a-t-elle profondément influencé la philosophie du droit en accréditant l'idée d'une possible ingénierie sociale (*social engineering*) : le droit pourrait modeler la société, ses institutions, selon la volonté du constituant ou du législateur. Où l'on reconnaît une doctrine commune à toutes les révolutions : la *tabula rasa*, faire table rase du passé, y compris juridique, pour tout reconstruire selon l'esprit nouveau.

Sans embrasser une voie aussi radicale, la démocratie moderne et contemporaine suit une veine analogue en permettant aux peuples, aux élus et aux constituants de *poser* le droit qu'ils jugent bons, « juste parce que prescrit », *jus positum*.

La *pratique* juridique ne s'avère pas aussi simple. La mise en œuvre des initiatives constitutionnelles, suite à une « votation populaire » – commodité de langage dont l'approximation restitue mal l'exigence de la double majorité du peuple et des cantons et donc de la volonté du Constituant –, achoppe souvent à des difficultés pratiques que le texte, dans sa généralité même, ne peut prévoir. Comme toute règle de droit (allons-nous voir, *infra* Chapitre 4), son énoncé est de texture *générale* et *abstraite* alors que les cas concrets

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

relèvent, eux, d'une autre structure, *singulière* et *concrète*, soit d'une autre logique.

Ainsi l'initiative votée le 9 février 2014, dénommée « Contre l'immigration de masse »<sup>66</sup>, fut mise en œuvre sans conformité parfaite au texte voté, laquelle aurait en toute vraisemblance perturbé sensiblement l'économie par manque de main d'œuvre suffisante dans maints domaines (hôtellerie et agriculture en particulier).

La définition de la résidence secondaire dans la *Lex Weber* (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016), ensuite de l'adoption, le 11 mars 2012, de l'initiative constitutionnelle proposée par Franz Weber, ne reflète pas dans toute son ampleur les positions les plus rigoristes qui avaient porté le projet.

Où l'on voit déjà que l'interprétation des textes juridiques (*infra*, Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation) recèle toujours une part de *création* juridique et d'*opinion* politique ; en d'autres termes, une dimension *axiologique*, c'est-à-dire *subjective*, distinguant soigneusement ici le *subjectif* de l'*arbitraire* (le « bon vouloir » de l'interprète, son « bon plaisir »).

En Suisse, le développement de la démocratie directe et semi-directe (initiative et référendum), dès 1848, embrasse bien davantage la conception positiviste, celle de la *création* du droit par le législateur, que jusnaturaliste, celle de la simple énonciation ou déclaration des principes juridiques fondamentaux par le législateur simple rédacteur dans son droit positif des normes transcendantes. La procédure d'élaboration des lois, se conduisant la plupart du temps en Suisse de manière ascendante, inductive (*bottom-up*), permet de tenir compte des aspirations des citoyens et des différents milieux intéressés, manière de « *social engineering* pragmatique » propre à assurer l'acceptabilité des normes édictées à la suite d'instructives procédures de consultation.

L'unification du droit en Suisse et la réalisation de grandes codifications confirment l'influence des courants de pensée positivistes. L'esprit du temps s'installe dans le « bon parce que prescrit » : c'est la prescription qui fait la juridicité et même la légitimité du droit, donc le respect des *formes* dans l'adoption de la règle et non le *contenu* de la règle.

---

<sup>66</sup> FF 2014 3957 ; FF 2013 279 pour le message du Conseil fédéral y relatif.

Or, Hitler parvint au pouvoir grosso modo dans le respect des formes démocratiques (quelque peu manipulées en amont de l'élection) prévues pour la désignation du Chancelier allemand. Son élection légale, son mandat devenait juridiquement légitime. *Posant* ensuite maintes lois aux contenus ignobles mais en respectant les formes légales exigées pour leur élaboration, il pouvait les affirmer *de droit*, partant *du droit*, dans l'esprit positiviste radical ; et par là légitimes. Version moderne et répugnante du *dura lex sed lex* (la loi est dure mais c'est la loi). En d'autres termes, du droit, ces lois ont le *titre* mais pas la *mesure*, par laquelle les Grecs définissaient le droit, le « ni trop ni trop peu » ou de manière équivalente le « à chacun sa part » ou « à chacun ce qui lui revient », *suum cuique tribuere*, d'esprit aristotélicien et romain : n'en pas prendre plus, mais pas moins non plus, des pouvoirs, droits, charges et devoirs.

Pour positives (au sens de posées, *jus positum*) qu'elles soient, peut-on véritablement affirmer justes ces lois du Troisième Reich ? Le cri d'Antigone aurait-il été poussé pour rien ? En effet, droit vient de *jus* (juste), mais « juste » au sens du jusnaturalisme : affaire de contenu. Pour un jusnaturaliste, des règles visant à l'éradication des « déviants » de corps (handicapés physiques et mentaux jusqu'à comprendre des mutilés allemands héros de la première guerre mondiale), de mœurs (les homosexuels en particulier), d'idée (les communistes en particulier) ou de races (les Juifs et les Tziganes) ne sauraient être qualifiées de « droit » ou être dites « justes » quand bien même respecteraient-elles les formes procédurales prescrites pour leur adoption.

Comment un « génocide » (art. 264 CP) (et l'expression viendra dans la décade suivant le Tribunal de Nuremberg) pourrait-il constituer une règle *juste*, « droite » ?

Mais où découvrir ce principe universel, éternel, d'interdiction du génocide ? Qui l'a consacré ?

Une chose est assurée : son grand promoteur, celui qui en a forgé l'expression, Raphael Lemkin, montre que la condamnation juridique des actes de génocide ne vient pas de la nuit des temps ; au rebours, que les temps passés en connurent beaucoup et que leurs auteurs furent célébrés comme des héros.

Ainsi, d'un point de vue historique, l'interdiction du génocide constitue bien une valeur *nouvelle* et récente, ne relevant par conséquent pas d'un jusnaturalisme, *prima facie* à tout le moins.

Envisagée et nommée dès avant le procès de Nuremberg<sup>67</sup>, mais excédant la compétence du Tribunal militaire international, la notion juridique de génocide fut consacrée ultérieurement, à une date précise, le 9 décembre 1948 à New York, à la faveur de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide<sup>68</sup>.

Arcbouté sur une conception absolue, rigide, du positivisme juridique, le juriste positiviste strict devrait admettre qu'il n'y a *juridiquement* aucun génocide perpétré par le régime national-socialiste conformément au principe cardinal du droit pénal moderne : *nullum crimen sine lege* ou *nulla poena sine lege*, pas de crime sans loi, pas de peine sans loi ; dit « principe de la légalité des délits et des peines » ; délits et crimes et encore peines n'existent juridiquement en droit pénal que s'ils sont expressément consacrés par une loi pénale *au moment* de leur commission<sup>69</sup>.

Pourquoi la propension de nos esprits à dénommer « génocide » des actes qui ne pouvaient être qualifiés *juridiquement* tel par absence de cette incrimination dans les codes pénaux de l'époque ? Le peu d'attention à la séquence historique des événements explique pour part cette inclination mais le sentiment que des crimes aussi graves *transcendent* le temps, surpassent son écoulement, en constitue certainement le ressort le plus puissant. Pareille contestation de l'effacement du temps se retrouve en droit suisse récent, avec la disparition de toute prescription en matière de crime sexuel sur mineur. Ce crime est devenu « imprescriptible » suite à une initiative constitutionnelle ayant donné lieu à la Loi fédérale du 15 juin 2012 sur l'imprescriptibilité des

---

<sup>67</sup> Concernent le contexte historique et humain entourant l'émergence des notions de crime contre l'humanité et de génocide, voir P. SANDS, *Retour à Lemberg*, Albin Michel, Paris, 2017, pp. 189-190 et 231-234 notamment.

<sup>68</sup> Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide conclue à New York le 9 décembre 1948 (RS 0.311.11).

<sup>69</sup> L'une des premières formulations de ce principe central du droit pénal moderne remonte au traité *Dei delitti e delle pene* (*Des délits et des peines*) du juriste et intellectuel milanais Cesare Bonesana, marquis de Beccaria : « [...] les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et [...] ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société par un contrat social » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, GF Paris, 1991, p. 65). Publié en 1764 à Livourne sous couvert d'anonymat, le texte eut un fort retentissement non seulement en Europe mais aussi dans les colonies américaines. Il marque le tournant libéral (au sens philosophique du terme) du droit pénal. Voir M. PORRET et É. SALVI (dir.), *Cesare Beccaria : La controverse pénale* (XVIII<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle), Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2015.

actes sexuels ou pornographiques commis sur des enfants impubères qui modifia l'art. 101 CP<sup>70</sup>.

N'est-ce pas que la pensée jusnaturaliste occupe encore quelque espace en nos esprits, ménagé en faveur des valeurs que l'on considère les plus fondamentales, pour ne pas dire fondatrices, de nos institutions ? Des valeurs tellement importantes qu'il nous est difficile de ne pas les croire existantes de toute éternité. On considérera ainsi que le crime contre l'humanité comme le génocide (au sens juridique de ses termes) existent de tout temps, ce qui est historiquement erroné mais symboliquement justifié.

Le législateur helvétique a suivi cette inclination. Introduisant dans le Code pénal la notion de génocide (art. 264 CP), il l'a immunisée contre l'écoulement du temps dans un esprit tout jusnaturaliste. Comme d'autres crimes internationaux, le crime de génocide a été rendu imprescriptible, à savoir punissable sans limite dans le temps, quel que soit la durée courue depuis sa commission, un peu comme si le temps ne s'écoulait plus (art. 101 al. 1 let. a CP). Le crime commis gagne une sorte de réalité anhistorique, toujours actuel, et par conséquent toujours « poursuivable » et condamnable juridiquement. Pareil statut « hors temps » s'avère tout à fait exceptionnel dans le système classique de notre droit pénal.

Il a même été envisagé, par une minorité au Conseil national ainsi que par la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, finalement sans succès<sup>71</sup>, de rendre ces dispositions purement rétroactives<sup>72</sup>. Par conséquent, la norme réprimant le crime de génocide se serait vue appliquée quand bien même, à l'époque où un tel crime a été commis, aucune loi, aucun code ne condamnait en Suisse de tels comportements parce qu'aucune disposition ne les prévoyait ; comme si la loi avait toujours existé (manière de jusnaturalisme), fût-elle *formellement* adoptée des décennies plus tard. Là encore l'écoulement du temps semble sans incidence sur le régime juridique.

---

<sup>70</sup> RO 2012 5951, FF 2011 5565.

<sup>71</sup> A dessein, le projet du Conseil fédéral ne contenait pas d'exception au principe de non-rétroactivité (FF 2008 3461, 3506-3507). Ces propositions, apparues au cours des débats dans les chambres, ont finalement été écartées (BO CN 2009 68, 73-74 ; BO CE 2010 336, 337-339).

<sup>72</sup> Sur la distinction entre rétroactivité proprement dite et improprement dite, *infra* Titre II, Chapitre 3, Section 2).

Que le droit international public soit à l'origine de ces notions (crime contre l'humanité, génocide) n'étonnera pas. En effet, il est l'un des hauts lieux d'affrontement contemporain des deux courants de philosophie du droit abordés. Le jusnaturalisme a recouvré une forte influence dans le cadre des grandes conventions internationales, quasi universelles parfois. Derrière ces entreprises vibre l'esprit du jusnaturalisme : qu'il existerait une sorte de droit immanent à l'ordre juridique international ou entre les nations civilisées consacrant l'interdiction du crime contre l'humanité, l'interdiction du génocide, l'interdiction de la torture ou encore de l'esclavage, la mise hors la loi de la guerre, etc. Autant de droits « naturels » que les juristes se contenteraient de constater tant ils semblent s'imposer d'évidence : « découverts » et non « créés », alors que l'historien, comme l'historien du droit, dateront sans difficulté le moment de leur adoption.

Mais en reconnaître trop ouvertement la nature de droit positif (*posé* par la volonté) induit l'idée, cohérente en tout système positiviste, que ces interdictions pourraient être levés. Un exemple récent rendit apparent la nature *créée, choisie*, de la peine de mort (ou de son abolition) sur laquelle il manqua peu au peuple suisse de devoir se prononcer, suite à une initiative de 2010, retirée toutefois par ses initiants. Il était donc possible de revenir sur l'abolition de la peine de mort si une majorité du peuple et des cantons en avait décidé ainsi.

### Sous-section 3. Le point de vue juridico-philosophique : du « prescrit parce que bon » au « bon parce que prescrit » ? Ou la corrélation des contraires !

Comme toujours en philosophie, les positions extrêmes sont erronées mais didactiquement intéressantes : elles permettent de poser les termes du débat dans leur plus grande netteté.

#### § 1. *Du point de vue du droit positif*

Ainsi, concernant le *positivisme juridique*, il n'est pas vrai que le législateur peut édicter n'importe quoi, que le contenu de la norme n'a aucune importance, que seul compterait le respect des formes, à savoir des procédures idoines, pour l'élaboration et l'édition de la loi.

À Ypres, en Belgique, durant la première guerre mondiale, à l'occasion de la « Bataille des Flandres », les troupes allemandes utilisèrent des gaz de combat

malgré l'existence d'une norme internationale interdisant l'usage d'obus transportant des substances délétères. L'armée allemande chargea Dame Nature de répandre les gaz enfermés dans des outres, non sans quelques aléas météorologiques – le vent les faisant parfois remonter vers elle – mais en toute certitude juridique. Ne respectait-on pas la *lettre* de la loi, son *texte* même puisque l'armée se garda d'utiliser le moindre obus ?

Pareille démarche ne trompe toutefois personne : l'immense majorité des citoyens affirmerait sans doute que ce comportement est injuste et viole la convention, certes pas sa *lettre* mais son *esprit*. La sagesse du législateur suisse le conduisit à consacrer dès la première ligne de l'art. 1 al. 1 CC, le couple « lettre/esprit » que nous analyserons au titre de l'interprétation (Tome II, Titre VI, Chapitre 2).

De même appliqua-t-on à la lettre les lois du Troisième Reich et de Vichy discriminatoires et confiscatoires à l'égard des Juifs. Adoptées conformément aux procédures requises, ces lois étaient *de droit et du droit*, du *jus donc justes* de ce point de vue, ce qui est *choquant* mais *cohérent* dans la ligne d'un strict positivisme juridique. On ne s'en tint pourtant pas à ce pur légalisme et des restitutions de biens furent entamées, dont certaines sont toujours en cours.

En d'autres termes, l'adage « bon parce que prescrit » n'est plus suffisant aujourd'hui pour fonder, encore moins légitimer, un système juridique. Les ordres juridiques qui consacrent légalement des valeurs répugnantes sont dénoncés sur la scène internationale notamment, via la *fonction critique* des droits de l'homme (*infra*) ou via la non-reconnaissance de l'État le cas échéant.

Il est dès lors erroné de penser que le droit serait à l'abri de tout jugement de valeur (de la part du législateur ou du juge), rendant ainsi douteuse sa nature de « science » sauf à le réduire à un exercice de paraphrase ou à une pure *technique* imperméable à toute notion de *juste*, laquelle est en effet une valeur... et même une vertu selon les Anciens comme les Médiévaux.

La position du Tribunal fédéral en la matière s'avère aussi de grande nuance. Ainsi, dans l'arrêt canonique ATF 137 IV 180, déclare-t-il : « le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

ambiguïté une solution matériellement juste »<sup>73</sup>. Une certaine conception du juste (matériel) au-delà des textes, de la *lettre*, habite donc l'esprit du Tribunal fédéral, sans qu'il soit possible de définir plus avant la notion de juste.

De plus, il est tout à fait théorique, pour ne pas écrire illusoire, de postuler que le juriste doit recevoir purement et simplement l'arbitrage de valeurs tel qu'opéré par le législateur. Le juge a toujours à disposition un recours à l'équitable pour ne pas suivre, certes *exceptionnellement*, une loi dont l'application conduirait à un résultat injuste, inique, réserve ou prudence qui retentit déjà dans l'adage *summum jus summa injuria*, avons-nous vu.

L'intervention de l'équité ne signifie pas pour autant, à tout le moins pas forcément, que la loi est injuste mais, plus simplement, que son application *in concreto* conduit à un résultat matériellement insoutenable. Et l'équitable n'est-il pas une forme de « *soft* jusnaturalisme », de jusnaturalisme valant *in casu*, dans le cas concret, ni prévu ni dicté par un législateur ? L'équité constituant l'un des grands principes du droit suisse, elle sera analysée es qualités (Tome II, Titre VI, Chapitre 2, Section 9).

## § 2. *Du point de vue du jusnaturalisme*

Concernant le *jusnaturalisme*, il se trouve bel et bien présent *dans* le droit positif, on vient de le voir, et *au-dessus* de l'ordre juridique positif, en quelque manière, en le chef des droits de l'homme notamment.

Le droit naturel se définit principalement par la recherche, la reconnaissance, de règles *bonnes*, tendant à assurer la justice, dans la visée du bien commun pour les Anciens, et dans celle de l'individu pour les Modernes.

La notion de « juste » ou de « bon » toutefois varie dans l'espace et dans le temps comme l'attestent les nombreuses Déclarations des droits de l'homme avons-nous vu (Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de la Révolution française en 1789, Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948, Convention européenne des droits de l'homme de 1950, Convention

---

<sup>73</sup> ATF 137 IV 180, p. 184 ; voir aussi l'ATF 121 III 219 (JdT 1996 I 162), consid. 1d aa) et P. PICHONNAZ et S. VOGENAUER, « Le pluralisme pragmatique du Tribunal fédéral : une méthode sans méthode ? Réflexions sur l'ATF 123 III 292 » in PJA 1999, pp. 417 ss et P. PICHONNAZ, « Le centenaire du Code des obligations : un code toujours plus hors du code », in RDS 2011, pp. 204. Sur ce pluralisme pragmatique, voir encore *infra* Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation.

américaine relative aux droits de l'homme de 1969, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, Déclaration sur les droits de l'homme en Islam de 1990, Charte arabe des droits de l'homme de 1994, Déclaration des droits humains de l'ASEAN, l'Association des nations de l'Asie du sud-est).

La Convention européenne des droits de l'homme connaît elle-même des variations internes sous les espèces de diverses générations des droits de l'homme : première génération avec les droits civils et politiques ; deuxième génération avec les droits sociaux, économiques et culturels ; troisième génération avec les « droits de solidarité » ou « droits collectifs » ; voire quatrième génération avec le « droit au bonheur », selon les mauvaises langues.

On peut dès lors raisonnablement douter du caractère immuable ou éternel aussi bien qu'universel du droit naturel.

Doit-on pour autant affirmer que la notion de droit naturel est paradoxalement artificielle, exagérée et même inutile ? La réponse est doublement non.

D'une part, rien n'empêche de disposer d'un « droit naturel *variable* », à l'exemple du droit naturel d'Aristote, déjà entrevu : qu'un bon gouvernement est en tout temps et en tout lieu un mélange de monarchie (décision d'une seule personne), d'oligarchie (décision à un petit nombre de personnes ou collègue) et de démocratie (décision à la totalité du groupe ou peuple), constatant en même temps que ce mélange varie d'un lieu à l'autre et d'une époque à l'autre. Que tout enfant a droit à l'éducation et réciproquement tout parent le devoir (de l'homme) d'éduquer ses enfants, selon des modes d'éducation aux différences diamétrales selon les lieux et les temps. Ou encore le droit à la sécurité qui a pour corrélat, dans une armée de milice, le devoir de servir ou l'obligation de s'acquitter de l'impôt de défense nationale, qui peut ne concerner que les hommes (volontariat pour les femmes) ou les hommes et les femmes (en Israël par exemple) ; le devoir de respecter la parole donnée (*pacta sunt servanda*) qui va jusqu'à l'interdiction absolue de mentir d'E. Kant, que B. Constant lui reprochera, y voyant une exigence surhumaine, finitude que le CPP actuel enregistre en permettant à l'accusé de mentir pour sa propre cause, à tout le moins de ne pas déposer contre lui-même (art. 113 al. 1 CPP).

D'autre part, s'exerce la « fonction critique » du droit naturel, corps de valeurs transcendant le droit positif et l'obligeant à adopter un certain nombre de droits substantiels ou libertés fondamentales minimales, pour ne pas retomber dans

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

les errements d'un strict « bon parce que prescrit » d'un autoritarisme menaçant toujours de précipiter en dictature.

Toutefois, le « prescrit parce que bon » achoppe à une difficulté insurmontable, obligeant à la plus grande prudence. Qui donc le « découvre » (retirer la couverture qui précisément couvre) et le déclare ? Partant, avec quelle légitimité ? Qui va « constater » le bon et le juste ? Où le trouvera-t-il ?

Dans un sens général, de ce que l'être humain est une créature finie, limitée, faillible, comment pourrait-il découvrir de l'absolu ?

Sous cet angle, le juriste, homme pragmatique s'il en est, puisque le droit est une *praxis* (sa réalité ultime est la pratique), est nécessairement positiviste : c'est bien l'homme qui, tout concrètement, pose le droit d'ici et maintenant, un droit inscrit dans le temps, dans l'histoire.

Mais le réalisme un peu trivial de cette position n'exclut pas tout jusnaturalisme : il serait bien difficile à un juriste digne de ce nom d'affirmer que le droit ne poursuit pas une finalité de justice, qu'il n'a pas pour mission de « dire le juste », littéralement « *juris-dictio* » ou juridiction. Le juriste doutera simplement de l'existence de règles *absolues*, c'est-à-dire hors du temps, valables en tout contexte.

En guise de synthèse, le droit est un moyen pacifique d'organiser la coexistence *hic et nunc* de deux ou plusieurs personnes dans un certain esprit de justice.

### § 3. *Le droit comme alliage de positivisme et de jusnaturalisme*

Pour remplir adéquatement cette fonction, le droit se doit d'être utile et acceptable, soit réaliser une certaine justice matérielle, pour une société donnée à une époque déterminée. Il comportera donc nécessairement des aspects jusnaturalistes, des traductions du bien ou du bon, à tout le moins concernant ses normes essentielles.

Il existe évidemment de très nombreuses situations point aussi fondamentales, qui requièrent le choix de l'une des deux (ou plus) branches de l'alternative concernée, dans le seul but de permettre la cohérence des comportements. Dans tout pays le législateur fixe juridiquement les règles de la circulation

routière, choisissant la droite ou la gauche de la chaussée comme voie ordinaire de circulation, l'une étant en soi aussi adéquate que l'autre, la nécessité pragmatique commandant d'arrêter l'une des deux. Ceci donne à voir que plus la norme est technique, réciproquement moins elle traduit un arbitrage de valeur, une axiologie, plus le *jus positum*, droit *posé* par la seule volonté, apparaît autonome par rapport à quelque « droit naturel ».

En résumé, pour garantir le respect du droit « dans les cas les plus fréquents » sans recourir en permanence à la menace, le législateur aura soin d'élaborer des règles de droit ressenties comme *utiles et praticables*.

Il aura également soin d'élaborer des règles « justes », à savoir des règles qui ne blessent pas le sentiment de la justice tel qu'il est partagé par la population concernée. Pour l'exprimer dans des termes analogues (« en creux » toutefois) à ceux caractérisant l'interdiction de l'arbitraire : est prohibé tout acte juridique qui contrevient au sentiment de la justice tel qu'il existe en une société donnée à un moment déterminé de son histoire. En bref, le législateur veillera à adopter des règles *acceptables*.

En conclusion, le droit est aujourd'hui *globalement positiviste*, mais, dans ses normes les plus *fondamentales*, il est aussi *jusnaturaliste*, tendant vers le bien ou le bon, ainsi qu'en témoigne la présence des libertés fondamentales et autres droits de l'homme dans notre Constitution de 1999 et même, historiquement, la précédant. Un « bon », certes non universel, non univoque – comme le voudrait le jusnaturalisme idéaliste – néanmoins un bien qui, pour une société donnée à un moment donné, n'est pas à la libre disposition du législateur, à la disposition de son bon vouloir comme le suppose un positivisme juridique radical. Un élément de transcendance irrigue toujours le droit. Sans être du jusnaturalisme *stricto sensu*, il paraît bien difficile de revenir sur l'interdiction de la peine de mort ou sur l'esclavage, par exemple.

Plus personne aujourd'hui, hors exception fondamentaliste, ne croit qu'il suffirait au législateur de simplement mettre au jour des principes qui existent depuis toujours, éternels et immuables, clairs et définitifs pour tous les lieux (sociétés) et tous les temps.

Inversement, plus guère de monde soutiendrait, aujourd'hui, qu'une norme respectant les formes de son adoption, *conforme* donc aux procédures requises, constitue du *droit* quel que soit son contenu : autoriser la torture sur les enfants à l'école en cas de désobéissance, autoriser la traite des blanches ou l'esclavage des noirs ; rendre licite la pédophilie, décréter la mise à mort de

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

toute personne ayant plus de septante ans, dans le but, par exemple, de renflouer les caisses de l'assurance vieillesse ; etc.

Cette opposition de portée didactique entre les deux écoles, jamais tranchée, devrait amener le juriste à ne jamais confondre *droit* et *loi*.

Le droit est le *genre* alors que la loi est l'*une* de ses *espèces*, parmi d'autres, comme l'indique l'art. 1 CC, la loi demeurât-elle la plus importante des sources formelles, aux côtés de la coutume, de la jurisprudence voire de la doctrine.

Et toujours en filigrane la possible intervention de l'équité, façon de « *soft jusnaturalisme* ». Ainsi s'annonce la théorie des sources formelles (Chapitre 4), à laquelle la troisième approche de la définition du droit, l'approche dite « juridique », servira de propédeutique.

### Chapitre 3. L'approche proprement juridique

Définir le *droit* par une approche *juridique* semble quelque peu tautologique ou autoréférentiel. Cette approche se réfère en effet à une certaine connaissance préalable du droit, résumée par l'adjectif « juridique ». Mais comment peut-elle « présupposer » cette connaissance alors que le droit constitue précisément l'objet qu'elle se propose de définir ? La conclusion étant déjà contenue dans l'hypothèse ou présupposition, le droit dans le « juridique », le raisonnement semble bien épouser la forme problématique du cercle vicieux.

Une étude sociologique du Conseil d'État – la plus haute instance administrative française – concluait de manière analogue : « toute tentative de définition [du droit], aussi brutale ou sophistiquée qu'elle soit, finit toujours par ajouter, en désespoir de cause, l'adjectif « juridique » pour le qualifier. Qu'on cherche à l'établir par la loi, par la règle, la sanction, l'autorité, le bien commun, le monopole de la violence, l'État, il faut à chaque fois préciser : « à condition qu'ils soient juridiquement fondés ». Autrement dit, une inévitable *tautologie* fait partie de la définition du droit. Pour décrire le droit de façon convaincante, il faut être déjà, par un saut, installé en lui. »<sup>74</sup> Cette tautologie n'est qu'apparente, *prima facie*<sup>75</sup>.

La tautologie (si l'on y tient) indique avant tout qu'il faut se garder de rechercher une origine *absolue* au droit, comme à tout phénomène humain au demeurant. Les origines sont toujours plurielles, souvent mêlées, et si aisément manipulables par les diverses idéologies. Aussi le juriste se contentera-t-il d'origines *relatives*, comme il apparaît dans la présente définition du droit circonscrit – mais non épuisé – par la triple approche, dont nous abordons le troisième volet.

Notre point de départ est connu : la définition du droit dans son insuffisance même, comme l'ensemble des règles régissant les rapports des hommes vivant en société en vue de leur coexistence pacifique (supra, Titre II, Chapitre 1, Section 3). Pareille description conviendrait aussi bien pour la religion, la

---

<sup>74</sup> B. LATOUR, *La fabrique du droit*, La Découverte, Paris, 2002, pp. 272-273.

<sup>75</sup> La pensée atteint ici, en vérité, à la dimension sacrée du droit, l'auto-fondation ou l'auto-transcendance, constituant précisément une marque du sacré (selon le titre d'un maître ouvrage du fameux épistémologue J.-P. DUPUY, *La marque du sacré*, Carnets Nord, Paris, 2008).

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

morale, la politique, l'éthique, la politesse, les usages, diverses déontologies et autres *guidelines*.

Aussi devons-nous tenter de trouver la *spécificité* du droit par rapport à ces autres corps de prescriptions.

Différents *critères juridiques*, plus ou moins convaincants, ont été avancés. Leur étude permettra de cerner toujours plus précisément la notion de droit, sans jamais pour autant en obtenir une définition parfaite, complète, univoque, acceptée par tous et valable en tous les temps.

Nous retiendrons pour l'approche juridique trois critères, cumulatifs, se recoupant au reste partiellement : la sanction ; l'obligation générale ; le rapport avec l'autorité étatique. La perspective esquissée par ces trois critères est sans mystère celle du positivisme juridique, d'un droit *posé* par l'autorité, dont les obligations sont garanties par des sanctions. Elle rencontre ainsi l'enseignement actuel, classique, des facultés de droit des pays de *civil law*.

## Section 1. La sanction

Le *Vocabulaire juridique* d'Henri Capitant au titre de la définition du droit avance la formule : « Ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société »<sup>76</sup>.

D'être assortie d'une sanction semble donc caractériser la règle *juridique*. Aussi nous faut-il définir la sanction : la conséquence, prévue par le droit, généralement coûteuse d'un point de vue moral, physique ou financier, entraînée par la violation d'une règle *juridique*.

Nul ne contestera que le droit est fortement marqué par la présence et le prononcé de sanctions<sup>77</sup>. La sanction apparaît comme le corollaire *quasi* naturel de la règle de droit : celui qui exécute mal une obligation juridique

---

<sup>76</sup> G. CORNU et l'Association H. CAPITANT (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 2018, p. 376.

<sup>77</sup> L'épée de Dame Justice. En mythologie, l'épée est un attribut de Némesis (la vengeance). De plus, le mot « décision » vient du verbe latin « *de-cidere* », à savoir « *caedere* », couper, retrancher ; trancher, décider, régler. Salomon, dans son jugement, *tranche* littéralement l'enfant, ou peu s'en faut. Cf. A. Papaux, « Aux sources du droit : l'autorité et la ruse », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 70, p. 213 ss.

devra, en conséquence, réparer le préjudice ainsi causé, par exemple en versant des dommages-intérêts, en subissant quelque peine privative de liberté, etc.

On ne saurait d'ailleurs concevoir un droit pénal dépourvu de sanctions. Le canon l'atteste : « celui qui aura (tué, violé, volé, etc.) sera *puni* de (peine privative de liberté, peine pécuniaire, travail d'intérêt général, etc.) ». Or, le droit pénal est souvent pris pour modèle du droit en général, singulièrement par les non-juristes. Des théoriciens du droit aussi célèbres que Hans Kelsen en firent autant. De là une  *croyance* ferme, pour ne pas dire une  *foi* aveugle, en la nature  *constitutive* de la sanction dans la définition du droit.

Deux problèmes, inverses l'un de l'autre, se présentent alors : est-on assuré que toutes les règles considérées comme juridiques prévoient une sanction ? Inversement, est-on sûr que toute règle prévoyant une sanction est, par là même, du droit ?

### Sous-section 1. Des règles juridiques ne connaissant pas de sanction

Soit une règle tirée de la Constitution, dont personne ne doute de la juridicité en ce qu'elle provient de la loi la plus élevée de l'ordre juridique suisse. La Confédération helvétique ne connaissant pas de cour constitutionnelle, qu'advierait-il si le législateur contrevenait par une loi fédérale à une disposition constitutionnelle ? La réponse de principe tient en ceci que le juge, conformément à l'art. 190 Cst.<sup>78</sup>, appliquera la loi fédérale, violant par là même la Constitution. La violation de la Constitution ne conduit donc à aucune sanction, alors que les dispositions constitutionnelles sont des règles  *juridiques*. La violation de la Constitution par une loi fédérale ne permet en effet pas au juge de « geler » l'application de cette loi au motif de son inconstitutionnalité. Au contraire, le juge est même obligé (et légitimé) d'appliquer la loi fédérale.

La situation juridique est en réalité beaucoup plus nuancée, trop complexe pour être abordée à la faveur d'une simple Introduction. Seuls deux enseignements, cardinaux pour la méthodologie juridique, seront ici retenus.

---

<sup>78</sup> Sur cette disposition nodale du droit suisse, lire notamment P. MOOR, A. FLÜCKIGER et V. MARTENET,  *Droit administratif*, Tome I (Les fondements), 3<sup>e</sup> édition, Berne 2012, pp. 366 ss et V. MARTENET, Commentaire romand de la Constitution fédérale de la Confédération suisse,  *ad art. 190*, à paraître.

En premier lieu, à examiner la situation avec précision, on constate que la Constitution autorise elle-même le juge à « violer » ses dispositions. Dès lors, parler de violation de la Constitution sans sanction s'avère par trop brutal. Comme l'aurait pu dire le Seigneur de La Palice, l'art. 190 Cst. est un article constitutionnel ! C'est donc bien, d'un point de vue logique, la Constitution qui « autorise » une loi fédérale à violer la Constitution, ce qui enlève beaucoup de force dans ce cas à l'« exception » d'un juridique dépourvu de sanction, confirmant surtout que le droit est bien une « science » de la nuance, de la relativité de ses notions, les plus fondamentales en particulier<sup>79</sup>. En d'autres termes, l'absence de sanction que l'on pourrait relever n'est vraie que *prima facie* c'est-à-dire en première approche, selon une analyse grossière, « en gros » (expression que l'on retrouve chez Kelsen) ou « à la louche »<sup>80</sup>.

En analyse plus approfondie, la Constitution conserve la maîtrise des règles qui la violent en les autorisant à procéder ainsi, jugeant de la sorte que les « remises en question » portées cas échéant par les lois fédérales ne sont ou ne seront pas telles que son autorité s'en trouve sérieusement mise en cause. Le droit possède d'ailleurs de fins moyens pour la protéger : le contrôle juridique

---

<sup>79</sup> Ces approximations logiques s'avèrent plus nombreuses qu'on ne le souhaiterait dès lors qu'elles frappent des règles les plus fondamentales. Par exemple, quoi ou qui a constitué le Constituant de la première Constitution, lequel, évidemment, n'a pu être constitué tel par celle-ci puisqu'elle est le fruit de son activité à lui ? Il n'est pas sûr que la question connaisse une réponse juridique satisfaisante. Il en va de même avec la *Grundnorm* de H. Kelsen (dans la pyramide des normes) dont on ne sait trop si elle est une règle de droit positif (comme « [Grund]Norm ») ou une exigence purement logique. Ou, qui des États et de la Cour internationale de justice (CIJ), dont la juridiction n'est pas obligatoire, décide qu'une affaire relève bel et bien de sa compétence, si ce n'est la Cour elle-même ? Elle n'a cependant osé l'affirmer à l'endroit de la clause dite de « la réserve automatique », une réserve excluant à l'avance la compétence de la CIJ relativement à certains domaines particuliers et permettant à l'État de décider lui-même, de cas en cas, si le litige en relève ou non, retirant à la Cour sa « compétence de la compétence » (voir l'affaire des *Emprunts norvégiens*, CIJ, *Rec* 1958, p. 27). Sur ce point délicat du droit international public, on lira notamment E. WYLER et A. PAPAUX, « Le mythe structurant de l'humanité : la communauté internationale vivante » in *Unité et diversité du droit international. Mélanges P.-M. Dupuy*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014, pp. 175-199.

<sup>80</sup> Selon Kelsen, le droit peut être dépeint comme un ordre coercitif efficace dans l'ensemble : « *Im grossen und ganzen* » (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2<sup>e</sup> édition (réimpression de l'édition de 1960), Vienne, 2000, p. 48).

préventif des projets de loi opéré par l'administration fédérale<sup>81</sup>, le contrôle de conventionalité (conformité de la loi fédérale avec une Convention internationale ratifiée par la Confédération)<sup>82</sup>, l'interprétation conforme<sup>83</sup>, le contrôle abstrait des normes cantonales devant le TF ou l'approbation fédérale d'actes cantonaux<sup>84</sup>.

En deuxième lieu, si la Constitution ne craint pas, *sur le principe* (car chaque cas de violation l'écorne un peu tout de même, fussent-ils être rares), de perdre son autorité en permettant sa propre violation, n'est-ce pas que nous touchons au fondement même du droit qui, comme tout fondement, se situe hors hiérarchie ? En effet, du point de vue de la hiérarchie des normes, l'art 190 Cst. est aberrant. Ou la Constitution est bien la loi de rang le plus élevé et la loi fédérale doit alors s'y soumettre : son champ d'application *doit* être restreint à la seule portée compatible avec la Constitution. Ou la Constitution n'est pas la loi la plus fondamentale puisqu'elle peut être remise en cause, par un « simple » législateur (par rapport au Constituant). C'est cette alternative elle-même qui n'a plus de sens avec la Constitution, considérée hors hiérarchie.

Que l'on songe à la logique ou à la hiérarchie (des normes) qui permettrait de résoudre le paradoxe au principe même de tout système juridique *légaliste* : selon quelle loi (base légale) le Premier Constituant de la Première Constitution a-t-il été constitué ? Aucune base légale ne l'indique évidemment puisque la Constitution n'existant pas avant que le Premier Constituant ne l'élabore, il n'y a pas (encore) d'ordre juridique suivant la doctrine du positivisme juridique légaliste... Sauf droit coutumier, ce que cherchait justement à évincer, si ce n'est éradiquer, la loi (voir *infra* Chapitre 4, Section 3).

Le Premier Constituant s'est donc *auto-fondé* comme Constituant, ou *auto-constitué* ; il s'agit d'une véritable *auto-transcendance*, comme le *bootstrapping* du Baron de Münchhausen lequel, embourbé, se tire lui-même par les bottes (ou les cheveux selon la version) pour se sortir du bourbier<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Art. 141 al. 2 lit. a de la Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (« LParl », RS 171.10). Voir MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif*, pp. 371-372.

<sup>82</sup> Seul un enseignement de droit constitutionnel jettera la pleine lumière sur cette délicate affaire.

<sup>83</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif*, pp. 349-352.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pp. 322 ss.

<sup>85</sup> Sur le *bootstrapping* ou auto-transcendance, lire DUPUY, *La marque du sacré, passim*.

Or, l'auto-fondation n'est jamais que cette « marque du sacré » qui signe tout commencement d'une institution (un ordre juridique, le contrat social, une cité), comme le soulignait, dans sa logique paradoxale, la formule de Rousseau (*supra*) à propos de la loi. Le sacré en droit ne fait peur qu'à ceux qui n'ont jamais prêté attention à la robe de l'avocat en tribunal, à peine différente de celle du pasteur en culte. Aux origines des sociétés, les fonctions de prêtre et de juge se recourent, se recouvrent peut-être, en charge du *sacré* précisément<sup>86</sup>. Rabbins et imams sont aujourd'hui encore pourvus de fonctions judiciaires, en matière de droit civil notamment, pouvant prononcer des divorces unilatéraux ou des répudiations par exemple.

Par ailleurs, bien des articles de loi prévoient des buts dont il est délicat de savoir si la non réalisation entraîne en pratique sanction. Pour s'en tenir à un seul exemple, l'art. 1 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire<sup>87</sup> disposant que « [l]a Confédération, les cantons et les communes *veillent à assurer une utilisation mesurée du sol* » (art. 1 al. 1 LAT). Il sera bien difficile de savoir par exemple si la Confédération a bien « veillé », plus difficile encore « veillé à assurer », la notion d'« utilisation *mesurée* » ne facilitant guère la tâche. Qu'advient-il si elle a « mal veillé » ? L'art. 3 al. 2 lit. c LAT enjoignant les autorités à « tenir libres les bords des lacs et des cours d'eau et de faciliter au public l'accès aux rives et le passage le long de celles-ci », connaît un très grand nombre de violations et des procédures enlisées depuis des années. L'al. 4 rend lui aussi mal aisée la notion de sanction, puisqu'« il importe de déterminer selon des critères rationnels l'implantation des constructions et installations publiques ou d'intérêt public » : la notion de « critères rationnels » est d'une précision rendant fort subjective l'identification de sa violation et la sanction à laquelle elle conduirait. Fort heureusement, les lois sont *toujours* complétées, achevées, par la jurisprudence et la doctrine, dont le travail de « traduction » de la loi *générale* et *abstraite* dans le cas *singulier* et *concret* consiste justement à « désambiguïser »<sup>88</sup> les signifiants et signifiés légaux grâce au *contexte* du cas. Raison ultime pour laquelle il ne saurait y avoir d'*application* (de la loi) sans *interprétation* (Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation)

---

<sup>86</sup> G. AGAMBEN, *Le sacrement du langage. Archéologie du serment*, Vrin, Paris, 2009, *passim*.

<sup>87</sup> Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (« LAT », RS 700).

<sup>88</sup> Expression empruntée au fameux sémiologue et romancier U. Eco (U. ECO, *Dire presque la même chose*, Grasset, Paris, 2006, p. 33).

Une large partie du droit international public poserait des questions épineuses quant à sa juridicité si d'aventure celle-ci dépendait *intrinsèquement* de la présence d'une sanction. Les « représailles » existent certes, mais sont le plus souvent l'apanage des États puissants. Les États modestes qui subissent une violation du droit international public n'ont en pratique (*law in action*) guère les moyens d'obtenir la sanction de la contravention constatée. Et pourtant, la très grande majorité des juristes n'a aucun doute quant à la nature juridique du droit international public même si, dans cette branche, l'adhésion à la norme l'emporte de beaucoup sur la contrainte, ce qui ne devrait pas étonner eu égard à la structure décentralisée de la société internationale.

## Sous-section 2. Des règles non juridiques connaissant des sanctions

Il existe de nombreuses règles assorties de sanctions expresses, organisées et parfois rudes, qui pourtant ne relèvent pas du droit.

Les religions en livrent peut-être les exemples les plus marquants. Dans certaines communautés, manger tel type de viande viole une règle – un interdit – importante qui rend le consommateur « impur » et, partant, conduit à des sanctions. Les sanctions religieuses peuvent aller jusqu'à l'exclusion de la communauté, entraînant le cas échéant des conséquences sociales très lourdes. Ces sanctions ne sont donc pas bénignes. Or, une pareille règle n'est pas de nature juridique, à tout le moins dans un État laïque (tous les États ne le sont pas, nouvelle illustration de la relativité du droit).

Qu'en est-il en outre des règles de la mafia ? Des règles de groupes divers très structurés : des skinheads, des ultras, des clans de banlieue, des clubs ou des corporations informelles mais très organisées (franc-maçonnerie ; sectes diverses) ?

Maints auteurs ont tenté d'affiner le critère de la sanction en le complétant par l'institution : le droit est bien *spécifié*, distingué des autres branches normatives, par le caractère institutionnalisé de la sanction, au sens d'une sanction *justiciable* des tribunaux, d'un « juge » (au sens générique du terme, *infra*, Chapitre 4, Section 3) pour la prononcer et la faire exécuter.

Au rebours, la contravention à une règle religieuse ne peut pas être portée devant un tribunal relevant de l'État, lequel, s'il était saisi, se déclarerait incompétent. De même, si une sanction devait être prononcée par une autorité non étatique, nul ne pourrait en obtenir l'exécution par recours à la force

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

publique, police ou armée. Le critère de la « *justiciabilité* de la sanction » (et pas de la sanction comme telle, toute nue) pointe déjà vers le troisième critère de la juridicité (voir Section 3).

L'analyse de ce premier critère conduit à distinguer finement mais fermement entre la nature *nécessaire* et la nature *constitutive* de la sanction... encore le droit comme « science » de la nuance.

Si la règle de droit comporte fréquemment des sanctions, expresses le plus souvent, la sanction n'est pas pour autant un élément *constitutif* du juridique. Par « constitutif », nous entendons une caractéristique qui doit être présente *absolument*, ne connaître aucune exception (point de vue de l'essence) ; cette condition n'est pas remplie par la sanction pour maints domaines du droit, avons-nous vu.

En revanche, la sanction est bel et bien nécessaire *grosso modo* pour l'existence d'un ordre juridique et, plus spécifiquement, pour ses branches. Le plus souvent, on ne peut se passer de la sanction pour des raisons pratiques d'effectivité ou d'efficacité (point de vue de l'existence). D'où la nature *nécessaire* de la sanction, pour corriger le peu de « raison pratique » du citoyen diraient les Anciens, le défaut d'acceptabilité (ou le manque d'acceptation) de la règle diraient les Modernes. Ainsi « Hart précise bien que les sanctions sont indispensables non comme motif principal d'obéissance, mais pour garantir à ceux qui accepteront volontairement d'obéir qu'ils ne seront pas sacrifiés à ceux qui ne l'accepteront pas »<sup>89</sup>.

Des règles à la nature juridique indiscutable, jusqu'aux normes fondamentales d'une société, peuvent donc ne pas connaître de sanction sans rendre pour autant dubitable leur juridicité.

## **Section 2. Le principe d'obligation générale. Ou ne pas faire acception de personne**

En un sens lâche, la notion d'obligation juridique peut désigner en français aussi bien le devoir de faire ou de fournir un bien ou un service que le devoir de s'abstenir.

---

<sup>89</sup> F. OST, *A quoi sert le droit ? Usage, fonction, finalités*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 252.

L'obligation de considérer à part des autres jours le dimanche, en tant que jour du Seigneur, ne concerne que les personnes de confession, à tout le moins de culture, chrétienne.

Toute personne non convaincue par cette religion pensera ce qu'elle voudra du dimanche, y déploiera les activités qui lui plaisent, sauf travailler. En effet, à suivre l'art. 18 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce<sup>90</sup>, portant « interdiction de travailler le dimanche » : « du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, il est interdit d'occuper des travailleurs », sauf dérogation.

Cette interdiction, dont l'origine chrétienne ne prête pas à doute, s'adresse à *tout* employeur, chrétien ou non. Sa confession, sa culture, ses convictions sont à ce titre sans la moindre incidence.

Par-là s'esquisse l'un des traits fondamentaux du droit, peut-être une des spécificités du juridique : la règle de droit s'impose à *tous*, à tous les membres d'une catégorie générale donnée, indépendamment de la qualité du destinataire. Il ne peut pas s'y soustraire par sa seule et unique volonté, en déclarant par exemple qu'il ne souhaite plus appartenir au cercle des personnes concernées par la règle. Dans le cas de la réglementation du travail dominical, l'employeur, même non chrétien, agnostique, théiste ou croyant d'une autre religion ou spiritualité doit, sur le principe, se garder d'employer des travailleurs « le jour du Seigneur ».

Que le juriste s'inscrive dans une doctrine jusnaturaliste ou positiviste, la caractéristique de l'*obligation générale* est reconnue comme constitutive du droit.

Ce caractère de généralité est illustré par le bandeau sur les yeux seyant les Dames Justice, signifiant que la justice ne fait pas acception de personne, avons-nous dit, ce qui ne l'empêche aucunement de considérer les singularités du cas lorsqu'elle tranche, par définition *in concreto* (encore le droit comme science de la nuance).

---

<sup>90</sup> Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (« LTr », RS 822.11).

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

### Section 3. Le rapport avec l'autorité étatique

Les deux écoles philosophiques étudiées adoptent ici des positions divergentes.

Ce rapport à l'autorité étatique s'avère évidemment essentiel pour un positiviste. Les formes ou procédures qui fondent la juridicité de la règle de droit ressortissent de près ou de loin à l'État, à tout le moins en droit continental ou *civil law*, par contraste avec la *common law* des droits anglo-saxons (*supra* Partie I, Chapitre 1).

Le jusnaturaliste, lui, ne lie pas de manière nécessaire droit et État puisque le droit existe en dehors de telle ou telle société, de telle ou telle institution, en dehors même de l'histoire donc, *a fortiori*, en dehors de telle forme étatique. Rappelons que le lien quasi intrinsèque entre le droit et l'État tel que le connaissent les sociétés occidentales est relatif.

Maintes sociétés usent du droit sans connaître pour autant de forme étatique ; existent des ordres juridiques religieux, tribaux ou ethniques, notamment, plus ou moins mêlés à des formes étatiques.

Comment s'analyse notre exemple de l'interdiction du travail du dimanche à l'aune du rapport avec l'autorité étatique ? Le non-respect du jour du Seigneur par un chrétien refusant par exemple de se rendre à l'office religieux ne permet pas à la communauté concernée d'obtenir la sanction du comportement du récalcitrant devant une autorité (judiciaire ou juridictionnelle, *infra* Chapitre 4, Section 3) étatique avec l'aide de la police et de l'armée le cas échéant pour la bonne exécution de la sanction religieuse, laquelle ne sera précisément pas prononcée par l'État.

En effet, dans un tel cas, le tribunal saisi se déclarera incompétent. En d'autres termes, l'obligation de respecter le jour du Seigneur en tant que règle religieuse, et par conséquent de se reposer ou d'aller à la messe ou au culte, n'est pas *justiciable*.

En revanche si un employeur oblige ses employés à travailler le dimanche (en l'absence de dérogation), en violation de l'art. 18 LTr, il pourra être attrait par eux devant un tribunal qui l'obligera alors à leur payer un supplément de salaire.

La police du commerce – organe étatique – pourrait, elle aussi, intervenir de son propre chef en *infligeant* une amende à l'employeur et en l'obligeant à fermer le dimanche. Une surveillance officielle pourrait être mise en place. Un retrait de l'autorisation d'exploiter est même possible en cas de contravention répétée<sup>91</sup>.

En synthèse, une règle est juridique dès lors que l'on peut en exiger le respect devant une autorité étatique d'application du droit, qu'on la dise judiciaire ou juridictionnelle : un tribunal, un juge de paix, un préfet, un chef de département, le Conseil fédéral, etc. La décision arrêtée, on en pourra obtenir l'exécution par une autorité étatique épaulée si nécessaire par les forces publiques. L'adoption comme l'exécution par une autorité étatique d'une décision fondée sur une règle ressortissant à la religion, à la morale, à la civilité, à la politesse ne sont pas possibles comme telles. L'autorité ne s'en saisira pas, pour cause d'*incompétence* précisément.

On retrouve dans le rapport avec l'*autorité étatique* un critère analogue à celui de la sanction *institutionnalisée* telle qu'esquissée sous la Section 1. La sanction institutionnalisée n'est en effet jamais que la traduction, dans l'espèce d'une mesure coercitive, du rapport à l'autorité étatique judiciaire.

#### **Section 4. Une définition opératoire du droit**

Nous avons vu que le critère de la sanction est insuffisant concernant la circonscription de l'*essence* du droit, pour deux raisons inverses l'une de l'autre : il est des règles juridiques qui ne connaissent pas de sanction et, inversement, des règles non juridiques assorties de sévères sanctions. Une définition du droit par la seule sanction devra, en conséquence, être reçue avec prudence.

À cet égard, deux mises en garde, autant d'appels à l'humilité, doivent être formulées dans le cadre de la recherche d'une définition du droit.

---

<sup>91</sup> Dans le canton de Vaud, c'est la loi sur les contraventions du 19 mai 2009 (« LContr », BLV 312.11) qui fixe le tarif des contraventions aux règlements communaux de police (art. 25 LContr) et prévoit la poursuite d'office (art. 13 al. 1 LContr). Pour ce qui est de la commune de Lausanne par exemple, c'est la police du commerce exercée par la police municipale (art. 110 ss du règlement général de police de la Commune de Lausanne du 27 novembre 2001 (« RGP », 500.1)) qui intervient en cas de violation des horaires d'ouverture contenu dans le règlement municipal sur les heures d'ouverture et de fermeture des magasins du 13 juin 1967 (« RHOM », 901.1).

D'une part, le droit est une *praxis*, une pratique ; il se doit de demeurer « pragmatique » (du grec *pragmata*, les « existants »), par contraste avec « absolu » qui signifie étymologiquement « coupé de » (des réalités en l'occurrence) ; on ne saurait être moins pragmatique que dans l'absolu.

De là, cette autre part, le droit s'organise en *règles*, expression tirée du latin *regula* ou régularité ; il vise *les cas les plus fréquents*. Les exceptions relèveront toujours du *droit* mais pas de la *règle* puisqu'elles sont par définition hors régularité, littéralement « irrégulières ». L'inévitable existence d'exceptions, due en première ligne à la nature contingente des réalités sociales, apporte un démenti définitif à toute prétention à quelque règle *absolue* que ce soit. Le droit *est* relation, soit intrinsèquement « relatif à », avons-nous vu. L'existence d'exceptions, qui font tout le sel du droit, montre encore que le *droit* ne se réduit pas aux règles, aux *lois*, comme l'indique expressément l'art. 1 al. 1 CC : ce sont les « matières », les « *questioni guiridiche* », les « *Rechtsfragen* » qui constituent l'objet du droit, sa finalité, ce qu'il vise à « régir », à ordonner, à mettre « en ordre » et, devrait-on ajouter avec une pointe de jusnaturalisme, « en *bon ordre* ».

Fort de ces deux considérations, on peut admettre que le critère de la sanction institutionnalisée, comme synthèse des trois critères examinés, est un discriminant « suffisamment bon » d'un point de vue *opérateur*. Il ne faut pas être plus royaliste que le roi, sans perdre pour autant de vue que ce critère, tout opératoire qu'il est, ne traduit pas l'essence même du droit. Il permet simplement, dans la plupart des cas, d'opérer *en pratique* un pertinent départ entre le prescriptif juridique et les prescriptifs non juridiques que comprennent la religion, la politique, l'éthique, la civilité, la déontologie, les *guidelines*, etc.

Ces nuances apportées, nous pouvons arrêter une définition du droit congrue à la plupart des domaines juridiques tels que pensés et présentés par la doctrine positiviste auxquels veut précisément « introduire » le présent ouvrage.

Nous empruntons à Henri Batiffol, maître en droit international privé et en philosophie du droit, cette définition synthétique : Le droit est « un ensemble de règles de conduite édictées ou acceptées par l'autorité publique et muni par elle de sanctions coercitives »<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, pp. 7 et 11.

La circonscription du droit par les trois approches, à défaut de le définir à satisfaction, l'esquisse à suffisance pour entamer l'étude de ses figures méthodologiques. D'obédience positiviste, l'exposé devait débiter par les « *sources* » – comme il découle de cette dénomination même -, qui plus est, dans l'esprit formaliste de cette école philosophique, par les sources *formelles*, conçues comme les matrices du système juridique.



## Chapitre 4. La théorie des sources

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

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

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

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

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

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

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

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

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

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

Le Code civil espagnol du 24 juillet 1889<sup>93</sup>, en revanche, en fait officiellement une source du droit, à son article premier. Le Code civil italien du 16 mars 1942<sup>94</sup> s'y réfère expressément pour résoudre une controverse en matière d'interprétation de la loi (art. 12), mentionnant également, dans ce dessein, *l'analogie*, ainsi promue source du droit. La loi d'introduction aux normes du droit brésilien de 1942<sup>95</sup>, à son article 4, précise qu'en cas de lacune de la loi, le juge décidera en utilisant l'analogie, la coutume et les principes généraux. Le *raisonnement par analogie* constitue en effet la démarche intellectuelle

---

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

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

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

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

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

## **Section 2. Les « malaimées » sources matérielles du droit**

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

Sur un plan philosophico-politique, la première valeur exprimée est l'humilité : « *Au nom de Dieu tout puissant !* », première phrase reconnaissant la finitude humaine, affirmation de portée anthropologique plus que théologique, la Suisse étant juridiquement un État laïc<sup>96</sup>.

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

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

Suivent une série de valeurs plus classiques dans les démocraties libérales, loin d'ailleurs de consacrer le règne absolu de l'individu<sup>97</sup> puisque y figurent :

---

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

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

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

À quoi servent donc les sources matérielles ?

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

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

La traduction des sources matérielles en sources formelles constitue une opération délicate, comme le droit de la circulation routière nous le montre aujourd'hui : la législation dite « Via sicura »<sup>101</sup> semble avoir poussé trop loin la fermeté réclamée par les citoyens en matière d'infractions aux règles de la circulation routière, au point que juges et députés ont réclamé un certain assouplissement des normes qui n'avaient pas toujours su garder la (bonne) mesure<sup>102</sup>.

### Section 3. Les sources formelles du droit

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

---

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

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

aux procédures préétablies. De ce respect découle la juridicité de la règle considérée. Un droit désormais institué, coulé dans des formes connues et reconnues (celles mentionnées à l'art. 1 al. 1 et 2 CC), propre à garantir la sécurité juridique, à la forme tout du moins<sup>103</sup>.

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

Les sources formelles ouvrent donc en toute logique cette section.

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

« A. Application de la loi

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

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

---

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

hiérarchies, Et en effet, le projet du Conseil fédéral du 28 mai 1904 prévoyait une autre formulation de l'art. 1 CC<sup>104</sup> :

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

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

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

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

### Sous-section 1. Les sources formelles au sens étroit

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

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

#### § 1. *La loi*

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

---

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

### Sous-§ 1. La loi au sens large

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

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

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

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

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

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

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

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

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

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

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

#### En fait :

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

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

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

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

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

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

#### En droit :

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

L'acte est donc frappé d'une ambivalence, au sens littéral du terme : il présente *simultanément* deux valeurs, ici deux qualifications juridiques possibles, celle de *décision* et celle de *loi*. Dans la mesure où était bel et bien désignée de manière *générale* et *abstraite* une pluralité de magasins possibles, en sus de la désignation d'Hypermarché SA, l'acte juridique communal présentait la structure juridique d'une *loi*, dût-on constater que le règlement contenait aussi en son sein une *décision*... ce qui est de bien mauvaise légistique, cet art de bien rédiger les lois<sup>106</sup>.

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

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

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

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

### **Sous-§ 3. Les rapports entre loi et coutume**

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

#### *§ 2. La coutume*

##### **Sous-§ 1. Définition de la coutume**

La coutume est la source formelle la plus proche des sources matérielles : « la coutume est le droit établi par les mœurs », formule classique du vénérable juriste romain Julien<sup>107</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

En fait :

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

En droit :

La Cour fit d'abord application de la loi fédérale contre la concurrence déloyale<sup>108</sup>, à laquelle, décida-t-elle, les agissements de M. X. contrevenaient<sup>109</sup>. Elle analysa ensuite, avec une certaine tenue méthodologique, la dénomination de « Maître » (la loi genevoise sur la profession d'avocat réglant, elle, la dénomination d'« avocat »). Elle commença par des recherches linguistiques, historiques et géographiques, passant du genre aux espèces<sup>110</sup>. Dans une perspective historique (suivant le point de vue du temps) d'abord, elle passa du Moyen-Âge à nos jours. Dans une perspective géographique ensuite, elle passa de la Suisse, aux pays romands et enfin à Genève, soit du général au spécial, adoptant le point de vue du lieu. Elle cherchait, ce faisant, à établir l'existence de la *consuetudo*, la

---

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

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

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

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

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

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

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

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

traités. Les immunités diplomatiques (et consulaires) sont d'origine coutumière<sup>111</sup> ; par exemple considérer le sol d'une ambassade étrangère comme une exterritorialité vis-à-vis de l'État hôte. Ainsi la Turquie, désireuse de conduire une enquête portant sur le meurtre du journaliste Jamal Khashoggi à Istanbul même, dans les bureaux du consulat d'Arabie saoudite, dut attendre l'autorisation de Riyad pour y procéder. De même, le droit des traités fut des siècles durant coutumier, précisément avant sa codification, en 1968, dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ou encore le droit de libre passage des navires de guerre (canons baissés) dans les eaux territoriales de quelque État que ce soit, en l'absence même de traité entre l'État du pavillon et l'État côtier.

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

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

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

---

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

de même de la représentativité des régions et religions au sein du Conseil fédéral, à suivre Le Roy/Schönenberger<sup>112</sup>.

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

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

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

---

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

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

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

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

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

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

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

- par l'admettre (ATF 45 II 633 = JdT 1920 24). Finalement, l'art. 950 CO, qui a remplacé l'art. 873 aCO, a autorisé cette pratique. »<sup>113</sup>
- 2) La coutume internationale l'emporte sur la loi nationale, théoriquement à tout le moins, en vertu de la hiérarchie des ordres juridiques entre le droit international public et le droit interne, le droit suisse reconnaissant la *primauté du droit international*, conformément à l'article 5 al. 4 de la Constitution, ainsi qu'aux art. 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst.
  - 3) Rappelons encore une fois, que le positivisme juridique, en particulier sa version légaliste, ressortit à une conception du droit typiquement continentale. Les systèmes juridiques anglo-saxons, en particulier la *common law* anglaise, dans la mesure où elle opère principalement et principalement à partir de pratiques – d'où sa qualification de « casuistique » – c'est-à-dire de manière inductive ou *bottom-up*, privilégie au contraire la coutume par rapport à la loi, laquelle n'est pas nécessairement le fruit de la pratique. D'un point de vue méthodologique, il est tout à fait cohérent qu'un ordre juridique fondé sur la casuistique (*bottom-up*) accorde l'éminence juridique, la primauté, à la coutume voire à la jurisprudence, toutes deux constituant des formes de la pratique.

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

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

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

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

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

---

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

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

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

En pratique, une part de créativité assortit toujours le travail de la « *juris dictio* » puisqu'il s'agit de passer d'une norme *générale* et *abstraite* à un cas *singulier* et *concret*, soit de franchir un *saut qualitatif*. On ne saurait trouver, d'un point de vue strictement logique, de passage continu, linéaire, parfaitement déductif, de la loi au cas. Qu'il suffise de mentionner ici, dans le cadre du droit pénal, la nécessaire prise en compte de la personnalité de l'auteur ou des circonstances de l'acte, donnant lieu à des appréciations *singulières*, des évaluations qu'aucun législateur ne peut prévoir dans une *loi*, c'est-à-dire dans une forme *générale* et *abstraite*. En d'autres termes, il n'existe pas d'application automatique ou mécanique de la loi. Par voie de conséquence, le juge dispose *toujours* d'une *marge d'appréciation* (officielle ou non, reconnue ou non) pour dire le droit *dans* la singularité du cas<sup>114</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

Aussi le juge devra-t-il combler l'absence d'une disposition légale ou coutumière. En pratique, il s'agira d'une lacune de la loi, situation *exceptionnelle* donnant lieu à un comblement *ponctuel*. Le juge procédera dès lors à la création d'une règle de droit, plus exactement au règlement d'un point précis d'une règle de droit, en conformité même avec l'art. 1 CC, bien qu'en délicatesse vis-à-vis du principe de la séparation des pouvoirs. On voit, une nouvelle fois, qu'il convient d'interpréter le principe de la séparation des pouvoirs avec pragmatisme, et non avec fondamentalisme, dans le cadre du travail du juge<sup>116</sup>.

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

---

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

(*contrahendo*). La jurisprudence – dite alors de « droit prétorien » (art. 1 al. 2 CC) – combla cette lacune<sup>117</sup>.

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

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

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

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

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

---

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

## Sous-section 2. Les sources formelles au sens large

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

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

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

Malgré l'ordonnancement de l'art. 1 al. 3 CC<sup>118</sup>, dont la lecture de gauche à droite indiquerait d'examiner d'abord la doctrine puis la jurisprudence, nous pensons que l'ordre inverse s'impose. En effet, si du point de vue des informations sur le droit aucune hiérarchie entre elles ne saurait être pertinente – elles sont toutes deux des « autorités du droit » selon certains auteurs –, leur contribution au droit positif n'est pas équivalente.

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

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

---

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

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

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

La doctrine, elle, doit peut-être sa relative place de choix à l'avant-projet du CC préparé par Eugen Huber à l'intention du législateur helvétique. L'historien du droit classait la doctrine dans les sources formelles au sens strict<sup>119</sup>. Et comme lui, le Message du Conseil fédéral du 28 mai 1904 concernant le projet de CC prévoyait à l'art. 1 al. 2 P-CC (Projet CC) : « A défaut d'un texte légal applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, en l'absence d'un droit coutumier, suivant les règles consacrées par la doctrine et la jurisprudence » et à l'art. 1 al. 3 P-CC : « S'il ne peut recourir à aucune de ces sources, il applique les règles qu'il devrait édicter s'il avait à faire office de législateur »<sup>120</sup>.

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

---

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

<sup>120</sup> FF 1904 IV 1, 99.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

### Sous-§ 1. **La jurisprudence comme application du droit**

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

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

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

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

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

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

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

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

## **Sous-§ 2. La hiérarchie des instances de jugement**

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

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

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

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

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

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

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

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

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

Sans doute cette plasticité ou mouvance de la jurisprudence doit-elle être contenue afin de ne pas sombrer dans l'anarchie, « *an-arche* », c'est-à-dire l'absence de principe, de règles<sup>121</sup>. Nous retrouvons ici la valeur cardinale de la sécurité juridique. En le chef de la Cour suprême, la sécurité juridique ne repose que sur la bonne volonté du Tribunal fédéral, lequel fait *grosso modo* preuve de cohérence.

## § 2. *La doctrine*

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

Ce rôle de première importance est parfaitement rendu en droit international public. L'art. 38 du Statut de la Cour internationale de justice<sup>122</sup>, l'analogue de notre art. 1 CC mais pour les différends internationaux, porte en son al. 1 lit. d : « [...] les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Tous les spécialistes du droit international public, à savoir les « publicistes », n'y sont pas considérés de même niveau, certes tous « qualifiés », mais certains plus que d'autres (« *les plus qualifiés* »).

Cette différence rend bien la notion romaine d'*auctoritas*, l'« autorité » fondée sur le savoir de quelqu'un considéré plus compétent que les autres dans un domaine donné et qui, par là même, les aide à (se) grandir, à s'améliorer, à être les auteurs d'eux-mêmes, à augmenter ; toutes notions contenues dans le latin *auctor* (celui qui augmente, qui accroît ; auteur). Rares sont les auteurs toutefois à élever la doctrine au rang de véritable source formelle (au sens étroit) alors que l'*interprétation* du droit (de la loi notamment), à savoir la pratique, lui doit tant<sup>123</sup>.

---

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

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

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

### Sous-section 3. Richesse de l'art. 1<sup>er</sup> CC

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

### Sous-section 4. Où trouver matériellement les différentes sources

#### § 1. *La loi au sens large*

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

---

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

La Loi sur les publications officielles<sup>124</sup> prévoit en son art. 15 al. 2, consacré au « Version faisant foi », que « [l]a version publiée sur la plate-forme fait foi », l'al. 1 renvoyant à l'art. 2 pour la définition d'« acte de la Confédération ».

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

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

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

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

## § 2. *La coutume*

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

---

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

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

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

### § 3. *La jurisprudence*

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

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

### § 4. *La doctrine*

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

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

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

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

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

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

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

Ainsi, de ce que les jugements deviennent définitifs, après épuisement du délai de recours s'il existe (force de chose jugée<sup>125</sup>), on en induit<sup>126</sup> le principe en vertu duquel on ne peut pas remettre en cause, juridiquement parlant, une même affaire, sauf faits nouveaux. Il en va notamment de la sécurité juridique. Cette règle est devenue un principe cardinal du droit pénal sous la forme de

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

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

Les principes généraux du droit peuvent régir des situations pour lesquelles la loi n'a initialement rien prévu (« pré-vu », vu à l'avance). Ainsi, le principe de la bonne foi consacré par les art. 2 et 3 du Code *civil*, codification du droit *privé*, comme son nom et la note marginale l'indiquent, est reconnu valoir pour l'ensemble du droit, privé comme public. Partant, l'extension de sa validité à l'ensemble de l'ordre juridique suisse ne pouvait qu'être le fruit d'une jurisprudence<sup>128</sup>.

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

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

---

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

<sup>128</sup> ATF 83 II 345 = JdT 1958 I 194.

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

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

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

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

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

Les principes généraux *top down* sont de plus en plus souvent invoqués en droit contemporain. Suivant LE ROY et SCHÖNENBERGER<sup>129</sup> : « Les principes généraux du droit expriment des valeurs philosophiques sur lesquelles repose, ou devrait reposer, le système juridique de l'État dans les pays de civilisation occidentale ». L'expression « devrait reposer » traduit bien l'orientation idéaliste, à tout dire jusnaturaliste, de ces principes généraux.

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

---

<sup>129</sup> LE ROY/SCHÖNENBERGER, *Introduction*, p. 175.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

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

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

Les principes généraux *du* droit devront se comprendre, eux, *dans ce contexte*, comme les principes généraux du droit existant immédiatement sur le plan du droit international public, à la différence de principes importés des droits internes, par comparaison notamment. Ainsi trouve-t-on au fondement de l'ordre juridique international moderne la notion de souveraineté « absolue » des États, empêchant d'asseoir quelque entité juridique au-dessus d'eux (sous les réserves du Chapitre VII de la Charte de l'ONU<sup>131</sup>). Le droit à l'autodétermination des peuples constitue lui aussi un principe du droit (international public), de même que la fameuse mise hors la loi de la guerre ou interdiction du recours à la force, au respect chancelant.

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

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

---

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

<sup>131</sup> Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120).

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

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

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

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

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



## Chapitre 5. Les subdivisions du droit

Avec cette distinction fine, qui reflète si bien l'esprit des juristes, entre principes généraux *du* droit et principes généraux *de* droit, devient pressante la nécessité d'exposer les diverses branches du droit telles qu'elles se divisent et se répartissent selon l'ordre juridique suisse. Il s'agit au fond de décrire en quelques catégories comment s'ordonne le contenu de la soixantaine de volumes du RS.

Une première division s'impose au juriste suisse selon la Constitution, notre loi *fondamentale*, de *fundus* signifiant le fond, le fondement, à partir duquel s'érige l'ordonnement du droit suisse, selon la doctrine positiviste à tout le moins. L'art. 5 al. 4 Cst. exprime sans élégance mais non sans solennité la primauté du droit international sur le droit national.

Aussi convient-il de présenter dans un premier temps le droit international, auquel ressortissent aussi bien le droit européen de l'Union européenne que le droit du Conseil de l'Europe, tous deux étant en effet le produit de traités internationaux.

Il ne sera retenu de la richesse de ces branches que la pauvreté d'une synthèse dont le périmètre ne veut point excéder ce qu'il est nécessaire à un juriste suisse débutant de connaître pour bien mesurer la portée des règles de droit positif qu'il va s'approprier dans les enseignements des diverses branches et les influences juridiques qui les ont modelées, au moment de leur naissance ou de leur application.

### Section 1. Le droit « inter-national (public) » vs le droit national

#### Sous-section 1. Le droit international

##### § 1. *Le droit international public proprement dit*

Le Seigneur de Lapalice n'aurait-il pas pu dire que le droit international est le droit régissant les relations entre les sujets du droit international ? Or la notion de sujet de droit international, par manque de pratique de la branche, s'avère parfois vague ou parcellaire dans la mémoire du juriste « interniste » (par opposition à « internationaliste »).

### **Sous-§ 1. Les sujets du droit international public**

À ce jour, les sujets principaux sont bel et bien et encore les États : le droit international (public) demeure foncièrement « inter-étatique ». Les internationalistes désignent d'ailleurs ces acteurs étatiques comme les « sujets primaires » du droit international.

Le deuxième type de sujets est constitué par les organisations internationales (abrégées OI), elles-mêmes émanation des États : elles sont le fruit d'accords interétatiques, traités ou conventions entre les sujets primaires (éventuellement entre les sujets primaires et des organisations internationales déjà existantes).

Le troisième type de sujets s'entend des particuliers, personnes humaines, lesquels ressortissent *parfois* du droit international. Le « parfois » entend souligner que la logique du droit international n'a pas été élaborée en référence aux particuliers, quand bien même peut-elle s'y appliquer dans des régimes « extra-ordinaires » en particulier les droits de l'homme, dits aujourd'hui « droits humains ». Malgré la grandeur morale de ces derniers, indépassable pour tout dire, en pays occidentaux du moins, les particuliers sont des sujets secondaires (par contrastes avec les sujets *primaires*) du droit international. On le comprend aisément dès lors que l'on n'écriche pas la dénomination complète de « droit international *public* », laquelle pointe plutôt vers des relations entre autorités, ce que traduit idoine l'expression « interétatique ». La dénomination très classique mais plus guère usitée de « droit intergouvernemental » le dit tout net, l'affaiblissement de son usage traduisant par ailleurs fort bien la montée en puissance des individus en droit international.

Au reste, depuis la fin des dernières décennies du siècle passé, un nouveau sujet de droit international public prend de l'importance, plus proche du pôle « individu » que du pôle « autorité », sa dénomination le laissant là encore fort bien entrevoir : les organisations non gouvernementales ou ONG.

En découle une présentation toute descriptive de cette branche : le droit international public vise les relations entre les États principalement, entre les États et les organisations internationales, entre les organisations internationales, entre les premiers et les ONG, et encore entre les États et les particuliers, ou les organisations internationales et les particuliers.

Les États *en tant que souverains*, malgré l'antienne sur leur disparition à l'ère contemporaine, non seulement sont toujours présents mais peuvent organiser leurs relations à peu près comme bon leur semble, sauf *jus cogens* (droit « indérogeable », par quelque État que ce soit) ou *petitesse* (de puissance). Aucune entité ne les surplombant, moins encore ne les dominant, le respect du droit international public ne peut être assuré « institutionnellement », à tout le moins pas à l'endroit des États les plus puissants militairement et économiquement selon une vision pragmatique dite *Realpolitik*. Le droit international en effet est un droit très largement décentralisé, et la société internationale présente une structure de quasi horizontalité. Eu égard à la faiblesse de la *contrainte*, l'*adhésion* à la norme y joue un rôle prépondérant.

Nous sommes donc très loin de quelque « communauté internationale » laquelle, au reste, n'est pas un sujet de droit international, n'a pas la personnalité juridique internationale. Hors des discours politiques et journalistiques, rhétoriques ou négligents, la Communauté internationale n'a pas d'existence juridique propre, seule l'Humanité bénéficie d'un maigre début de reconnaissance juridique à la faveur de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer<sup>132</sup> et son Autorité internationale des fonds marins agissant au nom de l'humanité (art. 137 §2), justement.

## **Sous-§ 2. Les sources du droit international public**

Historiquement, le droit international découle de deux sources formelles principales : la coutume et la loi, cette dernière s'y réalisant selon les voies du traité ou de la convention.

La coutume demeure une source importante, tant qualitativement que quantitativement. Il existe des « coutumes générales » (voire universelles selon d'aucuns), lesquelles s'imposent alors à tous les États, qu'ils les aient exercés ou non, acceptées ou non.

L'interdiction du recours à la force ou mise hors la loi de la guerre (sauf exceptions, légitime défense par exemple ou mandat du Conseil de sécurité conformément au Chapitre VII de la Charte de l'ONU) constitue une coutume générale, à la pratique parfois chancelante, pouvant donner des arrhes à ceux qui prétendent qu'il n'y a pas là de coutume véritable par manque de *longa consuetudo*. Sans avoir à trancher cette délicate question, nous avons déjà

---

<sup>132</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (RS 0.747.305.15).

relevé que l'interdiction du recours à la force constitue aussi un principe général du droit international et que, dès lors, il se trouve à l'abri des éventuelles faiblesses d'une *longa consuetudo* incertaine. De coutume générale encore l'interdiction faite à tout État d'utiliser ou de laisser utiliser son territoire aux fins d'actes portant préjudice aux droits des autres États, suivant un devoir général de *due diligence* obligeant un État à réparer un dommage provoqué à un autre État, dont la source se trouve sur son territoire.

Le droit diplomatique reflète fort bien la tendance générale du droit international public à transformer ses coutumes en traités, à les codifier. Cette mise par écrit de la coutume non seulement en change la nature, puisqu'elle devient alors convention (l'analogue de la loi en droit interne) ou traité, à la stabilité moins contestable, mais encore donne souvent l'occasion d'une rédaction conventionnelle allant au-delà du régime coutumier existant, part nouvelle que l'on dénomme « développement progressif ».

Les traités internationaux et les conventions internationales constituent la deuxième source, la plus importante quantitativement de nos jours. Ils peuvent être bilatéraux ou multilatéraux, lesquels comptent les traités régionaux, particulièrement efficaces parce que proches des réalités qu'ils se destinent à régir. L'Europe de l'Union européenne en est le modèle le plus abouti en ce qu'il consacre une part de *supranationalité* : des entités existent *au-dessus* des États. L'Europe du Conseil de l'Europe, strictement « *inter-étatique* », constitue aussi un modèle de première importance en particulier en le chef de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ayant donné naissance à la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg (CourEDH), d'ailleurs reconnue par l'Union européenne elle-même depuis le traité de Nice<sup>133</sup>. La Suisse participe pleinement à cette dernière Europe.

Le droit international public connaît pour troisième source les principes généraux, qu'ils soient *de droit* ou *du droit* (international) (*supra* Chapitre 4, Section 3). Contrairement à l'art. 1 CC, l'art. 38, par. 1, al. 1 lit. c du Statut de

---

<sup>133</sup> Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes du 26 février 2001 (Traité de Nice). Où l'on voit que le tout – ici l'UE – est plus que la somme des parties – chaque Etat membre : l'UE dispose d'une personnalité juridique propre, distincte de celle des Etats membres. De façon analogue, le bien commun de la cité n'est pas la simple addition du bien de chacun des individus qui la composent.

la Cour internationale de justice, plus réaliste sur ce point, consacre expressément les principes généraux comme source formelle du droit.

Enfin, parfaitement lucide, le même art. 38, par. 1, al. 1 lit. d reconnaît la gravité de la doctrine en droit international public, pragmatisme conduisant à opérer une distinction de pertinence entre les auteurs, certains doctes étant les « publicistes les plus autorisés », d'autres étant par conséquent moins recommandables. Tous les avis ne se valent donc pas ; le critère les différenciant n'a toutefois pas été dévoilé.

### **Sous-§ 3. Le rang du droit international public : premier et primitif ?**

Eu égard aux spécificités de cette branche, on se gardera d'élire le droit interne comme modèle d'évaluation de la « juridicité » du droit international, conduisant à le qualifier de droit primitif, incomplet ou inachevé<sup>134</sup>. Bien des internistes commettent cette erreur épistémologique, en oubli de l'adage romain *ubi societas ibi jus*. Le droit international public reflète en très parlante fidélité la structure décentralisée de la société internationale, au sein de laquelle prévaut la juxtaposition sur la collaboration ou l'intégration ; un droit éminemment commensurable aux réalités sociales qui le fondent et le structurent.

Toutefois, un retournement malicieux voire édifiant de cette évaluation dépréciative a lieu à la faveur de la reconnaissance extrêmement large et peu contestée en Occident du principe de la primauté du droit international sur le droit interne. Ainsi en va-t-il des condamnations des divers États membres du Conseil de l'Europe par la CourEDH, dont les décisions, dépourvues de voies d'exécution, n'en sont généralement pas moins respectées. Le supérieur peut-il vraiment être considéré comme primitif ?

Concernant le droit suisse, la Constitution fédérale affirme à trois reprises cette primauté du droit international sur le droit interne : art. 5 al. 4 ; art. 193 al. 4 ; art. 194 al. 2.

---

<sup>134</sup> Sur le sens des qualificatifs « primitif », « imparfait », « anarchique », voir par exemple E. WYLER et A. PAPAUX, « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public » in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pédone, Paris, 1997, p. 281.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

A ce stade, nous avons déjà pris conscience que la solution à un différend juridique ne s'obtiendra pas de la même manière selon que le cas relève du droit international ou du droit interne. Ces deux droits suivent en effet des logiques différentes, ne connaissant pas les mêmes acteurs, ni les mêmes procédures, ni les mêmes tribunaux et souvent pas les mêmes règles juridiques, au mieux analogues.

Nous savons par ailleurs que la solution à un différend juridique doit être recherchée en premier lieu dans l'ordre juridique international puisque le droit suisse consacre sa primauté sur le droit interne.

Dans la mesure où la situation litigieuse ne présente aucun élément juridique (pertinent) permettant de la rattacher au droit international public, le droit interne devient compétent, obligeant à en connaître les différentes branches, lesquelles, en effet, pour toute solution à un différend, consacrent des acteurs, des procédures et des tribunaux différents, agissant selon des logiques et des règles différentes (voir *infra* Sous-section 2).

## § 2. *Les droits européens*

### **Sous-§ 1. Le Conseil de l'Europe**

Le Conseil de l'Europe est issu de l'Accord de Londres du 5 mai 1949<sup>135</sup>. Il ne crée aucune union ou fédération, ne prévoit aucun transfert de souveraineté nationale des États en faveur de quelque entité supranationale. Il connaît quasiment tous les États européens, du Finistère jusqu'à l'Oural, voire jusqu'à Vladivostok ; Russie par exemple, Géorgie, Arménie, Azerbaïdjan, ont ratifié l'accord de Londres, ainsi que la Suisse.

Il a pour but de favoriser la coopération européenne, exerçant une certaine solidarité entre États eurasiens, peut-être plus de culture que de droit.

Son centre de gravité est constitué de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, singulièrement la CEDH et sa cour (la CourEDH). Par la CourEDH, le Conseil de l'Europe consacre expressément et remarquablement les individus comme sujets de droit international puisqu'ils y ont un accès direct.

---

<sup>135</sup> Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949 (STE n°001).

Le Conseil de l'Europe porte une certaine éthique occidentale européenne, sous le signe de l'État de droit en particulier et du respect des valeurs individuelles.

Près de deux cents conventions y ont été élaborées, en des domaines aussi divers que la conservation de la nature, la violence dans les stades, les médias, la torture, la protection des minorités, etc.

## **Sous-§ 2. Le droit de l'Union européenne ou droit européen proprement (ordinairement) dit**

Là encore, les indications données veulent simplement permettre le rattachement, fût-il grossier, à des ensembles juridiques de normes et d'institutions dont les noms sont souvent prononcés dans les cours et les médias mais dont le pedigree juridique est rarement explicité à ce stade des études de droit.

Il y a un peu plus d'un demi-siècle, les six États de la CECA (Communauté européenne du charbon et de l'acier de 1951, entrée en vigueur en 1952<sup>136</sup>) soit la France, l'Allemagne, l'Italie, le Benelux (Belgique (Be), Pays-Bas (Ne), Luxembourg (Lux)) signaient les traités de Rome, le 25 mars 1957, portant création de la CEE (Communauté économique européenne) et la CEEA (Communauté européenne de l'énergie atomique).

Le Traité de Maastricht du 7 février 1992<sup>137</sup> entra en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993, donnant naissance à l'Union européenne, avec des éléments de supranationalité et une citoyenneté de l'Union, et à l'Union économique et monétaire.

Le 1<sup>er</sup> mai 1999 entra en vigueur le Traité d'Amsterdam<sup>138</sup>, intensifiant encore l'Union ; puis, dans la même direction d'intégration européenne, advinrent le Traité de Nice, remplacé par le Traité de Lisbonne entré en

---

<sup>136</sup> Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier du 18 avril 1951 (« CECA »).

<sup>137</sup> Traité de Maastricht sur l'Union européenne du 7 février 1992 (« TUE », 92/C 191/01).

<sup>138</sup> Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes du 10 novembre 1997 (97/C 340/01).

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009 <sup>139</sup> . Cette évolution consacrait aussi l'élargissement de l'Union à vingt-huit Membres, avant Brexit.

La construction européenne est souvent de grande originalité et d'une complexité de même degré, en termes de séparation des pouvoirs notamment. Nous n'en soulèverons qu'à peine le voile.

A. Les quatre organes classiques de l'UE et son Conseil européen

1) *La Commission européenne*

Il s'agit d'une autorité supranationale, donc « indépendante » des États, dotée de pouvoirs législatifs (sous forme d'initiatives ou de propositions législatives) et exécutifs propres, ainsi que des pouvoirs de contrôle et de représentation de l'Union. A ce titre, elle défend l'intérêt général de l'UE. Le Conseil de l'UE ainsi que le Parlement européen peuvent l'« inviter » à déclencher telle ou telle initiative législative.

Au sens étroit, la Commission européenne désigne le collège de commissaires (plus d'une vingtaine) membres de la Commission européenne. Cette commission est dotée d'un président. Au sens large, la Commission européenne comprend l'ensemble de l'appareil administratif des quelques trente-deux mille fonctionnaires gravitant autour du collège. Comparaison n'est pas raison ; soulignons toutefois, pour se représenter les ordres de grandeurs, que l'État de Vaud compte environ trente-huit mille « fonctionnaires » pour quelques huit cent mille habitants par contraste avec les cinq cents millions d'Européens.

2) *La Cour de justice de l'Union européenne*

Pour soutenir le projet d'intégration que poursuit l'Union européenne, le droit (communautaire) s'avère l'un des moyens les plus puissants. De manière pragmatique, qui dit droit dit Cour de justice : la CJCE (Cour de justice de la Communauté européenne), désormais la CJUE (Cour de justice de l'Union européenne), siégeant au Luxembourg.

Le droit européen est appliqué en première ligne par les États eux-mêmes. Pour en garantir l'uniformisation, à tout le moins l'harmonisation, une Cour

---

<sup>139</sup> Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne du 13 décembre 2007 (2007/C 306/01).

s'avère indispensable, Cour indépendante des États et d'une certaine manière supranationale. Ses compétences à raison de la matière (*ratione materiae*) sont déterminées par les traités. Cette instance judiciaire *obligatoire* et exclusive en son domaine traite des conflits entre les institutions de l'UE ou entre ces institutions et les États membres. Elle peut encore annuler les actes législatifs de l'Union.

Cette Cour connaît aussi la voie originale du « renvoi préjudiciel en interprétation ». Dès lors qu'une cour nationale éprouve des doutes quant à l'interprétation du droit de l'Union applicable à un différend dont elle est saisie, elle a, en principe, l'obligation de suspendre l'instance (nationale) et de renvoyer la question de la signification de la norme européenne à appliquer à la cour européenne. La CUE rendra alors un *dictum*, manière d'interprétation « authentique » de la norme européenne concernée. Dès droit connu à propos de la question juridique préjudicielle soumise, la cour nationale reprend l'instance en suivant l'interprétation arrêtée par la CUE, qui lie en effet la cour nationale quant à l'interprétation à donner au droit européen sur le point de droit soumis.

### 3) *Le Parlement européen*

Il représente les peuples des États membres Sa fonction essentielle consiste en le contrôle politique et la légitimation démocratique des activités de l'Union européenne.

Il se présente comme un co-législateur, partageant ce pouvoir avec le Conseil de l'UE. Il n'est pas pleinement doté du pouvoir d'initiative législative, suggérant bien souvent à la commission d'élaborer tel nouvel acte communautaire dans le cadre de la procédure législative ordinaire (PLO).

### 4) *Le Conseil de l'Union européenne*

Il est l'institution de l'UE au sein de laquelle sont représentés les gouvernements des États membres. La Commission est invitée à participer aux réunions du Conseil afin d'y expliquer ses propositions notamment. Il compte un Conseil général et des conseils spécialisés avec ministres et ambassadeurs pour différents comités et groupes de travail. Il a pour fonction principale l'articulation des intérêts des États membres et de l'UE. Il « exerce, conjointement avec le Parlement européen, les fonctions législative et budgétaire. Il assume en outre des fonctions exécutives, de contrôle et de

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

coordination (art. 16 §1 TUE). »<sup>140</sup> Il dispose encore d'un pouvoir de contrôle sur la Commission. Sa présidence, tournante, est assurée tous les six mois par un autre représentant d'un État membre de l'Union.

5) *Le Conseil européen*

Le Conseil européen, à distinguer du Conseil de l'UE, est, lui, issu de la pratique des « Sommets européens » des chefs d'États et de gouvernements ainsi que des ministres des affaires étrangères, qui finissent par se tenir régulièrement sous l'appellation précisément de « Conseil européen ». Il est donc de nature coutumière et pleinement juridique évidemment. Il connaît même un ancrage conventionnel institutionnel depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Le Conseil européen s'adjoint le président de la commission pour siéger. Il donne les impulsions politiques et fixe les objectifs généraux de l'UE en telle ou telle matière. Sa présidence se déploie désormais sur deux ans et demi, le mandat étant renouvelable une fois.

B. De quelques actes fondamentaux de la Commission : le Règlement et la Directive

Les régimes juridiques du Règlement et de la Directive étant radicalement différents, et l'ordre juridique suisse se mettant généralement en conformité avec ces instruments européens par le biais d'une reprise dite « autonome » du droit communautaire, il convient au juriste helvétique d'en connaître les différences et les ressorts fondamentaux.

Le règlement est un acte juridique du pouvoir communautaire qui revêt une portée générale. Il est obligatoire dans tous ces éléments et directement applicable dans tout État membre ; en conséquence, les catégories de personnes visées en bénéficient directement. Les États membres n'ont donc plus aucun choix, ni des moyens ni des fins, face à un règlement de l'UE. Il est l'analogue d'une « loi » du droit national.

La directive, elle, lie tout État membre quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence, c'est-à-dire le choix, quant à la forme et aux moyens propres à atteindre le résultat fixé par l'UE. Le pouvoir communautaire arrête donc les fins, les buts et laisse aux États membres le soin de choisir la méthode, les procédures pour atteindre le résultat arrêté, lequel est donc seul contraignant. La directive requérant des mesures

---

<sup>140</sup> F. MAIANI et R. BIEBER, *Précis de droit européen*, Stämpfli, Berne, 2016, 53.

nationales de transposition (dans les ordres juridiques internes concernés), elle s'adresse aux États membres et non aux particuliers (sauf indirectement).

Ces actes sont évidemment publiés dans le Journal officiel de l'Union européenne.

Enfin, l'Union, depuis le Traité de Lisbonne, dispose d'une personnalité juridique internationale propre.

## Sous-section 2. Le droit national

Au droit international on oppose le droit national ou droit interne. L'ordre juridique national comprend toutes les sources formelles (au sens étroit, en tous les cas) liant les personnes domiciliées ou résidentes dans le pays en question ou encore originaires de cet État ou se trouvant sur son territoire, ainsi que ses organes (les autorités). Le droit national, en termes de sujets de droit, ne compte que les entités rattachées à un même État, que ces entités soient des personnes physiques ou morales ou des autorités.

Le droit interne se divise en différents domaines (Sections 4 à 6), structurés par des logiques propres, tous relevant néanmoins d'une commune méthodologie et partageant la même culture juridique générale.

Cet ordre interne est traversé par la *summa divisio*, la division nodale, principielle, entre droit privé et droit public.

Cette *divisio* « public/privé » croisée avec la distinction entre droit international et droit interne permettra de discriminer le droit international public du droit international privé (Section 3), ce dernier présentant une double nature : il relève et du droit *privé* et du droit *interne* (par contraste avec le droit international public), quand bien même sa dénomination ne le laisse-t-elle pas entendre, mais un « droit interne privé » à portée *internationale*.

Aussi abordons-nous sur le champ la *summa divisio* et ses critères (Section 2), pour ensuite analyser la dernière opposition entre droit international et droit interne, celle qui a trait au « droit international privé » (Section 3), avant que de dresser un panorama du droit interne suisse (ses différents domaines, Sections 4 à 6) et nous consacrer alors, pour le reste de l'ouvrage, au seul droit interne suisse.

## Section 2. Droit privé *versus* droit public

Il sied de fixer d'abord l'esprit général, comme à l'accoutumée, de cette nouvelle figure méthodologique à savoir l'opposition droit privé/droit public.

Cette subdivision est un héritage de Rome, le droit romain distinguant le droit qui concerne l'État (*ius publicum*) du droit concernant les particuliers (*ius privatum*)<sup>141</sup>.

La distinction droit privé *versus* droit public est fondamentale en droit suisse c'est-à-dire le droit de la Confédération helvétique : cette distinction touche, en effet, à la répartition des tâches entre l'État fédéral et les États fédérés (cantons). Selon la Constitution fédérale, la Confédération est compétente pour légiférer le droit privé en quasi-totalité, ramassé dans l'expression « droit civil » (art. 122 Cst.). Au rebours, concernant le droit public, suivant l'art. 3 Cst., les cantons sont compétents en première ligne : le droit public est d'abord cantonal, sauf dans les situations de délégation des pouvoirs des cantons à la Confédération ou dans les situations où le droit public en question concerne la Confédération comme telle, par exemple ses « fonctionnaires », statut juridique n'ayant à proprement parlé plus cours depuis 2002.

Un motif – une *ratio*, ou raison – institutionnel donne ainsi en droit suisse tout son relief et sa nécessité à la distinction droit privé / droit public : passant de l'un à l'autre, on change d'ordre juridique le cas échéant, qui n'est pas rare.

Cette distinction existe aussi dans d'autres ordres juridiques, bien qu'elle tende à s'atténuer dans la mesure où le développement de l'État-Providence, par contraste avec l'État-Gendarme<sup>142</sup>, entraîne un mélange des activités privées et publiques. Par nature, l'État-Providence et son droit public pénètrent toujours davantage la sphère privée, notamment par le biais de la

---

<sup>141</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2003 Paris, p. 4 ; J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *Le droit romain de A à Z*, Schulthess, Bâle/Zurich/Genève 2018, pp. 157-158. Cette subdivision y est moins grossière en vérité, notamment du fait que les particuliers ne sont pas de véritables sujets-individus privés, - l'*individu* juridique et sociologique étant un concept moderne – mais plutôt des *citoyens*. Raison pour laquelle le *ius civile*, droit du citoyen est « le majestueux et vénérable tronc de tous les ordres juridiques romains. » (A. SCHIAVONE, *IUS. L'invention du droit en Occident*, Belin, 2005, 55). Le droit privé, en réalité droit *civil*, oeuvra dès lors comme modèle pour l'enseignement du Droit en Occident depuis la Rome antique.

<sup>142</sup> Soit l'Etat conçu selon ses seules prérogatives régaliennes : impôts, police, armée, en bref, fiscalité, sécurité intérieure et extérieure.

jurisprudence<sup>143</sup>. Le droit suisse n'échappe point à cette tendance, allons-nous voir.

Au XIX<sup>e</sup> siècle et pendant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, période durant laquelle le droit public était fort peu développé, l'absence de la distinction droit public / droit privé posait d'épineux problèmes dès lors que l'État était concerné par une relation juridique : il échappait à toute surveillance judiciaire *en tant qu'État*. Les particuliers n'avaient guère de moyens d'imposer à l'État le respect de certaines de ses obligations si l'État n'admettait pas d'être attiré en justice. Il fallait donc envisager des fictions de droit privé pour pouvoir saisir juridiquement cet État comme n'importe quel autre justiciable. Par exemple, avait-on payé trop d'impôts, comment en récupérer l'indu ? Ou ayant exécuté un mandat pour l'État, lequel tardait à le payer ; comment obtenir l'exécution de sa contrepartie financière ?

De nos jours, la distinction entre droit privé et droit public conserve toute son utilité dans les domaines suivants, quand bien même est-elle moins marquée qu'auparavant. En droit international d'une part : elle permet de discriminer le droit international public du droit international privé (*infra* Section 3 et Partie III pour ce dernier) ; en droit interne ou droit national d'autre part : en Suisse en particulier, elle permet de déterminer le tribunal compétent, la procédure adéquate à suivre pour agir devant lui (procédure civile, procédure pénale, procédure administrative), le droit applicable à l'affaire (droit fédéral ou droit cantonal).

Eu égard à l'importance décisive de la distinction, en particulier en droit suisse, la doctrine a défini des critères dont l'application devrait permettre de déterminer si la relation juridique litigieuse relève *plutôt* du droit privé ou *plutôt* du droit public. Ainsi verrons-nous trois théories principales, auxquelles s'ajoutent des théories secondaires plus ou moins pertinentes, parfois à seule portée historique.

S'agissant d'une *relation* juridique, dont on cherche à déterminer le centre de gravité (plutôt droit privé ou plutôt droit public), trois théories ou critères sont

---

<sup>143</sup> Pour le rôle « socialisateur » en droit privé suisse de certaines jurisprudences marquantes du Tribunal fédéral au cours du XX<sup>e</sup> siècle, voir P. PICHONNAZ, « Le centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code » in RDS 2011 II 179 ss.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

a priori envisageables : examiner la relation du point de vue de ses pôles, de sa structure, enfin du point de vue du but poursuivi par cette relation.

### Sous-section 1. La théorie des sujets de droit impliqués ou théorie des personnes impliquées

Il s'agit ici d'analyser la relation juridique du point de vue de ses pôles.

Nous avons vu, grâce à la robinsonnade, que le droit est essentiellement relation, laquelle requiert au moins l'existence de deux pôles. Il s'agit précisément ici de se placer du point de vue de ces pôles et de se demander qui ils sont.

Pour répondre à cette question et par là appliquer le critère des personnes impliquées, il faut au préalable préciser la notion de « sujet de droit », qualité qui doit être attribuable aux pôles pour pouvoir affirmer que la relation concernée est bien une relation *juridique*, qu'elle concerne bien le droit.

La notion de sujet de droit étant abordée dans ses ressorts et détails au cours des enseignements de droit positif, nous nous contenterons ici de la circonscrire en sa généralité et dans une veine pragmatique.

Ainsi est sujet de droit celui qui peut utiliser la règle de droit ou celui contre qui cette règle de droit peut être utilisée.

En droit suisse, les sujets de droit sont des personnes physiques (individus) ou des personnes morales qui sont elles-mêmes des créations du droit : associations, fondations, sociétés coopératives, sociétés à responsabilité limitée, sociétés anonymes, etc... et les corporations publiques telles que les États, les communes, les cantons, la Confédération, dites aussi « collectivités publiques ».

Les personnes morales que sont les collectivités publiques sont *en tant que* collectivités publiques toujours des sujets de *droit public*. Les autres personnes morales ou physiques sont, de par la loi ou de par leur « nature » des personnes de droit privé. Des personnes « mixtes » existent, dont l'analyse requiert trop de connaissances de droit positif pour être traitée ici. Aussi nous contenterons nous de cette vision quelque peu caricaturale.

Nous pouvons alors décrire la théorie des sujets de droit impliqués : toute règle de droit qui concerne la composition, l'organisation ou le fonctionnement

d'une collectivité publique, ou tout litige concernant ces trois domaines, est une règle ressortissant du droit public ou un litige soumis au droit public, parce que l'un des destinataires ou l'une des parties au litige est précisément un sujet de droit public.

Ce critère discrimine relativement bien les situations d'un point de vue opératoire mais il recèle néanmoins une sérieuse limite ou insuffisance.

Supposons que dans le cadre de ses obligations étatiques, l'État doive louer des locaux, acheter des crayons ou des gommes et du papier. Sont-ce là des activités *étatiques* ? Évidemment non ; n'importe quelle personne privée en fait de même alors qu'à appliquer aveuglément la théorie des sujets de droit impliqués, pareilles relations juridiques de location ou d'achat relèveraient du droit public. Il ne fait pourtant guère de doute qu'il s'agit d'actes typiquement privés, de droit privé, ni la composition, ni l'organisation, ni le fonctionnement de l'État n'y étant en soi impliqué.

La théorie des sujets de droit se révèle donc insatisfaisante dès lors que la corporation de droit public n'exerce pas dans la relation juridique en question sa puissance publique, ce qui nous renvoie à la deuxième théorie (ou critère).

Inversement, supposons qu'une société pharmaceutique – relevant donc du droit privé puisque créée par lui – reçoive le mandat par l'État d'accomplir une tâche normalement à lui confiée, par exemple une campagne de vaccination de toute la population. Tous les acteurs en lice de la relation juridique sont des personnes privées : la société pharmaceutique comme les individus composant la population. Pourtant, l'activité de vaccination, relevant d'une question de santé publique, ressortit au droit public.

L'art. 61 CO illustre bien et l'aisance d'application du critère des personnes impliquées et, simultanément, sa superficialité. À lire la note marginale, s'agissant de « fonctionnaires et employés publics », la théorie des sujets impliqués laisse entendre qu'il s'agirait plutôt d'une relation relevant du droit public. À lire ensuite le contenu de l'article, on constate tant à l'al. 1 qu'à l'al. 2 qu'un nouveau critère se glisse en complément de la théorie des sujets : il faut encore savoir si lesdits fonctionnaires et employés publics ont agi « dans l'exercice de leur charge » (al. 1) ou si leur activité se rattache « à l'exercice d'une industrie » – par industrie, on entend une activité relevant de la sphère privée, du commerce au sens large. Le régime de responsabilité passe du droit public (al. 1, dans le cadre de l'exercice d'une charge publique) au droit privé (al. 2, dans l'exercice d'une activité commerciale).

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

Une deuxième théorie doit en conséquence être introduite pour tenter de caractériser plus finement la nature juridique de la relation : la théorie dite « de la subordination » ou « de la sujétion ».

## Sous-section 2. La théorie de la subordination ou de la sujétion

Il s'agit ici d'embrasser le point de vue de la relation comme telle, plus exactement de la structure de la relation, quels qu'en soient les pôles.

Pour cette théorie, le critère de distinction droit privé / droit public tient au type de relation qu'entretiennent *entre* elles les parties au rapport juridique : se situent-elles juridiquement sur un pied d'égalité ou l'une d'elles ne se trouverait-elle pas dans une position dominante juridiquement, pouvant de la sorte imposer sa volonté à l'autre partie, cette dernière n'étant alors pas en mesure de résister d'un point de vue juridique ?

Prolongeant l'exemple de l'entreprise pharmaceutique chargée de la tâche étatique de vaccination obligatoire, on devra bien constater qu'elle se trouve dotée d'une force supérieure à celle du privé (individu) qu'elle vaccine ; elle peut juridiquement le contraindre cas échéant. Lorsqu'un rapport d'inégalité *d'un point de vue juridique* existe entre les différents sujets de droit concernés, le rapport ressortit selon cette théorie au droit public.

À l'inverse le rapport relevant du droit privé se conçoit selon une logique d'égalité *juridique* des forces et des positions entre les parties au rapport. Les parties sont donc sur un pied d'égalité *du point de vue du droit*. Le modèle le plus classique en est le contrat : aucun des cocontractants ne peut *imposer* juridiquement sa volonté à l'autre ; l'art. 1 CO mentionne expressément la concordance de leur volonté. En d'autres termes, chacune des parties doit être protégée dans son autonomie, suivant le principe de l'autonomie de la volonté, ou encore autonomie des parties, au principe du droit privé.

Le célèbre article 1103 du Code civil français l'énonce avec autant d'élégance que de profondeur : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. » Pour Fabre-Magnan, la formule prend « l'image symbolique de la loi tout à la fois pour affirmer la force de la volonté [des personnes privées] (les contrats « tiennent lieu de loi »), mais aussi leur nécessaire soumission à ce qui les institue (les contrats « légalement formés »). »<sup>144</sup> C'est donc bien la loi qui fait le contrat, en droit suisse le V<sup>ème</sup>

---

<sup>144</sup> FABRE-MAGNAN, *Introduction*, p. 182.

livre du CC soit le CO. Cette autonomie des parties ou autonomie de la volonté doit s'entendre au sens littéral de « auto-nomie » : « La volonté, bien qu'ayant le pouvoir de se fixer à elle-même (*auto*) ses propres règles et ses propres lois (*nomos*), ne peut être toute-puissante, car elle devrait sinon pouvoir – si elle le voulait – se délier comme elle s'était liée. »<sup>145</sup> Mais alors le droit des contrats serait privé de toute sécurité juridique, de toute constance dans les rapports de droit privé : aussitôt fait, aussitôt défait, selon le bon vouloir de chaque cocontractant. Cette parole donnée ou volonté engage juridiquement, conformément au principe général *pacta sunt servanda*. Le sujet privé est de la sorte juridiquement lié, permettant la « force obligatoire » des contrats, laquelle fonde alors l'exécution forcée devant les tribunaux de la parole donnée, le respect de l'engagement contractuel. La rencontre de deux autonomies dans l'échange de leur volonté réciproque et concordante (art. 1 CO) dessine, selon ces qualificatifs mêmes, une relation horizontale, d'égalité (juridique), par opposition à la verticalité propre au droit public, suivant une inégalité juridique entre administration et administré, dessinant une hétéronomie : le *nomos*, la règle, s'impose, « -*hétéro* » (autre, de là extérieur, du dehors) à l'individu.

On ne soulignera jamais assez que l'inégalité caractérisant, elle, la relation de droit public ne doit pas être quelconque mais revêtir quelque *pertinence juridique* relativement à la relation à qualifier. Il ne s'agit donc pas d'une inégalité d'âge par exemple (senior/junior ; retraité/actif ; etc.) ou de position sociale (employeur/employé) ou de force financière ou même de force physique. Il s'agit-là certes d'inégalités bien réelles, mais d'inégalités *de fait, de facto* précisément et non *de jure*. En d'autres termes, une pure inégalité de fait n'entraîne pas une subordination de droit.

L'inégalité considérée dans cette théorie comme pertinente tient à ce que l'un des acteurs, à savoir la partie investie de la tâche publique, peut *imposer* juridiquement sa volonté à l'autre parce qu'elle est investie d'un pouvoir étatique propre : l'*imperium*, lui conférant une volonté *impérative*, volonté à laquelle l'autre partie n'a pas le droit de résister.

Si ce critère paraît simple en théorie, sa pratique s'avère plus délicate. Que toute autorité étatique jouisse par définition de cet *imperium*, ne signifie pas pour autant qu'elle se présente investie de cette parcelle de puissance publique dans tous les rapports de droit qu'elle peut nouer. L'achat de gommages, de

---

<sup>145</sup> *Ibidem*.

crayons ou de papier ne nécessite par exemple aucunement l'exercice d'un *imperium* ; il ne s'agit pas d'acte d'un pouvoir public. Il en va de même pour la location de locaux.

En revanche, lorsqu'un rapport de droit ne peut être établi que grâce à l'*imperium*, que par l'exercice d'une parcelle de la puissance publique, il ne peut être soumis qu'au droit public puisque les deux parties n'occupent pas alors des positions égales dans le rapport de droit en question mais, au rebours, des positions asymétriques. Ainsi de la vaccination obligatoire, même déléguée à une entreprise privée, entreprise habilitée à exercer une parcelle de la puissance publique en tant que son activité relève de la santé *publique*, précisément. Le port obligatoire de muselière pour tous les chiens d'attaque ou jugés dangereux du Canton et République de Genève par exemple relève du droit public<sup>146</sup>, s'agissant d'une question de sécurité *publique*.

Pour répondre au critère de la sujétion et entraîner, par conséquent, la qualification de « droit public » du rapport juridique, il faut que l'une des parties soit dans une position lui permettant d'imposer juridiquement sa volonté à l'autre, c'est-à-dire de la contraindre à l'accomplissement d'un certain acte ou à son abstention.

Le TF décida, au contraire, dans l'ATF 109 Ib 146<sup>147</sup>, que la Convention de diligence passée entre la Banque nationale suisse (BNS) et les banques privées relevait du droit privé selon la théorie de la sujétion (et demeurait d'ailleurs « indécidable » selon la troisième théorie celle des intérêts concernés (*infra*)). En effet, la BNS, qui est par ailleurs une société anonyme de droit suisse donc un sujet de droit privé, avait passé un accord particulier avec l'Association suisse des banquiers, ayant donné lieu à une révision au 1<sup>er</sup> juillet 1982 « restreignant le cercle des personnes tenues au secret professionnel qui sont dispensées, vis-à-vis de la banque, de divulguer l'identité d'un tiers pour lequel elles placent des avoirs ou valeurs » (JdT, chapeau). L'Union suisse des fiduciaires désirant obtenir le même avantage, comme il en allait jusqu'à la révision de 1982, adressa une requête à la BNS ; la BNS la rejeta. L'Union suisse des fiduciaires recourut au Tribunal fédéral et succomba à l'action. Dans la mesure où la BNS n'exerçait pas dans ce cas-là une parcelle de la puissance publique, le Tribunal fédéral jugea qu'aucune relation de subordination n'existait entre la BNS et l'Association suisse des banquiers et

---

<sup>146</sup> Art. 24 al. 1 let. a de la Loi genevoise sur les chiens du 18 mars 2011 (« LChien », RSG M 3 45).

<sup>147</sup> JdT 1985 I 242, c. 2 et 3.

que, par conséquent, la relation juridique en question relevait du droit privé. L'Union suisse des fiduciaires se retrouvait donc face à un contrat auquel elle n'était pas partie, ne pouvant dès lors être concernée par ledit contrat suivant l'adage *res inter alios acta* : les contrats ne déploient aucun effet à l'égard des tiers (non parties au contrat).

Les problèmes des services industriels des communes, dans le cadre des livraisons d'eau ou d'électricité, par exemple, ont souvent posé de délicates questions quant à la qualification juridique de la relation que pouvait entretenir l'individu-citoyen de la commune avec ces services. Ainsi, dans l'ATF 105 II 234<sup>148</sup>, suite à un problème de livraison d'énergie à des tarifs imposés par la commune, le Tribunal fédéral a-t-il décidé que « lorsque les conditions de la fourniture de l'énergie sont imposées d'avance aux usagers de manière unilatérale et invariable par la loi ou le règlement administratif, à l'exclusion d'une libre détermination par des contractants placés sur un pied d'égalité, les rapports entre le service et les usagers relèvent du droit public » (JdT, chapeau). Qu'une loi ou un règlement administratif fixe de manière impérative les tarifs indique selon toute vraisemblance une relation de subordination entre la commune, respectivement ses services industriels, et les citoyens, de sorte que la relation juridique y rattachée sera qualifiée de « droit public ».

La jurisprudence a dès lors fixé par des expressions synthétiques la réalisation (ou non) d'une relation de subordination juridiquement pertinente : lorsqu'un sujet de droit use d'une parcelle de puissance publique à l'égard d'un autre sujet de droit, la relation sera qualifiée, du point de vue du critère de la subordination, de droit public, parce que le premier sujet a agi *jure imperii*.

À l'inverse lorsque ce sujet de droit a agi *jure gestionis*, à savoir comme un gérant d'affaires prenant en charge des affaires privées, la relation sera qualifiée de droit privé puisqu'aucune subordination pertinente juridiquement ne s'y déploie, et ceci même si le sujet de droit opérant *jure gestionis* doit être qualifié de sujet de droit public selon le premier critère examiné.

Nous retrouvons ici l'art. 61 CO, lequel complète le critère des sujets impliqués par le critère de la subordination. L'al. 1 renvoie à des actes de fonctionnaires et employés publics « dans l'exercice de leur charge » c'est-à-dire usant d'une parcelle de la puissance publique dans la relation en question, ce qui entraînera une responsabilité ressortissant au droit public en cas de dommage créé. En revanche, les mêmes fonctionnaires et employés publics,

---

<sup>148</sup> JdT 1980 I 208.

pour une relation dans laquelle ils ont agi *jure gestionis*, à savoir « se rattachant à l'exercice d'une industrie », verront leur responsabilité en cas de dommage jugée selon les règles du droit privé.

La pratique juridique rencontre bien des cas dans lesquels la relation paraît *prima facie* relever du droit public, par application de la théorie des sujets impliqués, alors qu'un examen fin de la relation juridique montre que le sujet de droit public a *in casu* agi *jure gestionis*.

Ainsi en va-t-il d'un État étranger louant à un particulier un bâtiment pour y installer son ambassade ; l'acte de location d'un immeuble par une ambassade implique acquittement du loyer comme pour n'importe quel particulier. Tribunaux suisses et droit privé suisse pourront dès lors régler la situation. Ainsi en irait-il aussi pour l'achat de voitures de fonction par l'ambassade.

La situation devient plus délicate dès lors que la relation juridique concerne les rapports entre l'État étranger et les employés de l'ambassade. La question est de grande importance pratique dans la mesure où la détermination de la nature juridique de la relation commande immédiatement la compétence ou l'incompétence des tribunaux suisses, réciproquement du droit privé suisse, pour « connaître du litige » à savoir le trancher.

En effet, si l'« employé » exerce de très hautes fonctions au sein de l'ambassade, il est probable qu'il agisse *jure imperii*. La relation juridique le concernant relèvera alors du droit public, qui plus est d'un droit public étranger, celui du pays auquel appartient l'ambassade. Or, une ambassade étrangère, pour tout ce qui a trait à l'exercice de sa puissance publique, est au bénéfice d'immunités de juridiction et d'exécution<sup>149</sup>, à savoir qu'elle ne peut être atraite devant des tribunaux locaux, en l'occurrence suisses, ni se voir appliquer le droit (privé) suisse. Les tribunaux internes (suisses) n'ont pas la compétence de trancher des litiges concernant l'État étranger *en tant qu'État*, ici dans le chef de son haut fonctionnaire. Le cas relèverait juridiquement du droit international public entre l'État accréditant et l'État accréditaire.

En revanche, si l'« employé » exerce des fonctions subalternes – et la jurisprudence parle de portiers, de jardiniers, de chauffeurs, de membres du

---

<sup>149</sup> Pour la conception de l'immunité suivie par le Tribunal fédéral, voir ATF 120 II 400 c. 4a et ATF 124 III 382 c. 4. La Suisse a par ailleurs ratifié la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004. Celle-ci entrera en vigueur après la 30<sup>ème</sup> ratification.

service de nettoyage...<sup>150</sup> –, la relation le concernant relèvera très probablement du droit privé, aucune parcelle de puissance publique n'étant utile à l'exercice de ces différentes tâches. Dès lors, si un litige devait naître entre l'ambassade et son « employé », et compte tenu de la présence d'un élément d'extranéité (un élément juridique qui ne ressortit pas au droit suisse), le droit international privé suisse (*infra* Section 3) pourrait s'appliquer et donner compétence aux tribunaux locaux ainsi qu'au droit privé suisse le cas échéant pour vider le différend.

Considérant la seule position occupée par l'employé de l'ambassade, il ne sera pas toujours aisé de savoir s'il exerce ou non une parcelle de la puissance publique dans la relation juridique à analyser. Par exemple, l'activité d'un traducteur de documents classés « secret défense » ou « top secret » relève-t-elle du *jure imperii* ou du *jure gestionis* ? Ou celle d'un responsable de contrats de vente de pétrole à hauteur de milliards de dollars libellés au nom de la compagnie nationale de pétrole ? Ces personnes sont-elles des employés, liés par un *contrat* de travail notamment (qualification qui suppose d'avoir déjà résolu la question que l'on se pose), la présence d'un élément d'extranéité désignant le droit international privé compétent, ou sont-ce des représentants de l'Etat accréditaire, relevant du droit public étranger, mobilisant la branche du droit international public vis-à-vis de l'Etat accréditant le cas échéant ? La théorie des sujets impliqués pourra apporter un indice supplémentaire, confirmant ou infirmant l'interprétation développée sur la base du critère de la subordination. Quid de la Confédération vendant un abri militaire désaffecté à un canton ?

Pour accroître la finesse de l'analyse, en particulier lorsque les deux premiers critères conduisent à des affirmations contradictoires, une troisième théorie a été développée en doctrine et en jurisprudence : la « théorie de l'intérêt concerné ou intérêt en cause ».

---

<sup>150</sup> ATF 134 III 570 c. 2.2 ; ATF 120 II 400 c. 4b.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

### Sous-section 3. La théorie de l'intérêt concerné ou intérêt en cause

Le critère de distinction de l'intérêt en cause ne prend en compte ni les pôles de la relation, ni sa structure comme telle, mais le type d'intérêt que sert la relation, le but<sup>151</sup> que poursuivent les sujets de droit.

Lorsqu'une norme vise à protéger de *manière prépondérante* un intérêt général, elle est considérée relever du droit public ; à l'inverse, si elle sert *en première ligne* des intérêts privés, elle sera qualifiée de droit privé.

Le constat d'un intérêt public n'est pas suffisant pour emporter la qualification de droit public. Il doit être de surcroît plus important que les intérêts privés en lice, à savoir *prépondérant*. Alors seulement la théorie des intérêts peut être versée au profit d'une qualification de droit public.

Une fois encore, la théorie paraît simple mais son application délicate.

Ainsi peut-on se demander si le droit de la famille relève, en principe, *plutôt* du droit public ou *plutôt* du droit privé.

La famille constitue l'une des composantes de base de la société et, en cela présente un intérêt général ou public très fort. À y regarder de plus près, on constate que le droit de la famille tend d'abord à protéger et soutenir *chacun* des membres de la famille dans sa sphère privée, témoignant par là d'un intérêt privé *prépondérant*. D'où son siège principal dans le CC.

Comme souvent dans les questions de division du droit ou de classification juridique, il ne s'agit pas d'une affirmation tranchée, absolue ; raison pour laquelle un prudent « plutôt » s'imposait à nos affirmations. Le fait de s'interroger sur la qualification de tel ou tel domaine du droit montre combien la pensée juridique opère en nuances, en *pondérations*, de manière graduelle, selon « le plus et le moins ». Ainsi s'explique le symbole de la balance et des Dames Justice la portant afin d'établir les bonnes proportions. La centralité du principe de la proportionnalité, en particulier dans l'usage de l'*imperium*,

---

<sup>151</sup> En grec, le but se dit *telos*, que l'on retrouve dans l'adjectif « téléologique » (en fonction du but) caractérisant notamment l'une des méthodes d'interprétation en droit (Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation).

découvre la texture même du droit et de sa manière de raisonner : l’analogie, qui est précisément une proportion<sup>152</sup>.

C’est dire combien l’analyse juridique est *graduelle*, quand bien même la réponse juridique à apporter sera *ensuite* en oui ou non, réponse dichotomique, binaire, discontinue. Il conviendra, en conséquence, de bien distinguer le *raisonnement juridique*, tout de nuances, de degrés, de la *décision* de justice qui conclura en permis/interdit, légal/illégal, libéré/condamné, positions réciproquement exclusives l’une de l’autre.

On peut alors comprendre qu’une même institution juridique puisse voir sa qualification de droit public *ou* de droit privé se modifier au cours du temps, en fonction du contexte politico-juridique pertinent au moment où l’on se pose la question.

Le droit de l’employé aux vacances l’illustre exemplairement. En 1911 à l’origine du CC, ce droit était considéré relever du droit privé, selon la théorie de l’intérêt en particulier. Dès lors, aucune compétence cantonale n’avait été attribuée aux États fédérés par la Confédération laquelle, rappelons-le, a le (quasi) monopole du droit privé. En 1932, on considéra, au rebours, que le droit de l’employé aux vacances relevait, du moins en partie, du droit public, motif pris d’un intérêt public *prépondérant*, à savoir la santé des travailleurs, faisant ainsi fond sur un intérêt de santé *publique*. Dans l’arrêt ATF 58 I 26<sup>153</sup>, le tribunal cantonal du canton de Vaud exigea que plusieurs jours de congé de suite fussent accordés aux employés dans le cadre d’un total de jours évidemment fixé par le CC. Aujourd’hui, ce droit de l’employé aux vacances est considéré relever *principalement* du droit privé, des accords  *négociés*  par branches (conventions collectives) venant compléter le CO. Les autorités demeurent très attentives à l’évolution du droit du travail (congé maternité, congé paternité, égalité salariale, etc.) au point que l’on peut considérer cette branche comme *mixte*, partagée entre le droit privé et le droit public à l’instar du droit du bail, du droit bancaire, du droit de la concurrence déloyale et d’autres branches encore, pour cause d’État-Providance notamment.

---

<sup>152</sup> Sur l’analogie comme ressort cognitif fondamental de la pensée, lire notamment A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l’abduction*, Schulthess, Zurich, 2003, pour le droit et P. SECRÉTAN, *L’analogie*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1984 ainsi que D. HOFSTADTER et E. SANDER, *L’Analogie. Cœur de la pensée*, Odile Jacob, 2013, pour la cognition en général.

<sup>153</sup> JdT 1932 I 600.

Le critère des intérêts en cause, comme les précédents, ne permet pas de trancher à lui seul la qualification juridique de la relation en cause. Dans l'affaire de la BNS mentionnée, le Tribunal fédéral avoua ne pas être capable de trancher l'appartenance de la relation juridique au droit privé ou au droit public à l'aide du seul critère des intérêts ; la théorie de la sujétion lui apporta plus vive lumière.

#### Sous-section 4. Conclusion concernant les critères de distinction « droit privé / droit public »

Doctrine et, dans une certaine mesure, jurisprudence insistent sur la nécessité de toujours considérer les trois théories et de procéder à une véritable balance des arguments, compte tenu de leur nature qualitative et non pas quantitative. De sorte qu'une victoire arithmétique, par exemple deux théories contre une indiquant une appartenance au droit privé, est considérée comme une démarche grossière, raisonnement quantitatif peu digne du juriste : un « raisonnement » si mécanique contrevient à l'idée même de balance, de pondération, à tout dire de justice. Aussi la prudence<sup>154</sup>, c'est-à-dire l'expérience sera-t-elle la meilleure conseillère pour évaluer le poids respectif de chacun des critères dans *un cas donné*. Aucun algorithme ou *calcul* ne viendra remplacer ce *jugement*.

#### Sous-section 5. Quelques autres théories rencontrées

Ces théories complémentaires peuvent se révéler de quelque utilité si la balance devait être trop bien équilibrée après examen des trois premiers critères. La première théorie complémentaire que nous allons aborder n'a, il faut bien le confesser, qu'une portée historique, au reste assez troublante dans la mesure où son titre est un faux ami.

---

<sup>154</sup> La prudence procède d'un certain savoir-faire, acquis ensuite d'une longue éducation : « Ces méthodes et procédés qui donnent sens aux règles de droit dans chacune de leurs applications relèvent d'un habitus. L'éducation initiale, la formation juridique reçues y ont leur part ; les expériences personnelles et professionnelles n'y sont pas indifférentes. Cet habitus ne se réduit pas à un certain sens du juste. Il est fait aussi de pré-jugements et de préceptes qui déterminent l'importance à donner à tel ou tel argument, à telle ou telle considération. » (C. ATIAS, *Epistémologie du droit*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1994, p. 28) Le prudent apprend à « tirer parti des différents éléments ainsi collectés [informations historiques, économiques, sociologiques qui ont ou auraient pu influencer le législateur ou les juges] » (*idem*, pp. 26-27).

§ 1. *La théorie du fisc*

La théorie du fisc a *pratiquement* disparu de nos jours mais se retrouve citée encore dans les manuels anciens ou à portée historique.

Autrefois, quand une collectivité publique avait contracté une dette (réparation d'un dommage causé, remboursement d'un indu d'impôt par exemple, salaire ou honoraire dû pour une prestation commandée par l'État), le litige relevait du droit privé. En effet, sous l'ancien régime, le fisc désignait la cassette privée du roi ou du prince, de laquelle on tirait les sommes nécessaires au remboursement des dettes contractées par cette collectivité « publique ». Le remboursement s'opérait donc juridiquement de privé à privé.

Cette théorie n'a plus cours aujourd'hui, dès lors qu'existent des possibilités d'attirer en paiement devant les tribunaux les collectivités publiques.

De plus, de nos jours, la notion de « fisc » relève carrément du droit public : les rapports entre les autorités fiscales, autorités publiques s'il en est puisqu'elles lèvent l'impôt, et les contribuables ressortissent évidemment du droit public.

§ 2. *La théorie de la fonction publique ou théorie du service public*

En vertu de cette théorie, un rapport de droit ou une activité juridique sera qualifié de droit public, et donc soumis au droit public, dès lors qu'il poursuit un but de « service public » ou constitue une activité de « service public ». L'art. 63 CO en fournit une illustration, de saine nuance.

Le problème ne fait toutefois que reculer d'un rang : il faut définir au préalable ce qu'est un « service public » pour savoir si l'on se trouve dans la sphère du droit public.

Les cas de fourniture d'eau ou d'électricité ou plus généralement d'énergie permettent d'exposer toute la complexité de la distinction délicate entre droit privé et droit public. Les tribunaux ont pu considérer ce type de fourniture par une commune comme relevant du droit privé. Dans d'autres cas, les tribunaux ont admis que pareille activité correspondait plutôt à un « service public », soumettant alors la relation au droit public. Et quid si la commune a « privatisé » ce service ? L'analyse n'est pas close pour autant, la notion de « privatisation » n'étant pas toujours claire. En effet, il se peut aussi que la

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

commune ait procédé à une simple « délégation » d'une tâche publique à des acteurs privés et non à une privatisation au sens strict. Quid par exemple si la collectivité publique continue néanmoins de fixer *unilatéralement* le prix ? Ou encore si l'on dispose en mains d'un « contrat de fourniture d'eau » ? Toutes ces nuances ressortissent aux enseignements de droit administratif.

### § 3. *La théorie de la nature de la sanction*

Une norme juridique relèverait du droit public dès lors que la sanction qu'elle emporte est de l'ordre de la contrainte – arrestation, confiscation, pose de scellés –, de l'annulation, de la révocation d'une autorisation<sup>155</sup>.

Que penser alors des règles juridiques dépourvues de sanction ? Ressortissent-elles nécessairement au droit privé ? Le droit constitutionnel suisse le démentirait. Réciproquement, que penser de la sanction d'actes incontestablement privés consistant pourtant en leur annulation ? Un contrat de mariage en blanc par exemple ou un contrat entaché de dol ?

Le Tribunal fédéral a toujours affirmé, à raison, qu'il convenait de combiner les différentes théories ou critères, de les vérifier les unes par les autres, en les appliquant en concours.

## **Section 3. Droit international public *versus* droit international privé**

Dès qu'une situation juridique présente un élément d'*extranéité*, c'est-à-dire que l'un des éléments pertinents de la situation litigieuse présente des liens plus ou moins étroits avec un ordre juridique étranger, se pose la question de l'application d'un droit *international*.

Nous avons déjà examiné les principaux ressorts du droit international *public*. Ils visent avant tout à régler des différends interétatiques, intergouvernementaux ou internationaux impliquant la présence d'autorités et la vraisemblance du *jure imperii*, justifiant la qualification « *public* ».

Le droit international *privé* relève, lui, comme on l'a esquissé, du droit *interne*, d'un droit *national* ; à l'exemple de la LDIP pour le système juridique helvétique. Le droit international privé trouve application dès qu'une pluralité d'ordres juridiques nationaux privés ont vocation à s'appliquer, à un titre ou à

---

<sup>155</sup> LE ROY/SCHÖNENBERGER, *Introduction*, pp. 556-557.

un autre, à une situation donnée qui semble ressortir d'une logique de droit privé. Il faut y insister, « malgré » l'étiquette « international » de l'expression « droit international privé », ce droit relève bel et bien du droit interne. Mais d'un droit interne quelque peu singulier puisqu'il se projette au-delà de la seule compétence locale, nationale de l'ordre juridique auquel il ressortit : il a vocation à assumer des situations privées revêtant une dimension « étrangère » (extranéité).

Le droit international privé ne cherche pas à fournir *directement* une solution matérielle au litige mais, pour tenir compte de l'élément d'extranéité, désigne le droit applicable et les tribunaux compétents pour résoudre l'affaire. C'est le droit de l'ordre juridique ainsi désigné, appliqué par les tribunaux ainsi arrêtés, qui fournira la solution matérielle (solution de fond) au litige en question. En d'autres termes, le droit international privé tente d'assurer la continuité des statuts et relations juridiques privés à travers l'espace malgré la pluralité des ordres juridiques de droit privé le divisant.

Le droit international privé recèle quelques bizarreries juridiques dont l'étonnement s'estompera au fil des études de droit, en particulier avec l'examen en propre de cette branche. Mais, pour tenir ouvert l'esprit du juriste débutant, relevons que les tribunaux d'un ordre juridique donné peuvent être rendus compétents par le droit international privé de cet ordre juridique mais aussi d'un autre ordre juridique, et peuvent être amenés de surcroît, dans ces deux cas, à appliquer un droit privé autre que celui de l'ordre juridique dont ils ressortissent. Des tribunaux suisses (locaux, cantonaux, fédéraux) peuvent avoir à appliquer le droit matériel argentin ou arménien, japonais, rwandais ou vénézuélien, etc. Réciproquement, des tribunaux étrangers pourront avoir à appliquer le droit matériel privé suisse suivant la configuration de l'élément d'extranéité.

Enfin, avant que d'appliquer à une situation juridique comportant un élément d'extranéité la loi nationale dite « de droit international privé », le juriste examinera *en premier lieu* s'il existe en cette matière, à savoir le droit international *privé*, un accord interétatique, de droit international *public* donc, lequel indiquerait soit directement la solution matérielle au litige, soit indiquerait lui-même quel droit matériel est applicable et quel tribunal est compétent pour régler le litige au fond. S'il n'existe aucune convention internationale en la matière, *alors* il conviendra de s'en référer aux diverses lois nationales de droit international privé possiblement applicables eu égard aux éléments d'extranéité que contient la situation litigieuse. Ainsi l'exige la

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

primauté du droit international public, dans un Etat moniste comme la Suisse tout du moins (art. 5 al. 4 Cst.).

Ayant situé le droit national ou interne, aussi bien vis-à-vis du droit international public que du droit international privé, la suite des *Subdivisions du droit* se concentrera désormais sur le seul droit suisse.

## **Section 4. Compendium des différents domaines du droit suisse**

Les ordres juridiques internes comportent une pluralité de branches. Tous reprennent la division classique – *summa divisio* – entre droit public et droit privé, encore qu'elle ne passe pas au même endroit en chacun de ses ordres.

Les différentes branches du droit interne connaissent donc des répartitions différentes suivant les ordres juridiques concernés. Raison pour laquelle nous n'examinerons que les subdivisions opérées selon le droit suisse.

En d'autres termes, nous allons dresser le tableau ou panorama des différentes branches du droit suisse afin qu'en tous moments de ses études de droit, le juriste débutant puisse connaître à quel endroit de la carte juridique suisse il se situe, sans autre prétention qu'une simple topographie cognitive.

Ce repérage est déterminant, *décisif* à tout dire, puisque les diverses branches du droit suivent des logiques, des compétences et des buts différents. Pareille diversité a été esquissée lors de l'examen des multiples théories permettant d'identifier la nature juridique d'une relation à distribuer entre droit public et droit privé, le premier se caractérisant notamment par la verticalité du rapport de droit, en particulier la possibilité pour l'une des parties d'imposer *juridiquement* sa volonté à l'autre partie.

### **Sous-section 1. Les différents domaines du droit public suisse**

#### *§ 1. Le droit constitutionnel*

Seul un cours de droit constitutionnel est à même d'offrir une *définition* avisée et complète de ce droit. Aussi nous contenterons-nous d'une *description*, nous occupant uniquement de distinguer *grosso modo* les branches les unes des autres afin d'en gagner une perception synoptique.

On trouvera dès lors sous la catégorie du droit constitutionnel :

1. l'ensemble des règles qui déterminent l'organisation de l'État. La Suisse étant une Confédération – la Confédération helvétique (CH) –, ces règles régissent en particulier les rapports entre Confédération (État fédéral) et cantons (États fédérés) ;
2. l'ensemble des règles qui permettent d'appliquer directement la Constitution aux citoyens et aux administrés.
3. l'ensemble des règles régissant l'élaboration et la modification de la Constitution ;

On représente classiquement les ordres juridiques romano-canoniques (et plus spécifiquement pour la Suisse romano-canonico-germanique) ou continentaux, par contraste plus ou moins marqué avec les pays de *common law* (droits plutôt casuistiques), sous la forme d'une pyramide.

La « pyramide des normes », dite aussi *Stufenbautheorie* (*Stufen* signifiant les escaliers, *Bau* la construction), a pour sommet la Constitution, à savoir la norme juridique la plus élevée du système juridique considéré.

De la Constitution *découlent* les autres lois qui en tirent leur *juridicité*. La Constitution apparaît ici comme le point de départ, le point d'Archimède de tout l'ordre juridique et en ce sens occupe le sommet de la hiérarchie des normes dont dépendent, pour leur juridicité, les autres normes juridiques, à l'exception des *coutumes* produites, elles, directement par les acteurs du droit, de manière inductive (*bottom-up*). La terminologie allemande, correspondant d'ailleurs à la structure du droit allemand, use de l'expression *Grundgesetz*, littéralement la loi du fond, de la base (*Grund*), de tout l'ordre juridique comme on dit « faire fond sur quelque chose », précisément un socle<sup>156</sup>. L'image d'une pyramide inversée (une constitution davantage base que sommet) rend compte fidèlement de la structure (formelle) des ordres juridiques continentaux.

Cette métaphore favorisant une représentation hiératique du droit constitutionnel doit être fortement relativisée en droit suisse, cette branche y étant infiniment plus vivante que dans les autres ordres juridiques puisque les

---

<sup>156</sup> A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I (L'Etat), 3<sup>e</sup> éd., Stämpfli, Berne, 2013, pp. XXX ; V. MARTENET, *Architecture des pouvoirs. Enjeux et perspectives pour un Etat, une union d'Etats et les Nations Unies*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2016, pp. 96-99.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

citoyens peuvent modifier « eux-mêmes » la Constitution (initiative à cent mille signatures puis vote par le Constituant, art. 138 et 139 Cst.), les parlementaires bénéficiant eux aussi de possibilités de dynamisation de notre loi fondamentale.

À l'inverse, en France par exemple, tout changement s'avère lourd, difficile, au point d'en être rare. En Grande-Bretagne, il n'y a tout simplement pas de constitution. Pareille situation nuance la théorie de H. Kelsen en sa *Grundnorm*, elle-même en amont de la Constitution, lui conférant sa juridicité, norme quelque peu mystérieuse, ne relevant pas de l'ordre juridique positif, avons-nous vu.

## § 2. *Le droit administratif*

Vaut ici la même remarque préliminaire que formulée à l'amorce de la présentation du droit constitutionnel ; et ainsi en ira-t-il pour toutes les autres subdivisions abordées, dont seul l'enseignement topique de la branche pourra livrer les définitions et descriptions idoines.

Une *description* synthétique du droit administratif rapportera une branche qui organise :

1. les rapports entre l'État et les administrés ;
2. les tâches de l'État réalisées concrètement par l'administration.

L'État-gendarme devenu l'État-providence, ses tâches n'ont cessé de croître et corrélativement les normes de droit public<sup>157</sup> : lois et innombrables ordonnances et autres règlements, concernant aussi bien la chasse aux

---

<sup>157</sup> T. TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Schulthess, Zurich, 2018, pp. 7-8, n° 13-17 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif*, pp. 9-10. Voir aussi M. LEIMGRUBER, *Solidarity without the state? Business and the shaping of the Swiss welfare state, 1890–2000*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

escargots<sup>158</sup> que les denrées alimentaires et les objets usuels<sup>159</sup>. Ainsi veille l'État sur ses ouailles.

Tenant de circonscrire le droit administratif sous forme d'une *description énumérative*, cette branche assume ce qui ressortit au judiciaire, au militaire, au fisc, à l'environnement au sens large (eaux, forêts, agriculture, faune et flore, aménagement du territoire, protection du paysage, énergie, etc.), à la protection des animaux, à la santé, à la circulation routière, aux assurances sociales, à la politique, à la politique économique, aux hôpitaux, aux prisons, à l'enseignement, à la formation ; pour ne citer que les domaines principaux.

### § 3. *L'organisation judiciaire*

L'organisation judiciaire vise l'ensemble des règles qui fixent la composition et le fonctionnement des tribunaux.

### § 4. *La procédure*

Le droit de la procédure contient l'ensemble des règles qui régissent la mise en œuvre du droit en vigueur dans un ordre juridique donné à un moment donné de son histoire soit :

1. la manière de saisir l'autorité (modalités de sa saisine) afin qu'elle dise le droit (« *juris-dictio* », le « dire-le-droit ») ;
2. la manière dont l'autorité doit donner suite à la demande déposée.

---

<sup>158</sup> Arrêté vaudois concernant la protection des escargots du 11 juin 1976 (« APESc », BLV 922.03.2), l'art. 1 portant « Nul ne peut ramasser des escargots vivants sur territoire vaudois sans être au bénéfice d'un permis » ; article 2, Conditions pour obtenir le permis, al. 1 : « Celui qui veut obtenir un permis doit : a. avoir 16 ans révolus ou produire une autorisation écrite de son représentant légal » ; article 9, Calibre pour escargots « Chaque titulaire de permis reçoit un anneau métallique de 35 mm de diamètre intérieur », délivré par la préfecture.

<sup>159</sup> Ordonnance fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 23 novembre 2005 (« ODAIOUs », RS 817.02), comprenant à son art. 4 sur les Denrées alimentaires spécifiées (et admises) : al. 1 d. Les mollusques bivalves vivants, les échinodermes, les tuniciers et les gastéropodes marins ; suivent les grenouilles, la gelée royale, la mayonnaise, la confiture, la levure, la mélasse ; l'art. 40 est consacré aux « piercings, tatouages, maquillages permanents et pratiques associées » ; la section 7 concerne « Bougies, allumettes, briquets, articles de farce et attrape ».

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

La procédure est aussi désignée par l'expression « droit formel » par contraste avec « droit matériel » ou « droit substantiel » (sur cette division, *infra* Chapitre 6, Section 1).

On rattache volontiers à la procédure le droit de l'exécution forcée, à savoir l'ensemble des règles qui permettent de recourir au service de l'État pour obliger un débiteur récalcitrant à exécuter sa prestation<sup>160</sup>.

Le droit suisse place généralement l'entier de la procédure dans le droit public alors que la France, par exemple, considère que la procédure civile relève du droit privé.

Rappelons enfin que, jusqu'en 2011, les codes de procédure (suisse) étaient cantonaux. On comptait donc vingt-six procédures cantonales différentes, plus une fédérale, soit un total de vingt-sept, que l'on peut multiplier par trois en les ventilant dans les divers types de procédures existants : procédure civile, procédure pénale, procédure administrative.

Peut-être n'était-il point raisonnable de compter pareille « biodiversité ». Le constituant helvétique, peuple et cantons, en tous les cas trancha le nœud gordien par votation des nouveaux art. 121 et 122 Cst. donnant mandat aux autorités fédérales d'élaborer un seul et unique code de procédure civile et un seul et unique code de procédure pénale pour l'ensemble du territoire helvétique<sup>161</sup>. Les cantons étant des États (fédérés), leur droit administratif sera mis en exercice via des lois *cantonales* de procédure. En revanche, s'il s'agit de droit administratif fédéral, la procédure ressortira tout naturellement au droit fédéral.

Demeurent les organisations judiciaires cantonales permettant l'exercice concret des codes de procédure fédéraux (civil et pénal), et des codes de procédure administrative cantonaux ou de la Loi sur la procédure administrative fédérale<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (« LP », RS 281.1).

<sup>161</sup> Pour l'historique de ce changement, voir les Messages du Conseil fédéral relatifs au CPC (FF 2006 6841, 6848 ss) et au CPP (FF 2006 1057, 1067 ss).

<sup>162</sup> Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (« PA » ; RS 172.021).

§ 5. *Le droit pénal*

Malgré un rattachement évident au droit public, plus précisément au droit administratif en tant qu'il regarde à l'ordre public, le droit pénal constitue néanmoins souvent une catégorie originale dite *sui generis*, étiquette générique et presque vide, indiquant l'incapacité à subsumer de manière satisfaisante l'entité en question – ici le droit pénal – sous les catégories existantes.

Souvent trahi par ses apparences « faciles », le droit pénal présente en vérité une logique subtile. Ainsi de l'identité des parties au procès pénal : en premier rang, la société en tant que telle et non la victime, comme pourrait le laisser entendre l'opinion publique ; en deuxième rang, l'accusé devenant, cas échéant, le condamné, dans ses relations avec la société lésée. La victime ne constitue donc ni le centre, ni la finalité du procès pénal, auquel elle pourra prendre part au titre de « partie plaignante ».

On peut alors définir le droit pénal comme l'ensemble des règles visant à :

1. assurer la protection de la société, en particulier sa stabilité, par l'interdiction de la vengeance privée ; d'où la caractérisation de l'État comme l'instance disposant du monopole de la puissance ou de la violence physique légitime selon Max Weber<sup>163</sup> ;
2. veiller à la punition du condamné ainsi qu'à son amendement et à sa réinsertion<sup>164</sup>.

Ces deux dernières fonctions, ô combien humaines, ne vont malheureusement pas de soi dans la pratique. La privation de liberté répond parfois à une simple volonté de mise à l'écart de la société du délinquant ou du criminel, sans autre espérance. Aussi le juriste aura-t-il toujours grand soin de ne jamais considérer les textes ou les déclarations pour elles-mêmes sans les éprouver au prisme de la pratique. L'attitude du *doctus cum libro* (le savoir livresque au sens péjoratif) est particulièrement nocive en droit, lequel est avant tout une *praxis*, c'est-à-dire une pratique.

<sup>163</sup> M. WEBER, *Le savant et le politique (La profession et la vocation de politique)*, La Découverte, Paris, 2003 (1917 et 1919), p. 118.

<sup>164</sup> M. AEBI, M. KILLIAS et A. KUHN, *Précis de criminologie*, 3<sup>e</sup> éd., Stämpfli, Berne, 2019, pp. 413-417, n° 653-657.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

Cette mise en garde vaut particulièrement pour le droit pénal qui fonctionne trop souvent comme modèle de l'ensemble du droit pour la population et les médias, induisant une vision fortement tronquée du droit en général. Au reste, il est tout à fait illogique d'adopter pour *modèle* de tout droit une branche qualifiée de *sui generis* : elle est à elle-même son genre ou son espèce, ne renvoyant qu'à elle-même ; elle n'est précisément pas susceptible de généralisation.

Pourtant, de cette vulgate du droit pénal comme modèle du droit en général, on a inféré avec une légèreté ou une superficialité coupable que la *sanction* est un élément *constitutif* du droit. Nous savons ce qu'il en est (*supra* Partie II, Chapitre 3).

Les déclinaisons du droit pénal sont aussi subtiles que nombreuses : droit pénal administratif ; droit pénal militaire ; droit pénal international (d'entraide en matière pénale par exemple) ; droit international pénal (celui des différents tribunaux spéciaux de l'ONU ou encore de la Cour pénale internationale).

#### § 6. *De quelques particularités du droit public suisse*

Nous devons relever, en première ligne, que la Confédération helvétique est constituée de cantons qui ont la qualité juridique d'États, certains se dénommant d'ailleurs tout à fait explicitement « République et Canton », tels Genève ou le Jura. Partant, ils ont leur propre droit public. Le droit public suisse comprend ainsi vingt-six droits publics cantonaux et un droit public fédéral.

La Suisse compte conséquemment vingt-sept droits constitutionnels, vingt-sept droits administratifs, vingt-sept organisations judiciaires, à distinguer des codes de procédure.

En revanche, le droit pénal a été unifié, à l'exception de quelques très rares contraventions relevant encore du droit cantonal, en particulier en matière fiscale<sup>165</sup>, situation juridiquement assise à l'art. 123 Cst. Même sort a été réservé au droit civil, lequel ne laisse subsister le droit cantonal (privé) qu'à la marge, à l'exemple de l'art. 686 CC. Cette situation trouve sa base légale à l'article 122 Cst.

---

<sup>165</sup> Voir par exemple les dispositions pénales de la Loi vaudoises sur les impôts directs cantonaux du 4 juillet 2000 (« LI », BLV 642.11), art. 242 à 248a.

Le droit de la procédure a subi de très profonds changements durant les deux dernières décennies, avons-nous indiqué.

Si l'exécution forcée (LP) est unifiée dans la Confédération, en matière de dette d'argent, depuis plus d'un siècle, les procédures pénales et civiles demeurèrent de compétence cantonale jusqu'en 2011 en pratique.

La nouvelle Constitution et un vote du Constituant en 2000 ont retiré aux cantons leurs compétences procédurales en matière pénale et civile, compétences attribuées à la Confédération à l'horizon de l'année 2004, respectivement 2007. A ces termes, les codes de procédure civile et pénale (désormais fédéraux) étaient encore en voie d'élaboration. Ils n'entreront en vigueur qu'en 2011. En conséquence de quoi, on fut contraint de prolonger l'exercice des codes de procédure cantonaux en matière civile et pénale jusqu'en 2011, voire au-delà pour les affaires pendantes à cette date, c'est-à-dire des actions en justice ouvertes avant l'entrée en vigueur effective des codes fédéraux. Ces délicates questions donneront lieu à une partie propre de l'ouvrage intitulé « Droit dans le temps ».

## Sous-section 2. Les différents domaines du droit privé suisse

Parler du droit privé revêt toujours un tour particulier dans la mesure où le droit privé romain, le *ius civile* pour être précis, repris par les commentateurs médiévaux (dits glossateurs et post-glossateurs) constitua le modèle suivant lequel le droit était pensé, élaboré, exécuté en Occident, lui fournissant sa logique et ses figures méthodologiques fondamentales. En tant que colonne vertébrale du droit et de sa méthodologie, nous y consacrerons la plupart des pages qui suivent, les spécificités méthodologiques du droit public, plus récentes (le droit administratif se déployant pour l'essentiel à partir du XIX<sup>e</sup> et surtout du XX<sup>e</sup> siècle) et élaborées en inspiration comme en contraste des figures du droit privé, sont laissées aux enseignements de droit constitutionnel et de droit administratif en particulier.

Il n'est dès lors pas étonnant que, malgré les quelques branches différentes sous la catégorie droit privé que l'on peut trouver entre les divers ordres juridiques romano-canoniques, *pour l'essentiel*, on y rencontre les branches classiques suivantes : droit des personnes, droit de la famille, droit des successions, droit des choses (dit « droits réels », de *res*, la chose en latin), droit des obligations, droit des sociétés, droit du change. En droit suisse, ces différents domaines se retrouvent dans le CC.

En effet, à bien lire le « code des obligations », on constate qu'il constitue le livre 5<sup>ème</sup> du CC. La pratique ayant consacré l'expression « Code des obligations », le sortant en quelque sorte du CC, il s'érige de la considérer comme telle, toutes les normes du droit civil s'y appliquant évidemment, en particulier les articles du titre préliminaire du CC.

Le droit suisse ne connaît pas de code de commerce en propre, par contraste avec nombre d'ordres juridiques étrangers. Les Parties n<sup>os</sup> 3, 4, et 5 du CO en sont l'équivalent. Elles sont complétées par de très nombreuses lois fédérales.

Le Code civil a unifié le droit privé, ne laissant subsister le droit cantonal (privé) qu'à la faveur d'une sorte de délégation, à l'exemple de l'art. 686 CC pour la législation ou l'art. 699 CC pour les usages locaux (dans le cadre du libre accès aux forêts privées notamment), ou qu'au titre de droit d'exécution du droit privé fédéral, droit privé cantonal abondant dans cette perspective. Cette situation trouve sa base légale à l'article 122 Cst.

Eu égard à la complexité du monde contemporain et au développement incessant de l'État-providence, les lois mêlent de plus en plus souvent des *aspects* de droit public *et* de droit privé. Leur classement ou qualification en « droit public » ou « droit privé » devient de plus en plus délicat, corroborant plus que jamais le fait que le droit n'est pas *art* aisé. Ainsi en va-t-il du droit du bail, du droit du travail, du droit bancaire, du droit des marchés publics, de la concurrence déloyale ou encore de l'égalité entre les femmes et les hommes, etc. En d'autres termes, les situations juridiques relevant exclusivement du droit public ou exclusivement du droit privé participent davantage d'une vue de l'esprit ou d'une approche pédagogique que de la réalité quotidienne du praticien. C'est dire que le grand juriste est toujours d'abord un généraliste.

## Chapitre 6. De quelques modes de structuration du matériau social dans la norme juridique

### Section 1. Droit formel *versus* droit matériel

Le panorama du droit suisse ayant été esquissé, à savoir les subdivisions de l'ordre juridique suisse en ses diverses branches, chacune ayant sa logique et ses fins propres, sachant à peu près nous repérer sur la carte juridique helvétique, il convient d'examiner maintenant comment la règle de droit organise la matière, comment elle aménage le terrain cartographié au préalable.

#### Sous-section 1. Le droit formel pour exercer le droit matériel

En chaque lieu, c'est-à-dire en chaque branche du droit, le système juridique octroie des droits c'est-à-dire des pouvoirs (de faire ou de s'abstenir) ou arrête des obligations, c'est-à-dire des devoirs. Ces droits et obligations constituent le droit *matériel* dit aussi droit *substantiel* (puisque'il dit ce qui est octroyé, de quoi est fait le fond du droit, sa substance) ou encore droit du *fond*.

Ce droit organise les rapports entre les individus, les relations entre eux comme administrés avec l'administration ainsi que les pouvoirs des autorités.

Le droit matériel va donc prévoir le *contenu* de ces relations – qu'est-ce qui m'est octroyé, qu'est-ce qui m'est interdit, que peut ou doit décider l'autorité –, ce qui suppose de connaître comment ces relations naissent, comment on les peut modifier, les transférer, y mettre fin.

Savoir que j'ai le droit de faire ou de ne pas faire ceci ou l'interdiction de faire cela ne m'indique pas encore *comment* je dois m'y prendre concrètement : dois-je saisir une autorité ? Laquelle (un officier de l'état civil, un préfet, un conseiller d'État, le Conseil fédéral, un tribunal cantonal, le Tribunal fédéral, etc.) ? Quels arguments puis-je faire valoir devant cette autorité ? Dans quel délai dois-je agir ? etc. Les règles qui précisent ces points constituent le droit *formel* (de chacun des domaines du droit), dit encore droit *procédural* ou droit *judiciaire* ou encore droit *processuel* ou encore droit *de procédure*.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

Ainsi le droit formel indique-t-il les modalités à suivre pour *exercer* le droit matériel (octroyé par loi ou la coutume), pour le *réaliser concrètement*, le mettre *en œuvre*. Le droit matériel n'a aucun sens concret s'il n'est accompagné du droit formel permettant de l'appliquer et d'en obtenir le respect en cas de violation.

Si l'on vous reconnaît un titre de propriété privée – droit matériel – mais qu'en cas de vol, aucune autorité n'est compétente pour recevoir votre plainte pénale (ou aucune autorité ne veut se déclarer compétente), à quoi la titularité de ce droit vous sert-elle ? C'est là tout le problème des investissements privés dans des États au système judiciaire chancelant. On pourrait se poser la même question, certes de manière moins dramatique, pour le vol d'un vélo commis dans un certain nombre de pays d'Europe dont les autorités ne prennent simplement pas le temps de recevoir les plaintes : le droit de propriété sur ces objets y existe-t-il encore ? Le *titre* est bien là mais il manque cruellement de portée ou d'effectivité, défaut qui ne pourrait guère être plus grave sur le principe pour un domaine d'activité se qualifiant lui-même de *praxis* (*law in books* versus *law in action*).

Précisément, parce que le droit est une *praxis*, qu'il doit donc permettre l'exercice concret, la pratique des droits octroyés, la procédure – le droit formel – y joue un rôle fondamental. D'où le tour d'esprit formaliste du juriste, sa nature éminemment rigoureuse, pointilleuse, à cheval sur les *formes* précisément. Ce qui ne signifie aucunement qu'il néglige le fond, le juste ou la justice, mais qu'il sait la justice ne devenir réalisable, « concrétisable » qu'au travers du droit formel.

Ainsi, au droit de vote correspond une procédure de vote, droit formel qui par exemple n'ouvre pas le vote fédéral aux étrangers, laisse libre les cantons de leur octroyer un tel droit politique pour les objets cantonaux ou communaux. À la vente d'un bien défectueux correspond pour l'acheteur la possibilité d'ouvrir action, d'engager un procès à l'encontre du vendeur et d'obtenir réparation du dommage ainsi causé (procédure civile). À un vol correspond, normalement, la possibilité de déposer une plainte pénale, laquelle engage toute une procédure pénale avec enquête par le procureur, puis condamnation ou renvoi devant le tribunal cas échéant (procédure pénale). Le refus d'un permis de construire par une commune peut être attaqué devant les autorités cantonales afin de faire valoir ses droits (procédure administrative).

Si la répartition entre droit formel et droit matériel semblait jusqu'ici claire, on aura garde d'oublier que le droit est la « science » des nuances. Ainsi sied-

De quelques modes de structuration du matériau social dans la norme juridique

il de ne pas confondre droit matériel et règle matérielle corrélativement droit formel et règle formelle.

Le CC comme le CO sont principalement du *droit matériel* : ils prévoient le *contenu* d'un grand nombre de droits, de facultés. Ces deux codes n'en contiennent pas moins occasionnellement des règles *formelles*, ainsi qu'on le peut voir aux art. 169 ss du CC par exemple. Les art. 169 et 170 CC mentionnent notamment un appel au juge. L'art. 170 al. 3 CC réserve, dans le cadre d'un « Devoir de renseigner » (art. 170 CC, note marginale), « Le secret professionnel des avocats, des notaires, des médecins, des ecclésiastiques et de leurs auxiliaires ». La note marginale de l'art. 171 CC indique même les autorités compétentes pour la protection de l'union conjugale à savoir les « Offices de consultation ». La note marginale de l'art. 172 CC est on ne peut plus claire sur sa nature de droit judiciaire, portant « Mesures judiciaires ».

Que comprend le droit formel ?

Il indique notamment si l'on doit s'adresser à un juge ou à une autre autorité, à savoir la juridiction idoine ; *où* ? c'est-à-dire le for de l'action à ouvrir ; selon quelles modalités (par écrit, par oral, en motivant chaque point ou suivant une description générale de la situation) ; ce que l'autorité saisie peut décider (casser la décision de l'instance inférieure et lui renvoyer l'affaire pour décision ou réformer c'est-à-dire trancher selon ses propres vues) ; son pouvoir de cognition (ne revoit-elle que le droit ou peut-elle également revenir sur les faits ou ne revoir que sous l'angle d'un motif déterminé, l'arbitraire par exemple) ; les éventuelles voies de recours contre sa décision.

Le droit formel sert directement les principes fondamentaux de l'État de droit en assurant notamment le principe de l'égalité devant la loi servi par l'égalité des armes en procédure civile (droit privé) par exemple ou le droit d'être entendu ; ou le principe de l'égalité des administrés entre eux par rapport à l'administration (droit public), servi par l'obligation de mise au concours des marchés publics ou par le droit de faire opposition dans une procédure de permis de construire par exemple ; ou encore le principe de la liberté individuelle servi en première ligne par la présomption d'innocence et, là encore, par le droit d'être entendu (droit pénal).

Le principe de la présomption d'innocence montre que la distinction entre droit matériel et droit formel n'a rien d'absolu, l'idée même d'absolu étant contraire au droit puisque celui-ci est intrinsèquement affaire de relation, c'est-à-dire « relatif à » donc précisément non-absolu.

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

Si le droit formel assume un rôle protecteur de premier plan comme nous venons de le voir, il porte aussi en lui sa propre menace : le respect des formes (ou des procédures) peut conduire au formalisme, et surtout, de manière condamnable, au « formalisme excessif ».

## Sous-section 2. Le formalisme excessif

Il y a formalisme excessif lorsque le droit formel ne sert plus le droit matériel, ne tend plus à la concrétisation d'un certain contenu juridique mais devient une fin en soi : la forme pour la forme, quelle que soit la finalité envisagée par le législateur, le but de l'exigence de cette forme. Le formalisme excessif dévoie, adultère, abâtardit, en un mot détourne les finalités, les buts du droit formel qui cesse d'être au service (en vue) du droit matériel.

Supposons une règle procédurale exigeant que les recours soient déposés par écrit et signés à la main. Vous rédigez un recours que vous omettez de signer à la main et l'envoyez muni d'une brève lettre d'accompagnement sous la même enveloppe qui annonce et présente ledit recours, lettre que vous signez à la main. L'autorité qui considérerait le recours irrecevable, motif pris de ce qu'il n'est pas signé à la main, ce qui est objectivement vrai pour le document désigné par le mot « recours », ferait montre de formalisme excessif, commettant en l'occurrence un abus de procédure. Pourquoi ?

La réponse à tout casus s'articule généralement en deux temps au moins : dans un premier temps, on rappelle les principes généraux et autres règles juridiques qui concernent la situation litigieuse. Dans un second temps, souvent désigné par la formule « *in casu* » ou « *in concreto* », on « applique » les règles juridiques au cas ou, plus concrètement, on lit la situation de fait à la lumière des règles juridiques pressenties pertinentes pour la résoudre.

Appliquant ce schéma méthodologique, on commencera par poser les questions *de principe*. Face à une institution, ici une règle procédurale, le premier réflexe du juriste est d'en rechercher le but dit aussi *ratio legis*, la « raison de la loi » c'est-à-dire en matière de signature à la main les raisons pour lesquelles la signature doit être apposée sur le recours lui-même. Le but de la règle est de s'assurer que le recours correspond bien à la volonté du recourant, qu'il traduit son intention authentique et son attention suffisante.

Or, *in casu*, deuxième temps du schéma méthodologique, la lettre d'accompagnement atteste indubitablement de cette volonté puisqu'elle annonce et présente le recours et qu'elle est signée de la main du recourant ;

le but de la règle procédurale est donc *in casu* atteint. Il faudra donc conclure – ce que l'on pourrait considérer comme le troisième temps du schéma méthodologique – que le dépôt du recours est valide. En effet le respect de la forme, ici la signature à la main sur le document intitulé « recours », ne doit pas devenir le but même de la règle, une fin en soi, alors même que la finalité de la règle procédurale était parfaitement atteinte *in casu* par l'ensemble des documents déposés sous le même pli.

Les tribunaux ont parfois eu à trancher des situations moins subtiles et qui ont pourtant mené à un conflit juridique. Ainsi dans l'ATF 103 Ia 280, concernant des droits politiques, plus particulièrement un droit de referendum dans un cadre législatif communal, certains retraités et certaines « femmes au foyer » ne remplirent pas la case dévolue à la profession, estimant n'en pas exercer. De manière similaire, Mme Gisèle Bottinelli avait inversé prénom et nom dans les cases dévolues à ces informations. Dans tous ces cas le formalisme consistant à annuler les bulletins de vote litigieux fut déclaré excessif, et donc juridiquement condamnable et condamné, dans la mesure où le but de la règle de forme visait à l'identification sans confusion possible des auteurs des signatures du referendum. Or, tant l'absence de la mention d'une profession que l'inversion des prénom et nom en rien ne pouvaient égarer ou tromper quant à l'identité des signataires concernés. Là encore la règle de forme fut détournée de sa finalité authentique, devenant la forme pour la forme.

C'est dire que si le juriste aime les formes – et les met (à tout le moins peut-on l'attendre de lui) –, sa passion s'emploie aux formes intelligentes et non aux formes brutes : formalisme « *excessif* » dit avec justesse la formule.

## Section 2. Droit impératif *versus* droit dispositif

Le droit est qualifié d'impératif lorsque les règles qu'il contient doivent être respectées sans exception. En présence de droit impératif, le destinataire de la norme ne dispose d'aucun choix (juridique) : il doit la suivre *volens nolens*.

Ces règles *s'imposent* « absolument », par contraste avec le droit dispositif dont les règles ne sont que *proposées* par le législateur. Le destinataire de la règle dispositive peut donc littéralement « en disposer » : libre à lui de l'adopter ou non, de la suivre ou non ; il bénéficie d'un choix. En d'autres termes, elle est de l'ordre d'une *proposition* et non pas d'un *commandement*.

La nature impérative ou dispositive de la règle de droit est rarement expresse. Elle s'induit souvent d'une connaissance générale du droit objectif et de la

Circonscrire le droit par une pluralité d'approches : tentatives de définition

culture juridique ; le « bon sens *du juriste* » ainsi éduqué lui fera peu à peu pressentir cette nature quand elle demeure par trop implicite.

Le droit international connaît du droit impératif dont il a fait une catégorie juridique au fort pouvoir symbolique : le *jus cogens*. Le droit suisse a pris la mesure de ce phénomène juridique international par le ministère des art. 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst. La définition du *jus cogens* exprime précisément cette absence de choix pour le destinataire (les États) puisque la doctrine internationaliste qualifie d'*indérogeables* par les volontés étatiques les normes de *jus cogens*.

On ne doutera guère que le droit pénal est impératif.

Le droit public l'est très souvent aussi. Pour celui qui emprunte les autoroutes helvétiques, aucun choix ne lui est donné entre apposer la vignette ou non. Où l'on voit qu'il s'agit, au titre du droit impératif, du choix du législateur – lequel en l'occurrence *décide* que nul n'a le droit d'adopter un comportement contraire à l'orientation fixée. Sur un autre plan, le destinataire comme *individu* conserve le choix général d'adhésion ou pas à la norme : il *peut* ne pas suivre la règle impérative puisque le droit n'est pas de l'ordre de la nécessité (*supra*, Partie II, Chapitre 1) ; à charge pour lui d'assumer les conséquences du non-respect de la direction indiquée par le législateur.

Le droit public procède de plus en plus, en matière de santé publique ou d'environnement par exemple, par la voie de mesures *incitatives* à la faveur desquelles le législateur offre certains choix juridiques aux destinataires de la norme, laquelle relève de la sorte du droit dispositif concernant la branche de l'alternative retenue (bien ou mal trier certains déchets détermine la quantité, faible ou importante, de sacs à ordures taxés à payer) mais du droit impératif quant au devoir général scindé en ces branches (l'obligation d'utiliser des sacs dûment estampillés).

Le droit privé, lui, s'avère nettement plus dispositif que le droit public. Pourquoi ? Pour une double raison au moins qui tient à la nature même de ce droit.

D'une part, son principe cardinal réside dans l'*autonomie des parties* (privées), le but de ce droit étant précisément de leur ménager la plus grande liberté d'action, en conséquence de *proposer* plutôt que d'*imposer*.

De quelques modes de structuration du matériau social dans la norme juridique

D'autre part, les intérêts publics n'y sont par définition pas prépondérants (sauf exception, en droit de la famille notamment ou dans les formes d'actes notariés).

Les associations, par exemple, bénéficient d'une liberté d'organisation étendue quant à l'élaboration de leurs statuts. Le CC, en ses art. 60 ss, *propose* des règles à *défaut* d'autres, bien souvent.

Le droit, tissé des plus fines nuances comme nous le savons, est par ailleurs capable d'élaborer des règles juridiques qui sont partiellement impératives *et* partiellement dispositives. Ainsi de l'art. 64 al. 3 CC concernant la convocation de l'assemblée générale qui a lieu conformément aux statuts, laissant de la sorte une très grande liberté aux sociétaires. Si un cinquième ou plus des membres demande la convocation d'une assemblée générale, elle *doit* être convoquée. En revanche, rien n'empêche l'association de prévoir dans ses statuts une solution plus favorable à la convocation de l'assemblée générale que celle retenue par le législateur, à savoir exiger une fraction moindre que le cinquième (seulement un sixième ou un dixième par exemple) facilitant par voie de conséquence dite convocation ; principe de l'autonomie des parties bien compris.

Ou encore, l'art. 184 al. 2 CO n'*impose* pas l'acquittement simultané du prix à la remise de la chose vendue ; il en laisse le choix aux cocontractants, ces derniers pouvant juridiquement choisir un acquittement ultérieur.



## **Titre III.**

### **La vie du droit ou « le droit dans le temps »**



Pour un jusnaturaliste, la question du droit dans le temps ne fait guère sens à l'endroit des règles dites de droit naturel. Au rebours des règles de droit positif – qu'il reconnait par ailleurs –, le droit naturel est par définition anhistorique, transcendant, indépendant du *hic et nunc* ; il échappe à l'écoulement du temps, à l'*historicité*. Seule l'*expression* du droit naturel, c'est-à-dire la formule donnée ici et maintenant à ces principes transcendants, est sujette au passage du temps, c'est-à-dire à l'adultération qu'il emporte toujours.

En revanche, le positiviste, lui, sait que le droit élaboré selon les formes exigées par la loi fondamentale ne vaut pas de toute éternité. Les lois *positives* sont d'ailleurs assorties d'une *date d'adoption* et d'une *date d'entrée en vigueur* ; avant l'entrée en vigueur de la règle, celle-ci n'existe pas *juridiquement* ; elle ne ressortit pas du *droit positif*.

Où l'on voit que des précisions terminologiques sont indispensables pour fixer les figures méthodologiques propres au droit dans le temps.



## Chapitre 1. Les deux statuts du droit

Pour un positiviste, singulièrement légaliste, tout le droit tient dans la seule *loi* (au sens large), la *coutume* étant marginale (cf. « à défaut de » de l'art. 1 CC). Or, la loi prend naissance à un moment précis, demeure en vigueur un certain temps, puis disparaît de l'ordre juridique : c'est la *vie du droit* ou « *droit dans le temps* ».

Pour demeurer sur un plan général, la vie du droit s'organise selon *deux états* ou *statuts* traduits par deux figures méthodologiques différentes : le *droit positif* et le *droit désirable*, la *lex lata* et la *lex ferenda*<sup>166</sup>.

### Section 1. Le droit positif ou *lex lata*

Par droit positif on entend l'ensemble des règles de droit en vigueur en un lieu donné et en un temps donné. Le droit couché là, étendu sous nos yeux se dénomme « *lex lata* », « droit fait ».

Ainsi, le « droit positif suisse » désigne le droit en vigueur en Suisse au moment où l'on parle, *hic et nunc*.

La notion de droit positif n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît.

Quid en présence de deux lois de même rang, portant sur le même objet, aux contenus contradictoires ? On pourra certes affirmer que les deux lois en présence sont en vigueur (par hypothèse), manière de « positivité *formelle* » ne provoquant guère de difficultés en général. Mais quelle est la solution de droit positif que le tribunal appliquera le cas échéant ? La détermination du droit positif *dans* le *cas* n'échappe pas à l'interprétation.

Des exemples tout à fait génériques peuvent être tirés des droits de l'homme, qualifiés parfois par certains auteurs de « droits *absolus* » ce qui, nous l'avons vu, ne fait pas sens dans une vision pragmatique du droit qui est, par nature, toujours une relation, soit relatif (à) au sens de relationnel. À suivre cette qualification outrancière, il n'y aurait jamais possibilité d'articuler deux droits

---

<sup>166</sup> « *Lata* » et « *ferenda* » sont deux formes grammaticales issues du verbe latin *ferere* (faire, porter, produire). La première est au supin et signifie « être faite, portée, produite ». La seconde est un adjectif verbal signifiant « à faire, à porter, à produire ». Dans le premier cas, la loi est faite, dans le second, elle reste à faire.

de l'homme, chacun étant absolu. La pratique montre évidemment tout le contraire. Ainsi en va-t-il du droit à la vie de l'enfant à naître opposé au droit de la femme de disposer de son corps ; réponse pragmatique a été donnée par le législateur dans le cadre du « droit à l'avortement » par la solution dite « des délais » : durant les douze premières semaines de la grossesse, la femme invoquant une situation de détresse peut demander une interruption volontaire de grossesse (IVG) (art. 119 al. 2 CP).

Le droit international, conformément au principe (général) de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen sine lege*), connaît l'interdiction du crime de génocide, défini par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948. La transposition de cette notion en droit interne français ajoute toutefois une condition supplémentaire à la définition, en requérant un « plan concerté » de la part des génocidaires, alors que la Convention s'en tient à la « simple » intention de détruire un groupe. Le droit français pose donc une condition plus lourde et, partant, moins aisément réalisable. Dès lors, un même acte pourrait constituer un crime de génocide au sens du droit international, sans donner lieu à une condamnation pour ce chef en droit français. C'est dire que l'univocité d'une norme relève du mythe : même si le signifiant est un, identique, les signifiés et références s'éprouvent multiples et différenciés. Le droit international public le montre en toute exemplarité : « au-delà de l'existence formelle d'engagements communs, le droit international risque d'être écartelé entre les interprétations concurrentes et également souveraines [donc équivalentes] des différents États »<sup>167</sup>.

Dans l'affaire Norris<sup>168</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme eut à se prononcer sur un recours déposé par M. Norris, alors président de l'*Irish Gay Rights Movement*, contre l'État d'Irlande à propos de « l'existence, en Irlande, de lois qui érigent en infractions pénales certains agissements homosexuels entre hommes adultes et consentants » ; était en particulier visée une loi de 1861 dont l'art. 61 (amendé en 1892) portait : « Encourt la réclusion criminelle à vie toute personne reconnue coupable de l'abominable crime de *buggery*, qu'elle l'ait perpétré avec un semblable [sodomie] ou avec un animal

---

<sup>167</sup> S. SUR, *Relations internationales*, Montchrestien, Paris, 1995, p. 227. Voir *supra* Partie I consacrée à la langue.

<sup>168</sup> Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988.

[bestialité] »<sup>169</sup>, sachant que, « Tout un chacun, de nationalité irlandaise ou non, a le droit d'engager des poursuites privées en qualité de « dénonciateur » (« *common in former* »), sans avoir à justifier d'un intérêt direct et même si l'infraction alléguée ne le concerne pas personnellement »<sup>170</sup>. Les services « *Director of Public Prosecutions* », depuis leur création en 1974, n'avaient jamais enregistré de poursuites pour actes homosexuels accomplis en privé entre hommes adultes consentants. L'article incriminé (et autres analogues) n'avait d'ailleurs pas été appliqué depuis plus d'un siècle. La Cour devait le constater mais, toute pénétrée du droit comme « science » des nuances, relevait tout à la fois que la loi pénale contenant l'article en question était toujours *formellement* en vigueur dans le droit irlandais. Aussi déclara-t-elle : « On peut en inférer qu'aujourd'hui le requérant ne risque guère de se voir inculper. Toutefois, les organes de poursuite n'ont pas pour politique déclarée de ne pas se prévaloir de la loi en la matière [...]. Même non utilisée pendant longtemps dans une catégorie donnée de cas, une loi non abrogée peut s'y appliquer à nouveau à tout moment, par exemple à l'occasion d'un changement de politique »<sup>171</sup>. Ainsi se trouve-t-on dans une situation juridique contradictoire entre, d'une part, une loi pénale *formellement* encore en vigueur et, d'autre part, l'absence de toute *application* donc de toute *pratique* de ladite loi pénale depuis des décennies. Deux voies s'offraient pour sortir de la contradiction : ou s'en tenir à une *analyse formelle* concluant à l'existence en droit positif de la norme pénale condamnant les relations homosexuelles entre hommes adultes et consentants, ou considérer la *pratique*, à savoir la non-*application* de ladite loi depuis plus d'un siècle, permettant, cas échéant, de s'opposer aux poursuites de la part de l'État au titre de la bonne foi, en l'occurrence la mauvaise foi de l'État qui réactiverait une loi « morte » (*infra* les problèmes d'abrogation et de désuétude de la loi, Chapitre 4). Le formalisme du positivisme juridique commandait la première solution : « par son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (...) au sens de l'art. 8 par. 1 (art. 8-1). Dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci (...) », la Cour citant sa propre jurisprudence lui permettant de conclure : « la législation incriminée porte atteinte au droit de M. Norris au respect de sa vie privée, garanti par l'art. 8

---

<sup>169</sup> *Ibid.*, ch. 12, pp. 4-5.

<sup>170</sup> *Ibid.*, ch. 17, p. 6.

<sup>171</sup> *Ibid.*, ch. 33, p. 11.

para. 1 (art. 8-1) »<sup>172</sup>. L'État irlandais abrogea alors ladite loi pénale, la faisant *formellement* sortir du droit positif ou droit en vigueur.

Le droit européen pose lui aussi de redoutables difficultés concernant l'état du droit positif. Ainsi, la directive de l'Union européenne concernant les OGM<sup>173</sup>, laquelle devait être mise en vigueur dans les États de l'Union dans les trois ans suivant la date de son adoption, n'était toujours pas transposée en droit français dans le temps imparti. Avec une directive, le sujet de droit français disposait en droit d'un but juridique mais sans connaître les moyens de le poursuivre. Reformulé de manière frontale, la directive en question était-elle applicable ou non pour ces sujets de droit ? Relevait-elle du droit positif français ? Formellement, sans doute. Toujours est-il que la France fut condamnée par la Cour de l'Union européenne à 38 millions d'euros d'amende, assortis d'une astreinte de 380'000 euros par jour de retard dans la transposition interne. Il ne fallut alors qu'une poignée de semaines aux autorités françaises pour adopter les moyens du droit interne réalisant la transposition de la directive<sup>174</sup>.

Le droit interne n'est pas exempt de situations ambiguës en matière de positivité du droit.

De manière très concrète, par exemple, dans quel délai un avocat est-il censé prendre connaissance de la dernière jurisprudence de principe du Tribunal fédéral ? Lui est-il vraiment possible de suivre au jour le jour toutes les dernières jurisprudences publiées ? Le Tribunal fédéral en a « décidé » notamment dans un arrêt publié aux ATF dont le Regeste (« Chapeau » de l'arrêt) porte : « Responsabilité de l'avocat (art. 398 al. 2 CO). Sous l'angle de la responsabilité du mandataire, la publication au Recueil Officiel des arrêts du Tribunal fédéral détermine, en règle générale, le moment à partir duquel un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence (consid. 3.2) »<sup>175</sup>. Les guillemets enchâssant le mot « décidé » veulent précisément souligner la difficulté qu'il y a à connaître avec exactitude le contenu du droit positif arrêté par voie jurisprudentielle. En effet, la mention, dans le Regeste, de l'expression « en règle générale » livre certes un principe mais ouvre

---

<sup>172</sup> *Ibid.*, ch. 38, pp. 12-13.

<sup>173</sup> Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CE du Conseil.

<sup>174</sup> Arrêt du 15 juillet 2004, *Commission/France*, C-419/03, EU:C:2004:467.

<sup>175</sup> ATF 134 III 534.

simultanément une série possible d'exceptions. On ne sait donc pas, dans un cas concret futur, si le principe ou l'exception prévaudra. La seconde ambiguïté – faisant tout l'intérêt méthodologique de ce Regeste – tient au conditionnel « devrait » : est-ce à dire que ce ne sera pas toujours le cas ? Un verbe au futur aurait fermé les exceptions, le conditionnel au rebours les ouvre, autorisant toute adaptation. Ainsi va la vie du droit : tout en nuance. D'où le considérant 3.2.3.3 « Sous l'angle de la responsabilité du mandataire, on ne peut pas exiger d'un avocat qu'il prenne connaissance de tous les arrêts du Tribunal fédéral accessibles par internet ou de tous les arrêts et articles publiés dans les nombreuses revues juridiques existant en Suisse. Le Tribunal fédéral publie ses arrêts de principe au Recueil officiel [...]. C'est donc la publication dans ce recueil qui, en règle générale, est déterminante pour dire à partir de quel moment un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence ». Le droit décidément ne se connaît vraiment qu'*in casu*.

Problème de droit interne plus « basique » encore : supposons que vous receviez une convocation à un contrôle technique de votre automobile. La convocation est agendée un jour d'hiver, neigeux de surcroît. Il s'avère que votre voiture n'est pas montée en pneus d'hiver, s'agissant d'une vieille décapotable dont vous ne vous servez que l'été. Le droit positif vous commande-t-il de vous rendre à l'expertise conformément à la décision de l'administration vous fixant jour et heure de présentation, sachant qu'en respectant cette convocation vous violez l'interdiction qui vous est faite de circuler en hiver avec un véhicule non équipé. Ou vous commande-t-il l'inverse ? De positivité formelle acquise, les deux injonctions n'en sont pas moins contradictoires sur le fond.

Fort heureusement, la méthodologie juridique a fourbi un certain nombre de figures permettant de surmonter de telles contradictions. Ainsi verrons-nous différentes hiérarchies, des ordres juridiques ou des sources (formelles) du droit, ou l'intervention des principes généraux, ces derniers constituant toujours le ressort et le recours le plus sain du juriste, quand bien même ne sont-ils pas mentionnés à l'art. 1 CC, rappelons-le.

Des situations exceptionnelles, notamment en cas de changement de loi, induisent parfois d'étranges régimes de positivité du droit. Ainsi en va-t-il du CPC fédéral porté par le nouvel art. 122 Cst., article entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, disposant que la « procédure civile relève de la compétence de la Confédération » alors que ce CPC n'existait pas à cette date ; son entrée en vigueur a eu lieu le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Pendant ces quatre ans, la compétence fut

La vie du droit ou « le droit dans le temps »

donc fédérale mais son exercice, impossible à ce stade de manière concrète, se réalisa par la voie des codes de procédure cantonaux, les « anciens » codes de procédure<sup>176</sup>. La difficulté fut analogue avec le CPP (l'art. 123 Cst. entrant en vigueur en 2004, le CPP n'entrera en vigueur qu'en 2011).

La figure méthodologique de la positivité du droit prend un tour édifiant (d'humilité notamment) quand ses ambiguïtés atteignent aux règles les plus fondamentales de l'ordre juridique.

Ainsi de l'art. 7 Cst. En l'absence de jurisprudence donnant quelque chair aux notions de « dignité », « respectée » et « protégée », dans quel état du droit positif nous situons-nous du point de vue du contenu (de droit positif) de cette norme ? Quel droit positif le Constituant a-t-il arrêté ? Quels pouvoirs et devoirs a-t-il fixés ?

Plus fondamentale encore peut-être, à relever non sans quelque malice, la positivité de la Constitution de 1848 portant création de l'Etat fédéral suisse s'avère douteuse à suivre dans toute sa rigueur le canon positiviste, savoir le respect des formes comme critère de la juridicité de la norme et de sa positivité. En effet, la Pacte fédéral de 1815, régissant la Confédération, prévoyait l'unanimité des États fédérés pour sa modification. Or, en 1848, la Diète fédérale « déclara » la constitution suisse adoptée alors que toute une série de cantons s'y opposait. La position (*jus positum*) en contravention aux règles du Pacte (droit positif) devrait conduire à en nier la positivité juridique ; la Constitution de 1848 n'aurait par conséquent jamais été adoptée d'un point de vue légaliste. Le droit est manifestement et heureusement plus large, moins étriqué si l'on préfère, que ce qu'en dit le positivisme juridique.

Sans doute, dans tous ces cas, un certain état du droit positif existe, *lex lata* qui ne pose « à la forme » guère problème (sauf dans le dernier cas), mais dont le contenu n'est pas toujours aisé à déterminer dans les cas concrets. En d'autres termes, l'appartenance au droit positif constitue une condition nécessaire mais non suffisante pour connaître le régime juridique concret que déploie telle règle ; seule la *jurisdictio* le pourra arrêter « définitivement ».

En revanche, la *lex ferenda* s'oppose à la *lex lata* (fût-elle de délicate circonscription) en ce qu'elle ne traduit *aucun* état du *droit positif*.

---

<sup>176</sup> Voir D. TAPPY, « Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée » in JdT 2010 III 11 ss.

## Section 2. Le droit « désirable » ou *lex ferenda*

La notion de droit « *désirable* » s'oppose à celle de droit « *positif* » en ce qu'elle désigne un droit non en vigueur ici et maintenant, sous-entendu au moment et au temps de cette parole.

Le juriste positiviste, eu égard à l'absence de source formelle *en vigueur* concernant ce droit désirable, considérera en toute rigueur de pensée qu'il ne s'agit pas de droit mais d'une simple projection du droit dans l'avenir, ce futur fût-il proche et déterminé.

Les juristes usent souvent de l'expression « *lex ferenda* » pour qualifier, d'une part les règles juridiques qu'il serait juste ou opportun de voir consacrées pour régler telle ou telle situation ; d'autre part des règles à l'étude au moment de la prise de parole.

Au titre des premières, une partie de la doctrine estime, peu importe les raisons ici, qu'un statut juridique devrait être ménagé aux mères porteuses ou que l'adoption d'enfants devrait être ouverte aux couples d'homosexuels ou que certaines drogues devraient être légalisées, etc. Au titre des secondes, on renverra au statut des codes de procédure fédéraux, civil comme pénal, pour lesquels la compétence fédérale était acquise mais les codes non existants encore à la date d'entrée en vigueur du transfert de compétences, codes à considérer dès lors comme *lex ferenda* durant toute la période de leur gestation jusqu'à leur entrée en vigueur (2011), personne ne doutant qu'elle adviendrait.

Le droit, contrairement aux autres sciences humaines et sociales, dispose d'un véritable « rasoir d'Occam », un critère de démarcation robuste et opératoire pour séparer le « bon grain » de l'« ivraie » : que puis-je plaider devant le tribunal demain matin à 9 heures ? Si la « norme » dont j'entends requérir de l'autorité l'application n'est pas en vigueur le jour de l'audience, il est à peu près certain que sa pertinence ne sera pas même analysée par le tribunal, faute de « positivité » : simple *lex ferenda*.

Le « à peu près certain », une fois de plus, nous rappelle au droit comme « science » de la nuance. En effet, il n'est pas tout à fait impossible, quand bien même cela s'avère-t-il d'extrême rareté, qu'un « effet anticipé » (*infra* Chapitre 3, Section 2) soit octroyé par les autorités à une source formelle non encore en vigueur mais sur le point de l'être. Eu égard à la *summa divisio* « droit public / droit privé », on ne s'étonnera guère de trouver ces exceptions, rares, en droit public, l'intérêt public prépondérant « légitimant », à tout le

moins donnant à comprendre, pareil effet anticipé qui, comme tel, contrevient à l'idée de sécurité juridique.

Ainsi le respect de nouvelles normes de sécurité concernant les installations domestiques, en matière électrique par exemple, pourrait-il être exigé à l'occasion de la délivrance d'un permis de construire, laquelle serait proche de la date d'entrée en vigueur des nouvelles normes, antérieure néanmoins.

L'initiative constitutionnelle de Franz Weber (« Pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires », RO 2012 3627 pour l'entrée en vigueur de l'art. 75b Cst.) devait donner lieu, elle aussi, à quelques étrangetés juridiques, comme le refus de délivrance de permis de construire par de nombreuses communes *avant même* l'entrée *en vigueur* de la loi fédérale de mise en œuvre de l'initiative constitutionnelle, du simple *fait* qu'elles pensaient compter un pourcentage de lits froids (résidences secondaires) excédant le plafond de 20% envisagé par le nouvel art. 75b Cst., adopté le 11 mars 2012. Certes, la disposition de droit transitoire accompagnant la norme constitutionnelle prévoyait une interdiction de délivrance de permis après le 1<sup>er</sup> janvier suivant l'année de l'acceptation de l'article constitutionnel, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Quid des permis délivrés entre le 12 mars 2012, date d'adoption de l'article constitutionnel, et le 1<sup>er</sup> janvier 2013, interroge Bianchi : ne sont-ils pas valables ? Le TF (ATF 139 II 243) n'a pas suivi le sain raisonnement logique et méthodologique de l'auteur, grand praticien pourtant de ces normes, en tant que notaire<sup>177</sup>.

Par ailleurs, l'al. 1 de l'art. 75b Cst. prévoyait que « *les résidences secondaires constituent au maximum 20 % du parc des logements et de la surface brute au sol habitable de chaque commune* ». Les critères quantitatifs mentionnés n'étant pas par soi univoques, l'état du droit positif était ambigu, au moins jusqu'à la *première* Ordonnance sur les résidences secondaires adoptée par le Conseil fédéral le 22 août 2012 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, soit onze mois plus tard (art. 11 ancienne ORSec, RS 702.1). Rustici tessinois, mazots valaisans, mayens vaudois, guère habitables ou non aménagés, devaient-ils entrer dans le calcul des 20% par exemple ? La surface occupée par les murs extérieurs devait-elle être intégrée au calcul de la surface totale ? Quid des permis délivrés en matière de résidences secondaires par les

---

<sup>177</sup> La position du TF concernant la validité de ces permis est plus nuancée, trop fine pour être rendue ici dans toutes ses subtilités ; sur ces différents points, voir en particulier F. Bianchi, « La loi sur les résidences secondaires : première approche », RNRF 96/2015 pp. 293 ss.

communes entre la date du vote du Constituant et l'entrée en vigueur de la première ordonnance, estimant selon leurs propres calculs qu'elles n'avaient pas atteints les 20% ?

Étrangeté méthodologique aussi en ce que l'ordonnance (par nature instrument de concrétisation) de la Loi fédérale précéda de trois ans la loi qu'elle était censée simplement exécuter ; véritable coquecigrue méthodologique, ébranlant la pyramide des normes. La « durée de vie » de l'Ordonnance fut au reste limitée à la date d'entrée en vigueur de la législation d'exécution de l'art. 75b Cst., à savoir la Loi fédérale du 20 mars 2015 sur les résidences secondaires, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016 (RS 702). Cette loi fédérale fonda alors la seconde ORSec, adoptée le 4 décembre 2015 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016<sup>178</sup>, remettant la pyramide sur sa base.

« Science » de la nuance disions-nous. Le domaine connexe de l'aménagement du territoire fournit les exemples les plus explicites d'*effet anticipé* d'une règle non encore en vigueur (*lex ferenda*) et qui pourtant déploie déjà des effets juridiques. La section 2.4.6 de la Loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATEC), par exemple, mentionne expressément les « effets anticipés des plans [d'aménagement du territoire, en substance] », l'art. 91 al. 1 disposant « Dès la mise à l'enquête publique des plans et règlements et jusqu'à leur approbation par la Direction [l'entité administrative en charge de ce domaine], aucun permis ne peut être délivré pour des projets prévus sur des terrains compris dans le plan. » Les plans et règlements visés ne sont pas entrés en vigueur, étant dans l'attente de leur approbation. Ils déploient pourtant des effets juridiques, graves mêmes : aucune délivrance de permis de construire (sauf exception), une interdiction qui de surcroît « ne donne droit à aucune indemnité » (al. 3).

---

<sup>178</sup> La positivité même de l'article constitutionnel, du point de vue du contenu, pose problème, comme le relève Bianchi : « Dans la nouvelle loi, le **mode de calcul des 20 %**, contrairement [nous soulignons] à ce que prévoit l'article constitutionnel, ne se réfère qu'au nombre de logements et non pas à la « surface brute au sol habitable » (*idem*, pp. 295 ss (p. 297)). En effet, l'art. 5 prévoit que la proportion se calcule uniquement « par rapport au parc des logements ». »



## Chapitre 2. La naissance de la règle de droit

Une saine méthodologie, quelque peu formaliste il est vrai, nous commande de suivre ici l'ordonnancement de l'art. 1 CC, commençant ainsi par la loi, à savoir la règle de droit du rang le plus élevé parmi toutes les sources formelles, quand bien même n'est-elle, en toute vraisemblance, pas la première source d'un point de vue diachronique : l'histoire désigne plutôt la coutume comme son ancêtre.

### Section 1. Naissance de la loi au sens large

La loi, droit écrit, présente l'avantage immense d'offrir les preuves de sa propre naissance, laquelle se développe en deux étapes.

D'abord une phase d'élaboration, se déroulant au sein de l'organe législatif (fédéral, cantonal ou communal) ou d'entités de l'exécutif pour les ordonnances, règlements et autres arrêtés (*infra*). Le Parlement ayant arrêté le texte de loi dans sa version définitive laquelle, publiée, mentionne la date d'adoption, il en fixe généralement la date d'entrée en vigueur. Le « généralement » indique que l'autorité compétente pour élaborer et adopter le texte de loi et celle fixant la date d'entrée en vigueur de cette loi peuvent être différentes, notamment Parlement d'un côté, Conseil fédéral ou Conseil d'État de l'autre.

Le second temps de la naissance de la loi au sens large est constitué par son entrée en vigueur c'est-à-dire l'introduction de cette loi dans le droit positif à la date fixée par l'une des autorités mentionnées.

Ces deux étapes sont tout à fait explicites en droit international public qui distingue la signature (laquelle marque la fixation du texte, c'est-à-dire sa version définitive) de la ratification (laquelle permet de déterminer quand le texte entrera en vigueur). Par exemple, le Protocole de Kyoto n'est devenu du droit positif, c'est-à-dire n'est entré en vigueur, que plusieurs années après son adoption par les premiers États signataires en 1997 ; il fallut attendre la ratification de la Russie pour l'entrée en vigueur du texte (déjà élaboré, signé et ratifié par un certain nombre d'États) puisque cet instrument juridique du droit international prévoyait qu'il n'entrerait en vigueur qu'après un nombre déterminé de ratifications (55), nombre qui fut atteint en 2005. Entre 1997 et

La vie du droit ou « le droit dans le temps »

2005, rien n'empêchait les États l'ayant ratifié de l'appliquer déjà entre eux (sorte d'effet anticipé), à titre discrétionnaire évidemment.

Cette procédure complexe de naissance de la loi varie selon les ordres juridiques considérés. Nous ne retiendrons ici que des situations helvétiques.

En Suisse, une fois de plus, il est indispensable de fixer le cadre de la discussion avant d'aborder les diverses figures méthodologiques puisque procédures et autorités changent suivant le niveau institutionnel considéré : droit fédéral, droit cantonal et droit communal (pour simplifier).

En bonne méthodologie, il sied d'examiner les différentes lois au sens large d'abord dans leur phase d'élaboration puis dans la phase de leur entrée en vigueur. Nous ne tirons de cette naissance des différentes lois que le peu nécessaire pour comprendre les figures méthodologiques ressortissant du phénomène « naissance de la loi ».

## Sous-section 1. La phase d'élaboration

### § 1. *La Constitution fédérale*

En bonne méthodologie, à nouveau, il convient de commencer l'exposition de la naissance des lois par la Constitution, s'agissant de la loi du rang le plus élevé en droit interne suisse.

Eu égard à l'importance institutionnelle de la Constitution fédérale – elle organise la Confédération et consacre les libertés fondamentales, synthétiquement –, sa procédure d'élaboration, comme celle de modification au demeurant, est exigeante afin d'en garantir la stabilité : en tant que loi fondamentale, comme tout fondement, il sied de l'abriter des velléités de modifications. Seul un cours de droit constitutionnel pourra en livrer toutes les clefs. Il ne s'agit guère plus ici que de fixer les idées principales.

L'élaboration de la Constitution repose sur un long travail parlementaire. Ce travail devra être ensuite soumis à un vote populaire, lequel doit recueillir la *double* majorité des *cantons* et des *citoyens* (art. 142 al. 2 Cst.). Seule cette double acceptation fait entrer la norme constitutionnelle dans le droit positif. Édifiant, les deux dernières votations ayant trait à l'ouverture de négociations en vue de notre adhésion à l'Union européenne ont été acceptées à la majorité des citoyens mais rejetées à la majorité des cantons.

La Constitution fédérale, comme toute loi, porte la date de sa votation-acceptation par l'organe compétent, ici le Constituant : le 18 avril 1999, conformément à l'art. 195 Cst.

§ 2. *La loi au sens étroit*

Élaborée par l'organe législatif, fût-il fortement inspiré par des projets de l'administration (soit l'exécutif), la loi est votée par les deux chambres simultanément et porte la date de ce vote final, laquelle figure dans le titre même de la loi.

À la différence du parlement fédéral, les parlements cantonaux ne connaissent généralement qu'une chambre, situation qui ne change en rien l'existence d'un vote final et, partant, la fixation d'une date d'adoption de cette loi cantonale.

Toute loi fédérale peut être soumise à un vote populaire, dénommé référendum. Pour parvenir à déclencher cette procédure, conformément à l'art. 141 Cst., les référendaires doivent récolter 50'000 signatures de citoyens ayant le droit de vote fédéral, (à savoir des Suissesses et des Suisses) dans un délai de cent jours à compter de la publication officielle de l'acte parlementaire en trois langues dans la Feuille fédérale. Si le référendum aboutit, le vote sera l'œuvre du seul peuple suisse et non des cantons également, à la différence de l'élaboration de la Constitution fédérale, laquelle exige une procédure plus lourde, son importance étant plus grande pour la stabilité de l'ordre juridique suisse.

Le CC porte par exemple la date du 10 décembre 1907, sa date d'adoption par les deux chambres.

§ 3. *L'ordonnance*

L'ordonnance est une loi au sens large élaborée soit par le Parlement, soit par le Conseil fédéral (art. 163 al. 1 et 182 al. 1 Cst.).

Les ordonnances ne sont pas sujettes à référendum. Pourquoi ?

Nous savons que seule l'appréhension de la causalité finale ou but, le « pourquoi », assure une compréhension orthodoxe de la figure juridique abordée. En l'occurrence, les ordonnances ne sont pas sujettes à référendum parce qu'elles ne prévoient que les détails d'un principe ayant déjà été adopté par le Parlement sous l'espèce d'une loi au sens étroit et, le cas échéant, confirmé par le peuple via un référendum ou posé par lui dans une initiative législative.

§ 4. *Le règlement*

Loi au sens large, souvent de portée limitée au fonctionnement pratique d'une institution donnée : le Conseil national, le Conseil des États ou encore le Tribunal fédéral. Le cercle des intéressés (des destinataires) en sera dès lors restreint par comparaison à celui de la loi qui le fonde.

Chacun des organes de l'État est en principe compétent pour élaborer son propre règlement de fonctionnement ; démarche éminemment inductive ou *bottom up* ou pragmatique, partant des acteurs du terrain pour remonter à la formalisation de leurs besoins. Ainsi le Règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (« RTF », RS 173.110.131) mentionne-t-il juste après le titre de cette loi au sens large, son auteur à savoir le Tribunal fédéral, citant ensuite les bases légales l'habilitant à arrêter son propre règlement de fonctionnement. On relèvera la note de bas de page n° 2 : « Dans le présent règlement, le masculin générique est utilisé pour désigner les deux sexes », ce qui va de soi eu égard aux règles consacrées par l'Académie française aujourd'hui (le neutre générique français emprunte la forme du masculin), corroborant le soin formel des juristes de réduire, autant que faire se peut, l'ambiguïté naturelle de tout texte.

§ 5. *Date d'adoption et date d'entrée en vigueur de la loi : une distinction politique et méthodologique cruciale*

Nous connaissons désormais, par simple consultation du titre complet de la loi, *la date d'adoption* de cet instrument juridique. Cette date ne suffit toutefois pas puisqu'elle n'indique que le moment auquel elle a été votée par l'organe compétent, date d'adoption qui deviendra cruciale pour les questions méthodologiques liées à la dérogation (*infra* Chapitre 3, Section 3). Mais elle ne détermine pas le moment, bien plus décisif dans la doctrine positiviste, à partir duquel la loi va déployer des effets à la faveur ou à la charge de ses destinataires.

Les lois comportant des obligations générales concernant les administrés, il *faut* que leurs destinataires sachent à partir de quelle date ces actes s'imposent à eux, à partir de quelle date ils doivent les respecter et subir, cas échéant, les conséquences de leur désobéissance.

En effet, le citoyen ne doit obéissance juridique qu'à un « texte en vigueur », manière de parler peu précise puisque n'est pas en vigueur comme tel le *texte*, qui n'est qu'un ensemble descriptif de signifiants, mais bien la *loi* elle-même

à savoir les signifiés et la référence (*in casu*) élaborés par l'interprétation de ces signifiants (*supra* Partie I consacrée à la langue). Disant « texte » au lieu de « loi », la partie est prise pour le tout, figure de la métonymie dont usent volontiers les juristes au risque de s'éloigner de l'occurrence, du cas : « le texte n'est pas la norme », montrant que l'opération centrale du droit vivant, en acte, pratique est bien l'interprétation.

Nous y insistons en ce qu'à la faveur de ces nuances, en particulier la distinction entre date d'adoption et date d'entrée en vigueur, se construit l'une des valeurs cardinales du droit : la sécurité juridique.

Pour l'exprimer de manière triviale, il faut que le destinataire de la norme puisse savoir à quoi s'en tenir : y a-t-il ou pas une loi, sous-entendue en vigueur, régissant tel ou tel comportement, réglant telle ou telle activité, ou aucune disposition légale ne le régit-il ? Auquel cas, dans une société libérale comme la nôtre suivant le principe « tout ce qui n'est pas interdit est permis », l'activité doit être considérée comme libre, autorisée, sauf réglementation, évidemment, par d'autres sources formelles.

La réponse à cette question, à savoir quand une loi (au sens large) est-elle en vigueur, varie fonction du type de loi considéré, nuances qui nous ont déjà guidés pour ventiler les figures méthodologiques relatives à la date d'adoption. La subdivision suivante consacrée à l'entrée en vigueur épouse alors, par voie de parallélisme, l'ordre suivi lors de l'examen de l'adoption de la loi.

## Sous-section 2. L'entrée en vigueur de la loi (au sens large)

### § 1. *L'entrée en vigueur de la Constitution fédérale*

L'art. 195 Cst. dispose que l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale correspond au jour du vote à la double majorité du peuple et des cantons.

Sur le principe, la situation juridique ne semble pas poser problème, d'autant moins qu'il s'agit, en bonne théorie juridique, d'un texte clair : les interprètes n'ont pas de doute quant à sa signification.

Pourtant, cette exigence légale, de rang constitutionnel, n'est pas toujours respectée.

Lorsqu'il ne s'avèrera guère opportun de faire correspondre la date d'entrée en vigueur de la modification constitutionnelle avec la date du jour du vote,

comme l'exige sur le principe l'art. 195 Cst., le Constituant délèguera la compétence d'arrêter la date d'entrée en vigueur de la modification constitutionnelle votée à l'Assemblée fédérale, laquelle procédera par voie d'arrêté. Cette dérogation au régime normal de l'art. 195 Cst. est prévue dans le texte même soumis à votation.

Ainsi, pour la révision totale de la Constitution fédérale de 1999, l'Assemblée fédérale fixa, certes sans surprise, par un arrêté du 28 septembre 1999, la date d'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale de la Confédération suisse au 1<sup>er</sup> janvier 2000.

## § 2. *L'entrée en vigueur de la loi (fédérale)*

En général, la loi (au sens large) contient en son texte même, sous la forme d'une disposition finale, un énoncé du type « Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur ».

Il arrive néanmoins que le parlement arrête lui-même la date d'entrée en vigueur au moment de l'adoption de la loi, là encore dans ses dispositions transitoires ou son Titre final (« TFin »), à l'exemple canonique du CC dont l'art. 61 al. 1 fixa au 1<sup>er</sup> janvier 1912 l'entrée en vigueur du CC adopté en décembre 1907.

Eu égard à l'extrême importance que revêt la loi dans la doctrine dominante du positivisme juridique, telle qu'exprimée au reste par l'ordonnancement de l'art. 1 CC, cinq remarques synthétiques concernant ce moment cardinal pour le juriste de l'entrée en vigueur de la loi au sens large méritent la meilleure attention :

1. l'entrée en vigueur d'une loi requiert la décision d'une autorité ;
2. l'autorité décidant de la date de l'entrée en vigueur n'est pas nécessairement celle qui est en charge de l'élaboration de la loi ;
3. tant que la loi n'est pas formellement en vigueur, elle n'existe juridiquement pas, sauf rarissimes « effets anticipés », requérant bien évidemment un intérêt public prépondérant ;
4. les lois au sens large mentionnent la date à laquelle leur élaboration a été achevée par l'autorité compétente sous l'espèce de leur adoption mais de loin pas toujours celle de leur entrée en vigueur ;

5. pour que justiciables et administrés sachent que la loi est en vigueur, qu'elle ressortit au droit positif, il faut qu'elle soit publiée : « nul n'est censé ignorer la loi ». La publication dans un recueil officiel fait la *juridicité* de la norme selon l'École positiviste. D'où l'importance du Journal officiel (JO) dans le droit de l'Union européenne ou en droit français. En droit suisse, nous disposons de la LPubl, laquelle exige une publication du texte de loi dans le Recueil officiel (RO), cinq jours au moins avant la date de son entrée en vigueur (art. 7 al. 1 LPubl). Le droit cantonal prévoit ses propres dispositions en la matière, d'esprit analogue toutefois. En droit vaudois, la Loi sur la promulgation des lois, décrets et arrêtés du 28 novembre 1922 (« LPLDA », BLV 170.53) vient souligner l'importance cardinale de la publication (au sens large, voire très large du terme) pour la consécration de la norme dans le droit positif. La promulgation – équivalent linguistique et juridique de la publication dans ce contexte – a lieu dans le mois qui suit le jour où le gouvernement a reçu la loi, le décret ou l'arrêté du secrétariat du Grand Conseil (art. 2 LPLDA). La promulgation prendra la forme d'une publication dans la Feuille des avis officiels du Canton de Vaud (art. 4 LPLDA al. 1 lit. a), cas échéant au son du tambour ou de l'affichage au pilier public (lit. c). La lecture à l'office religieux pourra être ordonnée par le Conseil d'État dans toutes les paroisses du canton, « lecture en chaire » pour « des actes qui ont rapport à quelque solennité religieuse ou aux appels à la charité publique » (art. 5 LPLDA). Nous ne saurions mieux souligner l'extrême importance de la publication ou de la promulgation de la loi laquelle, soulignons-le une fois encore, ne peut déployer d'effet juridique avant la date de son entrée en vigueur, sauf exceptions, rares, d'effets anticipés.

§ 3. *L'entrée en vigueur de l'ordonnance*

Les ordonnances sont en général mises en vigueur par l'autorité d'édiction qui en arrête elle-même la date.

§ 4. *L'entrée en vigueur du règlement*

Les règlements sont en général mis en vigueur par l'autorité d'édiction qui en arrête elle-même la date.

## Section 2. Naissance de la coutume

Fidèles à l'ordonnancement canonique de l'art. 1 CC, et ayant épuisé les questions méthodologiques principales relatives à la naissance de la loi, nous abordons maintenant la naissance de la coutume, deuxième source formelle au sens strict mentionnée par l'art. 1 CC.

La coutume naît dès que les deux éléments constitutifs sont réalisés : la longue pratique en constance et en concordance, et la conviction juridique, les sujets de droit se considérant liés juridiquement par la pratique suivie.

Cette description, en particulier l'usage du verbe « naître », est en réalité approximative puisque la coutume découle d'un *processus*, comme l'indique explicitement l'élément matériel de la longue répétition.

S'agissant d'une « naissance graduelle », littéralement processuelle (au sens d'un processus), le moment de cette naissance ne peut être arrêté ou fixé par quelque autorité que ce soit.

En cas de litige entre deux parties, dont l'une soutient l'existence de telle coutume, l'autre la contestant, le juge (au sens générique) devra apprécier, évaluer, par le ministère d'indices portant sur les deux éléments constitutifs, l'existence de la coutume (prétendue) au moment des faits. Ce pouvoir d'appréciation est général c'est-à-dire extralégal, au rebours de celui prévu par l'art. 4 CC. La preuve (en conclusion des indices) des deux éléments n'est pas toujours aisée à rapporter, singulièrement pour l'élément psychologique.

La coutume sera volontiers qualifiée d'avérée lorsqu'elle aura été soit confirmée dans un jugement qui la reprend (en vérité la consacre), soit recueillie dans un coutumier (recueil de coutumes) pour les époques passées. Ce dernier consacre les coutumes notoires, littéralement de notoriété publique. À défaut, il faudra s'en remettre à des systèmes fort complexes de preuves, à l'exemple de la preuve par turbe (système d'expertise par notables et témoins notamment). Les cours d'histoire du droit viendront évidemment jeter toute la lumière sur la subtilité de ces procédures.

Dans le droit moderne et contemporain, les coutumes sont généralement consacrées par les tribunaux, et singulièrement par la Cour internationale de justice. Le principe de la *due diligence* a été reconnu, même si des sentences arbitrales antérieures existaient, à la faveur d'un arbitrage international du 11 mars 1941, opposant les Etats-Unis d'Amérique au Canada à propos de la

Fonderie du Trail sise dans le second, polluant des villes des premiers. La sentence arbitrale a énoncé le principe de droit coutumier faisant obligation à tout Etat de ne pas utiliser ou laisser utiliser son territoire à des fins contraires aux droits des autres États. Le principe de la *due diligence* a été consacré un peu plus tard, par la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'Affaire du Détroit de Corfu entre le Royaume-Uni et l'Albanie, tranchée le 9 avril 1949. Le droit diplomatique connaissait de très nombreuses coutumes avant sa codification, ainsi que le droit de la mer, dont le principe général de la liberté de la haute mer, que nul État ne peut en conséquence s'approprier. Nous verrons encore quelques exemples de coutumes en droit suisse.

Élaborée sur fond de pratiques répétées, la coutume est évidemment une source formelle *non écrite*, nature donnant à comprendre les difficultés de détermination du moment de son « entrée en vigueur ».

Il s'agit vraisemblablement de la source du droit la plus ancienne. Contrairement à ce qu'affirment parfois les modernistes, la coutume n'est en rien primitive. Au contraire, elle est complexe, comme déjà ses modes de preuves l'attestent. Ce jugement dépréciatif vient notamment de sa « spontanéité », de son immédiateté comme absence de procédure à respecter, déficit de formalisme institutionnel – ce qui contrevient à la doctrine positiviste –, qui lui confère un aspect de facilité, de primitivité.

Sa complexité devient évidente à l'aune de sa capacité intrinsèque à l'adaptation : sa souplesse lui permet d'épouser les aspirations changeantes de la communauté qui la pratique. Les mœurs, sans être des coutumes au sens juridique du terme puisque non contraignantes par elles-mêmes, illustrent bien cette capacité d'adaptation.

La *coutume* en bonne théorie ne doit pas être confondue avec l'*usage*.

En pratique, la distinction peut s'avérer délicate. Les *usages* sont des pratiques utiles pour comprendre une mentalité, des valeurs importantes : civilités, règles de politesse, mœurs, etc. Ils ne revêtent toutefois pas un caractère *juridique* ; ils ne confèrent aucun droit, corrélativement n'imposent aucune obligation. Ils ne sont assortis d'aucune sanction.

Nous savons le protocole de grande importance en droit international public ; ainsi en va-t-il du déroulé du tapis rouge pour la réception d'hôtes de marque. Qu'advient-il *juridiquement* si d'aventure l'État d'accueil omet cette marque de respect ? Aucun différend *juridique* n'en découlera quand bien

La vie du droit ou « le droit dans le temps »

même cet oubli apparaîtrait offensant. Les cadeaux offerts aux anniversaires, ou à d'autres occasions, ne constituent pas non plus des coutumes au sens juridique du terme : qui n'en reçoit, ne pourra ouvrir action devant quelque tribunal que ce soit.

Un cadeau d'usage offert à certaines occasions ne donne lieu à réclamation pour défaut de la part du donataire. En revanche, un pareil cadeau d'usage peut entrer dans la sphère juridique au titre de la corruption (ou sa tentative) du récipiendaire. Les notaires en reçoivent souvent en fin d'année. S'agit-il d'une boîte de chocolats, le cadeau reste de courtoisie ; une bouteille de vin d'un certain prix paraît suivre la même logique. Le goret, qu'il arrive à certains notaires dits « de campagne » de recevoir, ne semble pas ouvrir non plus à une suspicion de corruption. En revanche, une semaine de vacances, tous frais payés, au bord de la mer, dans le pays dont est originaire le client donateur, dans son propre hôtel, commence de poser problème.

Si les usages n'ont pas par eux-mêmes une portée juridique – ils ne sont en effet pas des sources formelles, notamment citées à l'art. 1 CC –, il arrive que le droit tienne compte de ces pratiques sociales, en particulier dans le domaine commercial avons-nous vu, en y renvoyant par exemple.

### **Section 3. Naissance de la jurisprudence**

Lorsque la jurisprudence a le rang de source formelle au sens étroit (art. 1 al. 2 CC), la règle élaborée par l'autorité judiciaire ou juridictionnelle entre en vigueur – expression impropre signifiant déploie ses effets – le jour où le jugement (la décision) qui la contient devient définitif. Ce jugement entre alors en force, revêtant précisément « force de chose jugée » : il peut être exécuté dès lors qu'il n'est plus judiciairement contestable, pour cause d'épuisement des voies de recours ou d'expiration des délais de recours. Cette naissance suit les mêmes principes dans le cas de la jurisprudence au sens de l'art. 1 al. 3 CC, à savoir la décision de justice valant entre les seules parties au procès.

Ce jour est déterminé par l'ordre juridique auquel ressortit l'autorité de jugement.

Dans le cas du Tribunal fédéral, les jugements entrent en force le jour où ils sont prononcés (art. 61 de la Loi sur le Tribunal fédéral)<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (« LTF », RS 173.110).

Sur le plan cantonal, la règle est différente pour les cas dans lesquels le jugement du tribunal est susceptible de recours au TF. En effet, durant la période pendant laquelle le recours est ouvert, le jugement cantonal ne saurait entrer en force. Il acquerra force de chose jugée au terme du délai de recours au Tribunal fédéral et pour autant que ce délai n'ait pas été utilisé. Cette logique vaut de manière analogue pour le jugement de première instance par rapport à la voie de recours au Tribunal cantonal. Pour le surplus, on consultera les normes relatives aux différentes organisations judiciaires cantonales.

Tant qu'un jugement n'est pas entré en force, à savoir aussi longtemps qu'il n'a pas acquis force de chose jugée, il demeure en quelque sorte lettre morte, ne déployant aucun effet juridique. Par exemple, en instance de divorce, dans l'hypothèse où l'époux mourrait avant l'entrée en force du jugement de divorce, et quand bien même les autorités seraient-elles convaincues de la volonté des parties de conduire l'action de divorce jusqu'à son terme, les époux demeurent mariés. Dans l'hypothèse de la mort du mari pendant l'instance de divorce, la femme devient par conséquent veuve et ne sera donc jamais divorcée du défunt.

La logique processuelle est toutefois plus fine (le droit comme science de la nuance), les recours pouvant être assortis, le cas échéant, d'« effets suspensifs » : tant que le recours n'est pas vidé, le jugement ou la décision attaqué (par exemple l'octroi d'un permis de construire) est suspendu dans ses effets jusqu'à droit connu sur le sort du recours contre ce jugement.



### Chapitre 3. La vie du droit positif : le déploiement de la règle de droit dans le système juridique

Entrée en vigueur, la règle de droit va déployer ses effets juridiques.

Avant même d'étudier ces effets, comme souvent, le juriste commencera par *distinguer*. Un savoir faire des juristes très envié et par là souvent décrié : ils commettraient argutie sur argutie alors même que, par nature, le droit est une « science de la nuance », nuances ou distinctions nécessaires pour épouser, autant que faire se peut, les singularités des cas.

Il faut en premier lieu distinguer les effets propres à la loi elle-même, liés à son contenu, des *effets* qui découlent *de* la simple insertion de cette loi nouvelle, dite « nouvelle », dans l'ordre juridique, à savoir les modifications des relations entre les lois déjà existantes et la nouvelle au sein du *système* juridique se réorganisant à cette occasion.

Les premiers effets mentionnés, ceux caractéristiques de la règle considérée en elle-même, propres à son contenu, ne seront guère étudiés ici, en ce qu'ils relèvent pour l'essentiel des cours de droit positif, en particulier de la branche à laquelle ressortit la nouvelle.

Les seconds, que nous abordons maintenant, ont trait aux relations qu'entretiennent les règles juridiques entre elles, (*grosso modo*) *indépendamment de leur contenu*. En d'autres termes, ces effets équivalent aux conséquences méthodologiques de l'insertion de la nouvelle dans un *système* juridique existant.

Pour appréhender les conséquences méthodologiques induites par l'insertion d'une nouvelle dans un *ordre* juridique existant, il sied d'analyser en premier lieu les ressorts de cet *ordonnement*, lequel repose de manière princeps sur une série de hiérarchies.

## Section 1. Des hiérarchies au sein du système juridique

Le système juridique est pénétré de hiérarchies parce qu'elles permettent d'organiser la matière en *système*, précisément, littéralement d'instaurer de l'ordre, dont on a vu qu'il est l'âme même du droit (S. GOYARD-FABRE).

### Sous-section 1. La hiérarchie des ordres juridiques

Par « ordre juridique », nous entendons l'ensemble des règles juridiques propres à une communauté donnée, en vigueur *hic et nunc*.

#### § 1. *De la primauté du droit international sur le droit interne*

Le monde du droit connaissant une multitude d'ordres juridiques, il convenait de les coordonner les uns par rapport aux autres.

En droit contemporain, on distingue, dans un premier temps de l'analyse, l'ordre juridique *international* des ordres juridiques *internes* ou *nationaux*. On devrait en réalité parler d'une pluralité d'ordres juridiques internationaux se compénétrant : droit international interétatique, droit onusien, droit de l'OMC, droit de l'Union européenne, droit de la CEDH, etc., qui ont sans doute un tronc commun mais connaissent tout à la fois de substantielles différences.

Les pays occidentaux consacrent bon an mal an le principe de la supériorité ou primauté de l'ordre juridique international sur l'ordre juridique interne, selon des aménagements ou déclinaisons qui en affadissent plus ou moins sensiblement la portée juridique. La position des États-Unis d'Amérique est, elle, plus floue, ou plus nuancée dira le juriste, la participation à des instances internationales n'empêchant pas les États-Unis d'imposer des lois *internes* américaines à l'extérieur de leur territoire. Cette portée extraterritoriale du droit interne américain entraîne certains auteurs à qualifier de « droit public international » ces lois internes à portée interétatique.

En Suisse, la jurisprudence consacre depuis des années la primauté du droit international sur le droit interne, laquelle est désormais expressément consacrée dans la Constitution fédérale (art. 5 al. 4) et incontestable en tous les cas pour les règles dites de *jus cogens* (art. 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst.).

§ 2. *De la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal*

Adoptant, *ensuite*, le regard du droit interne, tourné de surcroît vers l'ordre juridique suisse, c'est-à-dire une structure institutionnelle fédérale, on doit aborder en premier lieu la règle cardinale de l'art. 49 Cst. ramassée dans l'adage : *Bundesrecht bricht Kantonalesrecht*. Le titre de l'art. 49 porte expressément « Primauté et respect du droit fédéral », en particulier l'al. 1 : « le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire »<sup>180</sup>.

Le droit du « *Bund* » brise, casse, soumet (« bricht ») le droit cantonal, non à raison du contenu des règles juridiques concernées ni même de leur nature éventuellement différente de source formelle, mais simplement de par une supériorité hiérarchique de l'ordre juridique fédéral – quelles qu'en soient les sources formelles – sur l'ordre juridique cantonal – respectivement, quelles qu'en soient les sources formelles.

La formule de l'al. 1 semble limpide mais devient vite retorse en ce qu'elle dit seulement le plus, à savoir « contraire », mais pas le moins, sous-entendu « similaire » : même si le droit cantonal n'est pas contraire au droit fédéral mais de contenu similaire, situation plutôt rare, le droit fédéral l'emporte. Un problème de répartition de compétences entre tâches fédérales et tâches cantonales pourrait expliquer pareille « concurrence » de règles juridiques. Leur superposition ne constitue que la figure la plus acérée de ce problème général typique de toute organisation fédérale, dont l'étude ressortit aux enseignements de droit constitutionnel.

Une compatibilité plus heureuse des deux ordres est envisagée à l'art. 6 CC (*infra* Chapitre 4, Section 4).

Sous-section 2. La hiérarchie des sources formelles selon l'art. 1 CC

Embrassant la perspective du positivisme juridique, le droit suisse fixe à l'art. 1 CC la hiérarchie des sources formelles, valable pour l'ensemble du droit

---

<sup>180</sup> Pour de plus amples développements, voir encore *infra* Chapitre 4, Section 4. Une considération incidente veut rappeler que le verbe « prime » appelle un « complément d'objet direct », suivant une dénomination obsolète et pourtant limpide : dit trivialement, ce verbe n'est pas suivi d'une préposition, « sur » par exemple.

La vie du droit ou « le droit dans le temps »

suisse. Oserait-on le qualifier de norme « quasi-constitutionnelle » ? Il est à tout le moins incontesté au sein du positivisme juridique.

La note marginale de la version française de l'art. 1 CC trahit un légalisme exorbitant en portant « Application de la loi », alors même que la loi n'est que l'une des sources formelles du droit, parmi d'autres, et par conséquent ne peut pas englober les *autres* sources formelles objets des al. 2 et 3. Comme si le droit était tout entier contenu dans la loi, une loi auto-suffisante, sauf cas marginaux auxquels répondent alors, par voie d'exception, les autres sources mentionnées.

Mais la structure même de la loi rend impossible cette tâche : générale et abstraite, elle ne peut par elle-même trancher les cas singuliers et concrets. D'un point de vue pragmatique, les « autorités du droit », jurisprudence et doctrine (al. 3) lui sont nécessaires ; et de fait, les tribunaux n'ont de cesse de s'y référer dans leurs jugements.

L'art. 1 CC dans sa version allemande (Zivilgesetzbuch, « ZGB ») est guidé, lui, par une note marginale plus cohérente, « Anwendung des Rechts », application du droit, reflétant un esprit davantage descriptif qu'idéologique, à l'exemple d'un « es folgt » (al. 3) en regard du « s'inspire », plus poétique mais moins cohérent, laissant à penser à une liberté d'interprétation étendue en faveur du juge alors qu'en bonne théorie positiviste ce dernier ne devrait être qu'un « exécutant », séparation des pouvoirs et (quasi) monopole du législatif obligent.

### § 1. *Art. 1 al. 1 : l'empire de la loi*

L'art. 1 al. 1 CC, en bonne logique positiviste, débute par « La loi », indiquant de la sorte la première source formelle, au sens de la plus élevée dans la hiérarchie.

Ensuite, alors que la version française énonce de manière quelque peu évanescence l'objet sur lequel portera la loi, « les matières », les versions allemande et italienne le cernent avec plus de rigueur : « Rechtsfragen », « questioni giuridiche » : les questions *juridiques*.

Ces questions de *droit* peuvent ne pas trouver de solutions dans la loi, lettre ou esprit selon le texte. Que la lettre soit mentionnée avant l'esprit traduit une nouvelle fois le positivisme juridique dans sa foi en une compréhension immédiate de la loi sans interprétation aucune, une « lettre » auto-suffisante.

Au rebours, l'*esprit* ne se découvre que par cette intermédiaire herméneutique, art de l'interprétation précisément<sup>181</sup>.

La lettre seule, auto-suffisante, est une croyance ou foi tout à fait irrationnelle avons-nous vu (Partie I) puisqu'elle suppose que les signifiants parlent d'eux-mêmes ou indiquent de façon univoque le signifié, à moins que ce ne soit la référence, dernière hésitation qui trahit le peu de rigueur du positivisme juridique en matière de langue et d'interprétation. Ces immédiatetés du sens sont autant d'impossibilités linguistiques et sémiotiques.

Sans réponse légale, le droit n'en demeurera pas pour autant muet, contrairement à ce qui devrait résulter de la logique de la note marginale française, l'art.1 ne concernant que « l'application de la loi ». Le droit se dira simplement par le ministère d'autres sources formelles.

§ 2. *Art. 1 al. 2 CC, les marges du droit : coutume et jurisprudence prétorienne*

Ce passage à une étape *ultérieure* et *moins élevée* (d'un point de vue positiviste) est expressément marqué par le « A défaut de » ouvrant l'al. 2.

Intervient alors le droit coutumier en vertu duquel le juge « prononce », selon la classique *jurisdictio*, un droit coutumier que le tribunal *doit* suivre : « so soll das Gericht ». Ainsi, ne trouvant pas de disposition légale propre à régler le cas, le juge a l'obligation d'en rechercher la solution dans le droit coutumier, le verbe « prononce » étant à l'indicatif, manière de description de ce qui est, une sorte de *matter of fact*, ne laissant donc aucun choix au juge.

Cet ordonnancement obligatoire se poursuit avec le droit prétorien. Son intervention est là encore soulignée par un « à défaut », lequel porte sur l'existence d'une coutume propre à résoudre le cas, indiquant que la voie jurisprudentielle prétorienne n'interviendra qu'en troisième rang.

Le législateur redouble ici de prudence, en usant d'une part d'un conditionnel (« établirait », « würde »), d'autre part de la marque même de la fiction « si », « als » ; « s'il avait à », indiquant clairement qu'il n'est pas législateur, qu'en aucun cas le juge « fait acte de législateur », expression gravement fautive qu'il importe au juriste de ne pas adopter : le juge ne saurait agir en cette

---

<sup>181</sup> Sur les relations très subtiles entre la lettre et l'esprit, *infra* Tome II, Titre VI, Chapitre 2 consacré à l'interprétation.

qualité. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs, cardinal en démocratie, commande au judiciaire de ne point légiférer, fonction suprême dévolue au Parlement.

Conscient de la nature fictionnelle de sa démarche, le juge tentera de se couler dans la position qui *aurait été* (« si ») celle du législateur en charge de préparer une loi en la matière, plus exactement un élément précis d'une loi propre à résoudre la question juridique posée mais qui fait défaut au moment où le juge tranche ; d'où l'expression « lacune de la loi »<sup>182</sup>.

Pour ponctuelle que soit l'intervention du juge dans cette situation exceptionnelle, elle ne devra pas moins revêtir la forme d'une règle *générale* et *abstraite*, parce qu'elle doit non seulement apporter une solution au problème juridique qui se trouve posé devant ce tribunal, *dans cette affaire-ci*, entre ces parties – soit selon la définition classique de la jurisprudence : décision singulière et concrète - mais encore, apporter une solution *à la faveur de cette affaire*, c'est-à-dire en vue de tous les cas analogues, susceptibles par conséquent de présenter la même difficulté juridique aux tribunaux saisis.

Visant une classe de personnes et un type de situations, la décision devra prendre la forme d'une règle (ponctuelle) générale et abstraite. Par exemple, compléter un délai ou un seuil financier que la loi applicable avait omis d'arrêter. Ce droit prétorien vaudra aussi longtemps en tous les cas que le législateur n'aura pas comblé la lacune de la loi.

Article célèbre en droit comparé pour la faculté reconnue au juge de combler les lacunes de la loi *comme si* l'organe judiciaire était, pour le point à compléter, un organe législatif procédant, en conséquence, par voie générale et abstraite. Solution éminemment pragmatique de la délégation au juge, *exceptionnelle* et *circonscrite*, alors qu'une lecture par trop théorique du principe de la séparation des pouvoirs commandait de suspendre l'instance et renvoyer le comblement à opérer au législateur, démarche dénommée « référé législatif » en ancien droit français. Une procédure analogue, mais devant une cour, existe en droit de l'UE sous les espèces du renvoi préjudiciel en interprétation auprès la CUE, assorti toutefois de délais de suspension d'instance raisonnables, en effaçant de la sorte le principal défaut.

Cette jurisprudence est si particulière qu'elle reçoit un nom propre : le droit prétorien. L'adjectif « prétorien » rappelle la très vénérable fonction de préteur

---

<sup>182</sup> Sur les lacunes de la loi, *infra* Tome II, Titre VI, Chapitre 3.

en droit romain, lequel émettait en début de mandat un édit dans lequel il annonçait les solutions de principe qu'il entendait donner durant son mandat à diverses questions juridiques non encore réglées.

Cette dénomination, établissant une filiation romaine, plus fantasmée peut-être que génétique, distinguant cette jurisprudence de l'al. 2 de celle de l'al. 3, veut surtout souligner la singularité méthodologique du travail judiciaire ou juridictionnel dans cette situation : le résultat revêt à la fois la forme propre à la loi, savoir une structure générale et abstraite, et la forme propre à la solution d'un cas, savoir une décision singulière et concrète.

§ 3. *Art. 1 al. 3 CC : doctrine et jurisprudence, de simples « informations sur » le droit ?*

L'ordonnancement de l'art. 1 ZGB se poursuit par une hiérarchie clairement soulignée par l'expression « *Es folgt dabei* », le verbe « *folgen* » (suivre) indiquant une étape *ultérieure* dans le choix des sources formelles à appliquer pour résoudre le différend. La version allemande semble plus « musclée », plus contraignante à la façon d'une évidence, un « cela va de soi » puisqu'elle demande au tribunal de suivre la doctrine et la jurisprudence dans les solutions qu'elles ont pu suggérer ou consacrer et pas simplement qu'il s'en « inspire » (art. 1 al. 3 CC).

Pour poétique ou spiritualiste que soit le verbe « s'inspire », il souligne à sa manière, en sus de l'ordre des chiffres arabes, une importance moindre des sources formelles – d'ailleurs seulement au sens large ici, les « autorités » – mentionnées dans cet alinéa : doctrine et jurisprudence.

Le verbe « s'inspire » laisse évidemment plus de liberté au juge que le « prononce » de l'al. 2, lequel sonne à son tour moins contraignant que le « régit » de l'al. 1 dans sa forme d'objectivité ou d'impersonnalité, précisément celles que l'on prête dans la doctrine positiviste à la loi, affadissement de la force contraignante soulignant à son tour la hiérarchie des trois alinéas.

Il est piquant, enfin, de constater que la jurisprudence suit la doctrine, dernière citée, ultime recours. L'idéalisme du positivisme est ici à son comble qui pense pouvoir se passer, sur le principe tout du moins, de la jurisprudence, comme si la cohérence du droit et la sécurité juridique pouvaient être assurées sans égard aux décisions déjà rendues.

§ 4. *Art. 1 : Synthèse des critères d'ordonnancement*

En synthèse de la hiérarchie des sources formelles campée à l'art. 1 CC, on relèvera que son ordonnancement est organisé par quatre critères au moins :

1. l'ordre des alinéas marqués par des chiffres arabes ;
2. le sens de lecture de gauche à droite de l'alphabet latin, direction qui fournit certes plus d'indices que de certitudes.
3. les marques de subordination expresses, notamment « à défaut de » ;
4. le sens des verbes utilisés.

L'art. 1 CC est de telle luxuriance interprétative ou fécondité herméneutique que nous l'aborderons à deux titres encore, ultérieurement (Tome II) : par les figures méthodologiques relatives aux « lacunes du droit » (bien mal nommées en vérité puisqu'il ne s'agit que de lacunes de la *loi*) ; par la matrice originelle du droit à savoir l'interprétation des règles juridiques (le droit est un art du sens).

### Sous-section 3. La hiérarchie au sein de la loi au sens large

Entre les diverses règles juridiques *générales et abstraites*, soit les *lois*, une hiérarchie opère, théoriquement tout du moins<sup>183</sup> : la Constitution l'emporte sur la loi au sens strict, laquelle l'emporte sur les ordonnances, celles-ci sur les règlements. Nous retrouvons ici la métaphore d'une construction du droit par escaliers ou étapes, dite « *Stufenbautheorie* » qui a pour ressort le fondement de la juridicité de la règle. À ce titre, la Constitution occupe évidemment le rang le plus élevé.

---

<sup>183</sup> Dans un ouvrage stimulant voire édifiant intitulé *De la pyramide au réseau ?* (M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002), Ost et van de Kerchove montrent qu'en pratique les lois au sens large comme les autres règles juridiques hiérarchiquement inférieures jouent un rôle crucial dans la détermination du sens de la norme supérieure, par définition plus abstraite. Raison pour laquelle le titre suggère que la métaphore du réseau saisit mieux la vie du droit que la trop hiératique pyramide.

#### Sous-section 4. La hiérarchie des instances au sein de l'organisation judiciaire

Pour être parfaitement méthodique, en l'occurrence systématique, il sied d'aborder une quatrième hiérarchie, celle des instances, les voies de recours indiquant que l'on s'adresse à chaque étape ultérieure du parcours judiciaire à une autorité supérieure : du tribunal de premier instance (le tribunal d'arrondissement par exemple), par voie de recours à une deuxième instance (le tribunal cantonal par exemple) puis en troisième instance, supérieure donc aux deux premières, la Cour suprême, généralement le Tribunal fédéral. Et dans l'hypothèse où le différend juridique met à mal un droit de l'homme, un ultime recours (une instance encore supérieure à la Cour suprême, en Suisse notre Tribunal fédéral) à la CourEDH. Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de la portée juridique des décisions des différentes instances mentionnées, seul un cours de procédure peut y pourvoir.

#### Sous-section 5. Synthèse : une hiérarchie de hiérarchies

Entrer de manière *ordonnée* dans un *ordre* juridique, lequel de surcroît « fait *système* », exige d'articuler différentes hiérarchies c'est-à-dire de les hiérarchiser !

Ainsi, suivant la succession des subdivisions opérée dans cette section, il convient de commencer par la hiérarchie des ordres juridiques, son sommet étant constitué par le droit international public qui l'emporte ainsi sur le droit interne.

En droit interne suisse, l'art. 49 Cst. consacre la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal, ce dernier l'emportant à son tour sur le droit communal.

Cette hiérarchie respectée, il convient *ensuite* de respecter celle des sources formelles du droit.

*Ensuite*, si d'aventure les règles juridiques pertinentes s'avéraient toutes être des lois au sens large, la hiérarchie des lois en permettra l'articulation.

Si des règles jurisprudentielles devaient entrer en conflit dans la résolution du cas, la hiérarchie des instances permettrait d'en distribuer correctement les effets juridiques.

La vie du droit ou « le droit dans le temps »

La problématique des différentes hiérarchies des normes étant, dans son principe, articulée, il sied d'aborder maintenant une autre figure méthodologique permettant d'organiser le raisonnement dans les situations provoquées par l'introduction d'une règle nouvelle dans un système juridique donné. Cette introduction induit inévitablement des questions de rétroactivité des règles juridiques.

## Section 2. De la rétroactivité

### Sous-section 1. L'esprit général de la rétroactivité

La rétroactivité consiste en une série de figures juridiques de compréhension et de manipulation délicates. Portant d'ordinaire sur la loi (au sens large), on cherchera à apprivoiser les esprits à la rétroactivité par son examen dans ce cas exemplaire avant que d'en examiner la logique et les effets à propos de chacune des sources formelles.

La position du problème est fort simple, sa solution complexe : on se trouve en présence d'une *novelle* et de sa date d'entrée en vigueur. D'où le problème suivant.

*Par rapport à cette date*, la loi en question régira-t-elle exclusivement les faits ou situations qui se situent *après* son entrée en vigueur ou a-t-elle la faculté de régir également les faits ou situations qui se sont déroulés *avant* que cette loi n'entre en vigueur ? Adoptant une perspective méthodologique, on répondra à cette question *sans* considérer le *contenu* des normes en présence.

Pour saisir l'esprit général de la question méthodologique de la rétroactivité, on se reportera au TFin du CC, emblématique.

Comme en toute bonne lecture systématique de la loi, on portera son attention en premier lieu sur les notes marginales dont les lettres de l'alphabet latin et les chiffres romains ou arabes indiquent l'ordonnancement de la matière et par là la structuration générale du raisonnement à suivre.

L'intitulé du TFin indique explicitement son objet : régler les problèmes de droit dans le temps posés par l'entrée en vigueur et l'application du CC. Le CC doit être entendu ici comme un paradigme (au sens épistémologique du terme) à savoir l'exemple canonique dont on s'inspirera pour régler tous les problèmes de droit dans le temps posés par des lois, fussent-elles ne pas ressortir du droit civil. En d'autres termes, le TFin vaut *cum grano salis* pour

L'ensemble des lois de l'ordre juridique suisse, comme en témoignent de nombreuses jurisprudences helvétiques.

L'intitulé du chapitre I de ce TFin rend encore plus explicite la matière qui va être traitée : « De l'application du droit ancien et du droit nouveau ».

Une lettre A indique, en bonne systématique, que l'on aborde la problématique à l'aide de « *Principes généraux* » ; viendront ensuite des questions spéciales qui n'en sont, d'une certaine manière, que des cas d'application.

Cette note marginale à son chiffre I livre la règle cardinale de toute la matière : la non-rétroactivité des lois (emblématiquement ramenées au « code civil »)... en principe : les effets juridiques de faits ou situations qui se sont déroulés, sur l'échelle du temps, *avant* l'entrée en vigueur de la nouvelle, continueront d'être régis par le droit en vigueur au moment où naquirent ces faits ou situations ; soit l'*ancien droit*.

En d'autres termes, la nouvelle ne déploie ses effets juridiques qu'à partir de la date de son entrée en vigueur ; elle ne peut pas déployer son régime légal antérieurement à cette date. Les effets juridiques des faits ou situations qui se situent avant l'entrée en vigueur de la nouvelle demeurent régis par l'ancien droit, même pour ceux de ces effets qui se déploient *après* la date d'entrée en vigueur de la nouvelle.

Les art. 2, 3 et 4 TFin abordent, quant à eux, les cas dans lesquels les valeurs portées par la nouvelle paraissent si importantes pour l'ordre juridique qu'il lui permet de déployer son régime légal sur les effets juridiques de faits ou situations *pourtant antérieurs* à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle. Dans ces cas (art. 2, 3 et 4), la nouvelle agit sur des faits ou situations passés c'est-à-dire antérieurs à son entrée en vigueur ; en ce sens elle « rétro-agit », agit sur le passé.

Si la note marginale de l'art. 2 semble claire, son texte l'est infiniment moins. En effet, à bien le lire, les règles du CC, même assorties de cette force exceptionnelle qu'est l'ordre public (et les bonnes mœurs), ne remontent pas véritablement dans le temps pour appliquer le nouveau régime légal à tous les effets juridiques liés à des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de cette nouvelle. Les effets juridiques régis par l'ancien régime légal sont maintenus dans leur validité jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle. En stricte logique, une rétroactivité pure, *stricto sensu*, devrait modifier *le passé* (juridique) c'est-à-dire la période d'*avant* l'entrée en vigueur de la

novelle, en en soumettant tous les effets juridiques au nouveau régime légal alors même que ce régime n'existait pas au moment où toute une série de ces effets, tous ceux antérieurs à la novelle, se sont déployés.

Ainsi les art. 2, 3 et 4 TFin correspondant à la suite de chiffres 1, 2, 3, laissent-ils entrevoir une troisième figure entre non-rétroactivité stricte et rétroactivité pure, obligeant en bonne didactique à présenter d'abord de manière rigoureuse les deux branches de cette alternative, les deux extrêmes, avant que de pouvoir présenter la *via media*, la voie médiane que la doctrine dénomme « rétroactivité improprement dite » ou « pseudo-rétroactivité ».

Aussi verrons-nous dans une sous-section 2 le principe cardinal de l'interdiction de la rétroactivité et son exception la rétroactivité pure, tout en abordant des exemples d'application pratique, au cours desquels apparaîtra l'impossibilité de s'en tenir à ces deux seules branches extrêmes de l'alternative. Nous aborderons alors, dans une sous-section 3, le principe de la rétroactivité improprement dite ou pseudo-rétroactivité. Enfin, dans une sous-section 4, nous appliquerons les figures méthodologiques de la rétroactivité ainsi acquises aux différentes sources formelles du droit.

## Sous-section 2. Le principe de l'interdiction de la rétroactivité ou principe de la non-rétroactivité et son exception, la rétroactivité pure

En principe, une règle de droit ne régit que les cas futurs, à savoir les faits ou les situations nés *après* l'entrée en vigueur de la novelle ainsi que leurs effets qui se déploieront, par définition, *après* la date d'entrée en vigueur de la novelle.

Le principe en est posé à l'art. 1 TFin.

Ce principe est d'*application générale* : il vaut pour l'ensemble du droit, quelle qu'en soit la source formelle (*infra*). Comme toute règle juridique, il n'est pas absolu.

Supposons un pays autorisant le mariage dès 18 ans. Une novelle est adoptée qui, désormais, fixe à 20 ans l'âge autorisé pour contracter mariage. En vertu du principe cardinal de l'interdiction de la rétroactivité, tous les mariages concernant des jeunes gens ayant entre 18 et 20 ans *déjà célébrés* au moment de l'*entrée en vigueur* de la novelle sont et demeureront valables. Valablement acquises du point de vue juridique, ces situations doivent être protégées, motif

pris, notamment, de la sécurité juridique, raison qui irrigue l'ensemble de la problématique de la rétroactivité.

En revanche, dès l'entrée en vigueur de la nouvelle, aucune personne dont l'âge est inférieur à 20 ans ne peut plus se marier. Seules les personnes ayant atteint l'âge de 20 ans révolus au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle peuvent désormais contracter mariage.

Supposons qu'une nouvelle prévoit que le divorce ne peut être prononcé qu'après écoulement d'un délai de quatre ans à compter de la demande, par contraste avec l'ancienne loi se contentant d'une durée de deux ans. Tous les divorces déjà prononcés à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle, soient des divorces prononcés conformément au délai d'attente de deux ans, demeureront valables après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle, quand bien même à cette date-là le délai des quatre ans n'aurait-il point été atteint : deux ans suffisent alors. Mais, si les époux déposent une demande de divorce après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle, ils devront patienter quatre ans avant de pouvoir obtenir un jugement de divorce.

Nous pouvons dès lors offrir une première définition, simple, de la rétroactivité pour fixer les idées : il y a rétroactivité lorsqu'une règle de droit s'applique aux effets juridiques de faits ou de situations qui se sont produits avant son entrée en vigueur.

Le principe cardinal du droit suisse, ainsi que de tout État de droit, consiste en l'interdiction d'une telle rétroactivité.

On comprend aisément cette interdiction concernant les faits ou situations qui ont épuisé tous leurs effets juridiques antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle. En effet, les citoyens ont respecté toutes les exigences de la loi alors en vigueur. Il serait choquant que le système juridique puisse revenir sur leur situation ou acte dans leurs effets juridiques ; la sécurité juridique, la permanence ou stabilité des liens juridiques s'y opposent.

Ainsi le mariage célébré avant l'entrée en vigueur reste acquis, s'agissant bien de la *célébration* du mariage et non forcément des *effets* du mariage. Le divorce prononcé avant l'entrée en vigueur ne peut être revu avec l'entrée en vigueur d'un nouveau CC qui viendrait modifier des institutions juridiques du mariage et du divorce par exemple en interdisant ce dernier. Imaginons un couple divorçant conformément à la loi cinq ans avant une nouvelle qui interdit le divorce. L'homme s'est remarié trois ans avant la nouvelle, union dont sont

nés trois enfants. A l'entrée en vigueur de la nouvelle, par hypothèse de stricte rétroactivité, le divorce est invalidé ; les liens du premier mariage rétablis, le second mariage doit être invalidé pour cause de bigamie (art. 96 CC). Si sa première épouse est décédée le lendemain de l'entrée en vigueur de la nouvelle, l'homme remarié pourra-t-il venir à sa succession ? La rétroactivité pure conduit à des situations juridiques inextricables.

### Sous-section 3. De la rétroactivité pure à la rétroactivité improprement dite ou pseudo-rétroactivité

#### § 1. *Vers la rétroactivité improprement dite : pour de bonnes raisons*

La question de la rétroactivité prend un tour plus complexe encore quand les faits ou situations, sis dans le passé par rapport à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle, continuent de déployer des effets au moment de l'entrée en vigueur de cette nouvelle : créés sous l'empire de l'ancienne loi et continuant de déployer des effets juridiques *après* l'entrée en vigueur de la nouvelle, ces situations s'avèrent délicates étant « à cheval » sur deux régimes légaux différents. Par exemple, si le statut de marié ne variera pas avec l'entrée en vigueur de la nouvelle, est-on bien sûr que les effets juridiques de ce statut qui se déploieront après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle seront indemnes du nouveau régime légal ?

Adoptons l'hypothèse, saugrenue à moitié seulement selon les statistiques, d'un mariage qui dure, célébré sous l'ancien droit, y déployant des effets, connaissant un changement légal dans son cours, posant ainsi la question du régime légal à appliquer aux effets de ce mariage qui viendraient à se déployer après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle. Admettons que le nouveau droit modifie les effets du mariage. Va-t-on modifier *tous les* effets du mariage entre les deux époux, y compris ceux qui se sont déployés *avant* l'entrée en vigueur de la nouvelle, alors même que les époux se sont engagés en fonction d'un certain état du droit, autre que celui qui prévaut à partir de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle ? Ou le législateur acceptera-t-il de consacrer au sein de la même population et pour la même institution, savoir le mariage dans ses effets, deux régimes légaux différents fonction de la date de mariage ? Les époux dont la date du mariage serait, par hypothèse, antérieure à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle, continueraient de voir les effets de leur mariage régis par l'ancien droit. L'ordre juridique en question connaîtrait donc

simultanément, sur les mêmes questions juridiques, deux (voire plus) régimes légaux différents dès la date d'entrée en vigueur de la nouvelle.

Doit-on toujours s'en tenir au principe cardinal de l'interdiction de la rétroactivité tel que posé par l'art. 1 TFin ?

Si l'on s'arrêtait à la figure stricte de l'interdiction de la rétroactivité, on aboutirait vraisemblablement à des solutions trop rigides, trop statiques : la nouvelle devrait parfois attendre des années ou des lustres avant que de pouvoir régir toutes les situations légales pour lesquelles elle a été élaborée puisque toutes celles créées antérieurement à sa date d'entrée en vigueur demeureraient régies par l'ancien droit jusqu'à complet épuisement de leurs effets.

Une partie de la doctrine postule alors une manière de présomption de progrès assortissant toute nouvelle loi, quand ce n'est pas carrément un intérêt public, qui commande (à tout le moins encline) d'octroyer à la nouvelle la puissance de déployer son régime légal dès la date de son entrée en vigueur et à *partir de cette date* pour tous les *effets juridiques* de la catégorie de faits ou situations qu'elle concerne, que les faits ou situations soient advenus avant ou après l'entrée en vigueur de la nouvelle.

Nous sommes de la sorte contraints d'affiner la définition de la rétroactivité ou, réciproquement et en négatif, celle de l'interdiction de la rétroactivité, en distinguant la rétroactivité *stricto sensu* de la rétroactivité improprement dite ou pseudo rétroactivité.

La rétroactivité *stricto sensu* s'entend de l'application à des faits ou situations et à leurs effets *achevés* d'une loi dont l'entrée en vigueur leur est postérieure. Elle change donc un régime juridique stabilisé, assuré, ayant déployé ses effets selon la logique de l'ancienne loi.

La rétroactivité improprement dite ou pseudo-rétroactivité, dite aussi parfois rétroactivité impropre, désigne l'application d'une règle de droit aux effets encore en cours d'un fait ou situation qui s'est produit avant sa mise en vigueur, nouvelle régissant les seuls effets postérieurs à la date d'entrée en vigueur du nouveau régime et donc sans revenir sur les effets déjà déployés.

En principe, le législateur use de la pseudo-rétroactivité dans des domaines où existe un certain intérêt public, en vérité, nous l'avons dit, un intérêt *public prépondérant* de manière plus réaliste. Nous la rencontrerons par conséquent

davantage en droit public – comme d’ailleurs pour la rétroactivité proprement dite – qu’en droit privé.

Le principe cardinal irriguant l’ensemble du droit privé résidant en l’*autonomie des parties*, logique même du droit privé (*supra*), la pseudo-rétroactivité y sera moins courante puisque les parties se sont engagées entre elles – et pas comme telles vis-à-vis de l’État ou de la collectivité – en fonction d’un certain état du droit qu’elles s’attendent à voir perdurer jusqu’au terme de leurs relations privées.

On pourrait toutefois comprendre que des contrats de droit privé s’étendant sur de très longues durées, à l’exemple des contrats à exécution successive, puissent connaître un changement de régime légal au cours de ces diverses exécutions. On le comprendrait aussi pour des contrats de droit privé qui présentent de forts aspects de droit public, en particulier dans les branches dites mixtes, l’intérêt public en lice pouvant commander l’application de la nouvelle à la relation juridique existante dès son entrée en vigueur, évidemment pour les effets se déployant après cette entrée en vigueur. Ainsi en va-t-il des baux à loyer pour habitation (dans un but de protection des locataires) ou du contrat de travail (dans un but de protection des employés), le législateur souhaitant en général que la nouvelle réglementation s’applique dès son entrée en vigueur à tous les contrats ressortissant du type concerné, ici les contrats de bail ou les contrats de travail.

Deux raisons principales sont généralement avancées en doctrine pour justifier, en droit public comme en droit privé, la méthode de la pseudo-rétroactivité. D’une part la nouvelle, en tant que loi la plus récente, bénéficie d’une présomption de progrès : meilleure parce que récente, position idéologique point toujours exempte d’irénisme. D’autre part, le système juridique gagnerait en cohérence en consacrant pour un type de questions déterminé un seul régime légal en un temps et pour une société donnés. On se gardera d’oublier que cette cohérence s’obtient au détriment, le cas échéant, des attentes des parties s’étant engagées dans leurs relations juridiques sur la base de l’ancien droit ; l’argument est particulièrement pertinent en droit privé puisque, en général, aucun intérêt public prépondérant n’y est suivi.

Cet intérêt public devra être particulièrement fort, en droit public comme en droit privé, dans le cas de la rétroactivité proprement dite puisque, changeant le passé juridique d’une relation pour le faire régir exclusivement par la nouvelle, la sécurité juridique y est mise à mal. Raison pour laquelle les cas de rétroactivité pure sont rares et leur encadrement juridique strictement défini.

Quelle que soit la figure juridique de droit dans le temps retenue, il faut souhaiter que le législateur ait opéré explicitement son choix, le faisant figurer dans les dispositions transitoires ou finales de la nouvelle. Si la nouvelle n'en porte aucune indication, on devra, en saine logique juridique, se reporter aux principes généraux en matière de droit dans le temps, en particulier aux articles du TFin.

§ 2. *Critère pragmatique de déclenchement de la rétroactivité improprement dite : des effets juridiques qui « chevauchent » la date d'entrée en vigueur de la nouvelle*

Adoptant le point de vue des faits ou situations considérés dans les effets juridiques qui leur sont attachés, l'alternative suivante se dessine.

La première branche de l'alternative porte sur un acte ou une situation *ponctuels* à savoir qui épuise ses effets dans sa réalisation même : la célébration d'un mariage (et non les régimes matrimoniaux en découlant), le prononcé d'un divorce, la signature d'un contrat de bail, la passation d'un acte notarié, etc. La réponse, du point de vue du droit dans le temps, est simple, en « tout ou rien » d'une certaine manière. Ou l'acte ou la situation est antérieur à l'entrée en vigueur de la nouvelle et le principe de la non-rétroactivité prévaut. L'acte ou la situation demeure sous l'ancien régime légal. La loi nouvelle ne reviendra pas sur la célébration du mariage prononcé selon l'ancien droit ou sur le divorce prononcé alors, par exemple. Ou le législateur décrète la rétroactivité pure et le nouveau régime légal s'applique à cet acte ou situation ponctuel passé. Il faudra évidemment un intérêt public très important. Des normes de sécurité, électrique par exemple, pourraient justifier une certaine portée juridique de la loi avant même son entrée en vigueur, effet que l'on dénomme en méthodologie juridique « effet anticipé ». Corrélativement, la nouvelle – dont les autorités anticipent l'entrée en vigueur pour obliger les constructeurs à poser des installations électriques conformes au régime légal à venir alors même que la loi nouvelle n'est pas encore en vigueur – pourra être affirmée, après coup, c'est-à-dire dès son entrée en vigueur, rétroactive puisqu'elle se sera appliquée, dès son entrée en vigueur, à des faits ou situations qui se sont déroulés et achevés (notion de ponctuel) avant même cette mise en vigueur.

La seconde branche de l'alternative concerne un acte ou situation antérieur à la nouvelle mais qui continue de déployer des effets juridiques après l'entrée en

vigueur de la nouvelle ; la situation enjambe ou chevauche l'entrée en vigueur de la nouvelle. On doit alors se poser la question du régime juridique applicable aux effets se déployant après cette entrée en vigueur. La rétroactivité improprement dite constituera, le cas échéant, une solution élégante en abandonnant à l'ancien régime légal et l'acte ou situation et ses effets déroulés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle, soumettant en revanche les effets se déployant après cette entrée en vigueur au nouveau régime légal mais ceux-là seuls.

La difficulté centrale du droit dans le temps appréhendée sous la catégorie de la rétroactivité pourrait dès lors s'énoncer comme suit : la question juridique à traiter, par hypothèse postérieure à l'entrée en vigueur de la nouvelle, existe-t-elle pour elle-même, devant être considérée seule, en soi, ou n'est-elle qu'une conséquence juridique d'un acte ou situation antérieur, provoquant un conflit entre deux régimes légaux possiblement applicables : maintenir l'ancien régime jusqu'à épuisement de tous les effets juridiques (y compris ceux se déployant après l'entrée en vigueur de la nouvelle et, partant, la question juridique posée) ou répartir ancien et nouveau régime légal fonction de la date d'entrée en vigueur ? A l'exemple de la distinction entre célébration du mariage, acte ponctuel, et « effets généraux du mariage », les régimes matrimoniaux notamment, qui enjambent par définition toute nouvelle en la matière. L'art. 7c TFin illustre dans le sens généreux (d'un point de vue « progressiste ») la logique de la rétroactivité improprement dite : supposons une action en divorce ouverte devant l'instance cantonale 3 ans avant l'entrée en vigueur de la nouvelle qui ramène de 4 à 2 ans le délai de séparation avant d'obtenir le divorce. L'instance cantonale pourra le prononcer dès la date d'entrée en vigueur de la nouvelle.

Aussi convient-il de parcourir les principales branches juridiques afin de façonner une idée générale des figures méthodologiques de la rétroactivité dans sa déclinaison en interdiction de la rétroactivité, rétroactivité pure et rétroactivité improprement dite.

§ 3. *Les figures de la rétroactivité dans les différents domaines du droit*

**Sous-§ 1. Le droit international privé (LDIP), un modèle du genre**

Instrument judiciaire rédigé en très large part par la doctrine, la Loi sur le droit international privé<sup>184</sup> offre certainement les indications les plus explicites en matière de rétroactivité. D'un point de vue systématique d'abord, un chapitre 13, intitulé « Dispositions finales » rappelle le principe général de l'interdiction de la rétroactivité en sa section 2 intitulée « Dispositions transitoires ». L'art. 196 dont la note marginale porte précisément « I. Non-rétroactivité » dispose pour l'al. 1 « les faits ou actes juridiques qui ont pris naissance et produit tous leurs effets avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régis par l'ancien droit ». Ne s'intéressant ici qu'aux faits ou actes juridiques ayant *épuisé* leurs effets *avant* l'entrée en vigueur de la LDIP, la loi rappelle en saine logique le principe cardinal de l'interdiction de la rétroactivité pure ou principe de la « non-rétroactivité » de la LDIP.

Ensuite, et de manière tout aussi explicite, l'al. 2 traite le cas de la rétroactivité improprement dite : « les faits ou actes juridiques qui ont pris naissance avant l'entrée en vigueur de la présente loi, mais qui *continuent de produire des effets juridiques* [les soulignés sont de nous], sont régis par l'ancien droit pour la période antérieure à cette date. Ils le sont, quant à leurs effets, par le nouveau droit pour la période postérieure ». Le législateur a de la sorte parfaitement exposé la répartition des régimes légaux régissant les faits ou actes juridiques concernés, les effets déployés *avant* l'entrée en vigueur de la nouvelle demeurant soumis à l'ancien droit, et ceux produits *après* l'entrée en vigueur de la nouvelle étant logiquement soumis au nouveau droit, situation typique d'une pseudo-rétroactivité.

L'art. 197 LDIP, dont la note marginale porte « II. Droit transitoire », écarte en matière de compétence des tribunaux non seulement la figure de la rétroactivité pure mais également celle de la rétroactivité improprement dite : « les autorités judiciaires ou administratives suisses saisies d'actions et requêtes avant l'entrée en vigueur de la présente loi le restent, même si leur compétence n'est plus établie par cette loi ». La nouvelle ne déploie ainsi aucun effet juridique sur la compétence acquise d'autorités suisses au moment de son

---

<sup>184</sup> Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (« LDIP », RS 291).

entrée en vigueur. Elles continueront donc d'être compétentes, indiquant par là que la désignation de la compétence des autorités a été régie et continue de l'être par l'ancien droit.

## **Sous-§ 2. Le droit pénal et l'exception de la *lex mitior***

### **A) Le principe de l'interdiction de la rétroactivité**

Le droit pénal, structuré autour du principe cardinal de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen sine lege et nulla poena sine lege*), consacre évidemment, lui aussi, le principe général de l'interdiction de la rétroactivité. Ainsi, l'art. 7 CEDH, intitulé « Pas de peine sans loi » prévoit-il, en son al. 1, que « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ». Le « au moment où elle a été commise » indique clairement un problème de droit dans le temps ou droit transitoire. Une nouvelle qui désormais consacre une incrimination ne peut remonter dans le temps sur une action ou omission commise avant son entrée en vigueur et qui, alors, ne constituait pas une infraction. La nouvelle pénale n'aura donc aucun effet rétroactif ; elle ne légifère que pour l'avenir, celui-ci débutant à la date de son entrée en vigueur.

L'art. 2 CP, connaît pour note marginale l'expression « 2. Conditions de temps », indiquant là encore une question de droit transitoire. Son al. 1 porte : « sera jugée d'après le présent code toute personne qui aura commis un crime ou un délit après l'entrée en vigueur de ce code ». L'expression « après l'entrée en vigueur » indique expressément que le nouveau code (ou le nouvel article du code) ne trouve application que pour l'avenir, c'est-à-dire à compter de sa date d'entrée en vigueur.

Le droit pénal, international comme national, consacre le principe général de l'interdiction de la rétroactivité. Mais comme nous l'avons souligné de manière réitérée, qui dit *principe* dit *exception*, une règle juridique ne ressortissant jamais du paradigme de la nécessité, exception ici dénommée « *lex mitior* ».

### **B) L'exception de la *lex mitior***

Le droit comme science de la nuance nous montre une fois de plus que la rigueur poussée à un degré extrême se transforme en injustice : *summum jus summa injuria*. Jusqu'au 31 décembre 1989, l'adultère était puni de

l'emprisonnement (art. 214 CP). Pour les puristes, cette incrimination fut abandonnée, « en une seule nuit », puisqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1990, l'adultère n'était plus punissable. Quid d'une personne atraite devant un tribunal et jugée en 1990 pour un adultère commis en 1989 ?

Le juge saisissant son code en 1990, l'ouvrant, constatera que l'infraction n'y figure pas (en vérité, n'y figure plus) et ne constitue donc plus un crime ou un délit au moment où il doit se prononcer. S'il se place au moment de la commission des faits, il devra les qualifier d'adultère. Au rebours, s'il se place au moment même du jugement, il observera qu'ils sont désormais dépourvus de toute portée pénale.

S'il applique strictement le principe de la non-rétroactivité – c'est-à-dire qu'il ne considère pas non plus la rétroactivité improprement dite –, le juge devra condamner l'auteur des faits puisque la nouvelle loi pénale consacrant la disparition du délit d'adultère ne s'applique qu'aux actes commis *après* son entrée en vigueur. Pareille condamnation serait choquante pour l'auteur des faits dans la mesure où il aurait à exécuter une peine pour un délit qui n'existe plus et que la société ne souhaite désormais plus poursuivre ; la conjointe ou le conjoint bafoué fût-il d'un tout autre avis.

En revanche, si l'on admet *in casu* la rétroactivité improprement dite, alors le juge appliquera aux effets découlant de la situation créée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle (à savoir la perpétration d'un délit) mais se déployant après cette entrée en vigueur, le nouveau code pénal, lequel ne contient plus l'infraction en question.

Même si procédure pénale et jugement étaient considérés comme des « effets » de la commission du délit (situation de chevauchement), le délit n'en étant plus un selon la nouvelle, l'auteur devra être libéré : *nullum crimen sine lege* ; ce principe vaut a fortiori s'ils étaient considérés comme autonomes, existant en soi et pour soi (situation sans chevauchement) puisqu'ils surviennent tous deux après l'entrée en vigueur.

En d'autres termes, le jugement sera conduit sous l'empire de la nouvelle loi, au motif qu'elle constitue un progrès dans l'action publique contre les infractions. Ce raisonnement vaudra a fortiori pour la rétroactivité pure, laquelle consisterait à appliquer le nouveau code – ignorant l'infraction d'adultère – à des actes commis avant son entrée en vigueur, actes qui *in casu* ne correspondront à aucune incrimination (dans la nouvelle), conduisant par-là à l'abandon de toute charge contre l'auteur.



restrictives explicitées par la jurisprudence (notamment ATF 119 Ia 254 (f), c. 3b) :

1. que la rétroactivité soit expressément prévue par la loi ;
2. qu'elle soit raisonnablement limitée dans le temps ;
3. qu'elle ne conduise pas à des inégalités choquantes ;
4. qu'elle se justifie par des motifs pertinents, c'est-à-dire qu'elle réponde à un intérêt public plus digne d'être protégé que les intérêts privés en jeu ;
5. qu'elle respecte les droits acquis<sup>185</sup>.

La première condition répond au principe général de la sécurité juridique : la rétroactivité y contrevenant dans son principe même, on en amortira les effets négatifs par son inscription dans une base légale.

---

<sup>185</sup> Dans une réponse à une motion parlementaire (08.1130) concernant l'exploitation des forces hydrauliques, le CF a esquissé la notion, ô combien délicate, controversée même, de droits acquis : « La législation est en principe à tout moment modifiable. Mais le législateur est tenu, comme les autres organes de l'Etat, de respecter les principes de l'Etat de droit et les droits fondamentaux garantis par la Constitution. La notion de droits acquis doit être analysée dans ce contexte. En droit administratif général, les droits acquis sont les droits qui procurent à leur titulaire une position similaire à la propriété et ceux-ci ne peuvent être limités ou annulés par le législateur que sous les mêmes conditions que celles prévues pour les atteintes à la garantie de la propriété (cf. Enrico Riva, *Wohlerworbene Rechte - Eigentum - Vertrauen*, Berne 2007, p. 33ss., 127ss.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. éd., Zurich 2006, ch. 1008; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. éd., Berne 2005, p. 399s.; André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 589ss.). Dans la majorité des cas, on ne peut pas répondre à la question de savoir si un droit peut être considéré comme un droit acquis dans ce sens en se basant sur une définition abstraite de la notion, mais uniquement en interprétant les normes juridiques pertinentes et les droits constitutionnels, et en se basant sur une pesée d'intérêts. C'est pourquoi plusieurs auteurs jugent la notion de droits acquis comme inutile ou obsolète (cf. par ex. Fritz Gygi, *Verwaltungsrecht*, Berne 1986, p. 116, 165; Alfred Kölz, *Intertemporales Verwaltungsrecht*, in: ZSR 1983, p. 187). La question de savoir dans quelle mesure le législateur doit prendre en considération les situations juridiques existantes lors de la création de nouvelles normes peut aussi être examinée de manière générale, c'est-à-dire au-delà de l'examen de la notion de droits acquis, sous l'angle de la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.) (cf. Alfred Kölz, *op. cit.*). »

La vie du droit ou « le droit dans le temps »

La deuxième condition indique implicitement qu'il s'agit d'une rétroactivité pure. En effet, dans la mesure où la rétroactivité improprement dite ne remonte pas dans le temps concernant les effets d'un acte ou d'une situation juridique passé puisque la nouvelle ne régit que les effets juridiques se déployant après son entrée en vigueur, une limitation dans le temps est à son endroit inutile.

La troisième condition traduit là aussi un principe général, celui de la justice ou de l'équité, tel qu'il se donne en creux dans le principe général de l'interdiction de l'arbitraire visant toute décision qui « heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité » tel qu'il existe en Suisse à une époque donnée (p. ex. ATF 140 I 201 c. 6.1 opposant l'Université de Lausanne à l'association d'étudiants Zofingue). On relèvera que des inégalités sont possibles pour autant qu'elles ne soient point choquantes, démesurées, hors toute mesure c'est-à-dire hors droit suivant l'acception gèneine de *ius*.

La quatrième condition explicite non seulement l'exigence d'un intérêt public mais, plus finement et plus exactement, sa mise en balance (le symbole même du droit) avec les intérêts de droit privé, soulignant que l'intérêt public doit être *prépondérant*, sa seule présence ne suffisant pas comme on l'a vu lors de l'examen des critères de distinction entre droit privé et droit public.

La cinquième condition constitue un autre avatar du principe de la sécurité juridique.

Le principe cardinal du droit transitoire étant la non-rétroactivité, les conditions ouvrant la voie à la rétroactivité ne peuvent être, en toute bonne méthodologie, que restrictives à savoir d'interprétation stricte (*infra* Tome II, Titre VI, Chapitre 2). Le droit public constituant par nature le domaine dans lequel les intérêts publics ont le plus de chance de se révéler ou d'être jugés prépondérants, il est le lieu le plus propice à la portée rétroactive des lois, rare au demeurant.

#### **Sous-§ 4. Le droit privé, peu enclin à la rétroactivité**

Enfin, en droit privé, dernière grande subdivision du droit, la rétroactivité pure apparaît particulièrement inopportune, l'intérêt public n'y étant par principe pas prépondérant et l'intérêt privé à la poursuite du régime légal sous lequel les parties ont voulu placer leur relation juridique de premier ordre, lui. Le principe cardinal de l'autonomie des parties devrait conduire à limiter, autant que faire se peut, toute rétroactivité en droit privé. Raison pour laquelle si l'on

en rencontre, elle ressortira généralement de la rétroactivité improprement dite.

L'art. 3 TFin ne s'y trompe guère qui distingue explicitement les effets du droit privé réglés impérativement par la loi, d'une part, et pour lesquels il est logique que la relation juridique suive le régime de la nouvelle pour les effets qui en dépendent, l'autonomie des parties n'ayant de toute façon pas voix au chapitre à leur propos. D'autre part, les effets découlant de la seule volonté des parties, ceux qu'elles ont pleinement choisis sans se soumettre à quelque volonté du législateur c'est-à-dire en conformité au principe de l'autonomie des parties (« *auto-nomos* » qui se donne à lui-même la loi, la règle), qui continuent d'être soumis à l'ancien droit.

### **Sous-§ 5.                   Rétroactivité et effet anticipé**

Une dernière figure méthodologique du droit dans le temps doit encore être mentionnée, l'esprit du jeune juriste y sentant, à juste titre, un lien de connexité fort avec la rétroactivité : l'*effet anticipé*.

Assurément question de droit dans le temps, mais au rebours d'un présent (la nouvelle) qui remonte dans le temps pour saisir un passé (fait ou situation juridique et leurs effets), l'effet anticipé concerne une loi future, au sens positiviste de *non encore en vigueur*, qui viendrait saisir juridiquement (régir) des actes ou situations et leurs effets présents et donc antérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle.

La règle en question étant une *lex ferenda*, hors ordre juridique positif, elle ne saurait *sur le principe* déployer des effets juridiques. Si néanmoins elle devait en déployer et que l'on se reportait ensuite à une date ultérieure à son entrée en vigueur, on constaterait sa rétroactivité (pure) sur les effets saisis par son régime juridique avant même son entrée en vigueur au titre de l'effet anticipé.

Si pareil effet anticipé a parfois pu être reconnu par la jurisprudence et la doctrine, dans des cas rarissimes toutefois, ces situations présentent au moins deux caractéristiques restrictives :

1. l'entrée en vigueur de la *lex ferenda* était imminente, affaire de jours ou de semaines, en principe ;
2. un intérêt public prépondérant invitait à la reconnaissance d'un tel effet anticipé. Des raisons de sécurité publique (par exemple nouvelle norme de

sécurité concernant les installations électriques dont l'entrée en vigueur est prévue au mois de janvier de l'année suivante et exigence communale de respect de la norme future pour une construction débutant en décembre à fin de l'obtention d'un permis de construire) ou d'aménagement du territoire (par exemple l'art. 91 al. 1 LATeC : « Dès la mise à l'enquête publique des plans et règlements et jusqu'à leur approbation par la Direction [l'entité administrative en charge de ce domaine], aucun permis ne peut être délivré pour des projets prévus sur des terrains compris dans le plan »), notamment.

#### Sous-section 4. Rétroactivité dans les différentes sources formelles au sens étroit

##### § 1. *La loi au sens large*

La loi est le domaine topique, le lieu le plus caractéristique de la problématique de la rétroactivité.

La présentation générale que nous venons de donner de la rétroactivité s'appuyait pour l'essentiel, en vérité pour la quasi-totalité, sur les effets de droit dans le temps de la *loi au sens large*. Nul besoin d'y revenir.

L'articulation de l'ancien et du nouveau droit relativement au fait ou situation et à leurs effets est généralement organisée dans la nouvelle sous la forme de dispositions transitoires ou dispositions finales ou encore dispositions finales et transitoires ou autres variantes. Les dispositions transitoires (ou finales) sont évidemment partie intégrante de la loi nouvelle.

Chaque fois qu'une loi est modifiée, le législateur doit, ou devrait, simultanément élaborer des dispositions de droit transitoire. Si la nouvelle ne contient pas de règles juridiques de droit transitoire, l'interprète appliquera les principes généraux en matière de droit dans le temps tels qu'exemplairement couchés aux art. 1 ss TFin. Soit en première ligne le principe de l'interdiction de la rétroactivité, sauf à constater une lacune de la loi, à savoir considérer que le législateur aurait sans doute voulu une autre solution (une certaine rétroactivité, plus vraisemblablement une pseudo-rétroactivité) ; nous entrons alors dans des problèmes d'*interprétation du droit* que nous aborderons ultérieurement (Tome II, Titre VI, Chapitres 2 et 3).

§ 2. *La coutume*

La question de la rétroactivité de la coutume s'éprouve pragmatiquement sans objet.

En effet, constituée de pratiques constantes et concordantes (*longa consuetudo*), la coutume s'applique spontanément ou ne s'applique pas puisqu'elle est cette pratique elle-même, à laquelle il faut, bien entendu, ajouter le second élément – psychologique – de la coutume : l'*opinio juris sive necessitatis*. La coutume est en quelque sorte toujours « en temps réel » : elle ne peut régir que les actes ou situations et leurs effets qui lui sont contemporains, simultanés. Elle ne déploie ni effet rétroactif (la coutume présente étant sans pertinence vis-à-vis du passé, les pratiques considérées étant par nature actuelles), ni effet anticipé (les pratiques futures ne peuvent être connues et sont évidemment sans existence actuelle). Au reste, on éprouve bien des difficultés à connaître une « date d'entrée en vigueur » de la coutume, si tant est que pareille figure méthodologique revête quel sens.

En d'autres termes, la coutume étant un *processus*, elle est en cours ou n'a plus cours. Elle est donc toujours en acte, au présent dans sa force d'obligation juridique.

§ 3. *La jurisprudence*

Le principe de la non-rétroactivité prend un tour singulier en matière de jurisprudence.

En effet, lorsque le juge crée une règle juridique *sur un point* ou décide de ne pas suivre la règle du précédent, par changement de jurisprudence c'est-à-dire ici par revirement de jurisprudence, il l'applique par définition à un cas dont il a été saisi et qui, par conséquent, est né antérieurement à la nouvelle règle jurisprudentielle : « la jurisprudence est, par nature même, rétroactive : le juge étant censé ne faire qu'interpréter la loi, son interprétation, même nouvelle, est censée avoir toujours été contenue dans la loi, et elle s'applique donc à des faits par hypothèse antérieurs. »<sup>186</sup>

Si pareille situation ne pose pas problème pour les parties à un litige futur analogue au cas réglé, le revirement de jurisprudence frappe de plein fouet les parties au litige à l'occasion duquel le revirement est opéré : il est

---

<sup>186</sup> FABRE-MAGNAN, *Introduction*, p. 59.

nécessairement rétroactif par rapport à elles, à tout le moins à l'endroit de celle qui aura plaidé en conformité avec la jurisprudence suivie jusqu'alors.

En effet, les parties se sont déterminées en fonction d'un autre état du droit positif (en l'occurrence jurisprudentiel), ce qui contrevient au principe général de la sécurité juridique. Le problème s'étend au reste à toutes les parties à des litiges analogues encore pendants : comme un changement de jurisprudence prend effet dès qu'il est prononcé - en tout cas en ce qui concerne les arrêts du TF, qui « acquièrent force de chose jugée le jour où ils sont prononcés » (art. 61 LTF) -, la nouvelle jurisprudence du TF déploiera ses effets immédiatement, d'une part ; à l'égard de toutes les procédures pendantes (au niveau fédéral et cantonal), au moment de son prononcé, d'autre part<sup>187</sup>.

Aussi serait-il heureux que le tribunal, engagé sur la voie d'un changement de jurisprudence, par exemple restituée aux parties des délais afin qu'elles puissent se déterminer en fonction du très probable nouvel état de droit esquissé par les juges. Imaginons un revirement de jurisprudence en matière de droit de la preuve, avec possibilité nouvelle de produire des témoins ; l'octroi d'un nouveau délai aux parties pour ce faire paraît indispensable. Ou l'admission nouvelle de la preuve par ADN alors qu'aucune partie au litige en question n'a fourni de test en la matière.

Les tribunaux, pour éviter ces situations délicates de droit transitoire, annoncent par avance, le cas échéant, la nouvelle jurisprudence qu'ils se proposent d'appliquer. Ainsi en va-t-il de la figure méthodologique de l'*obiter dictum*. Le tribunal, à l'occasion d'une affaire qui ne pose pas sur le principe la question juridique à propos de laquelle l'instance souhaite modifier (à futur) la jurisprudence pertinente pour l'heure ou en établir une, profite d'annoncer la solution qu'il entend donner dorénavant à cette question, ici incidente seulement, quand elle se posera à titre principal dans des cas futurs. Les formules seront du type : « si la question s'était posée [mais précisément elle ne se pose pas à titre principal dans cette affaire-ci mais seulement « en passant », littéralement *obiter dictum*, « dit en passant »], le TF l'aurait résolue de cette manière-là [...] », ou encore « Le droit suisse serait-il applicable si [...] ? ». L'*obiter dictum* est donc prononcé en marge de l'affaire que traite le

---

<sup>187</sup> L'explication se fonde sur les art. 61 LTF, 1 al. 3 CC (le juge s'inspire de la jurisprudence) et le principe général selon lequel le TF, en tant qu'autorité judiciaire suprême, est chargé de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral (cf. notamment ATF 141 III 159 consid. 1.2), que les autres autorités doivent par conséquent suivre.

tribunal, à l'*occasion de* laquelle il peut émettre cette annonce. Aussi les parties présentes ne sont-elles pas concernées par cette jurisprudence à futur puisqu'elle n'entre pas dans la solution du différend qui les oppose. La sécurité juridique est de la sorte respectée.

### Section 3. La dérogation

Après avoir exposé l'esprit général de la dérogation, les conditions qui appellent l'intervention de cette figure méthodologique, puis les modes d'articulation des règles *prima facie* « contradictoires » qu'elle permet, nous en déclinons les configurations dans les différentes sources formelles du droit.

#### Sous-section 1. L'esprit général de la dérogation

Le droit évolue sans cesse. Dans maints cas, le législateur souhaite modifier telle règle au motif de son adaptation aux temps, tout en la maintenant dans son principe.

Comment procéder ? La solution la plus lucide consiste à ordonner les différents aspects de la règle en divers alinéas ou chiffres ou lettres des articles de loi.

Ainsi, l'art. 23 al. 2 CC dispose-t-il que « nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles ». Quid d'une personne ayant en sus de son domicile « privé » un domicile « industriel » ou « commercial » ? Tout en maintenant le principe de l'unicité du domicile (art. 23 al. 2 CC), le législateur a arrêté qu'un domicile en l'établissement industriel ou commercial était néanmoins autorisé, par définition en sus du domicile « privé », exception qui ne ruine pas comme telle le principe. Pour le dire suivant le paradoxe, l'exception confirme la règle ; pour l'exprimer juridiquement, l'al. 3 déroge à l'al 2 sans l'anéantir toutefois.

L'art. 19 CC offre un exemple plus raffiné, mettant en exergue, fût-ce encore implicitement, l'un des critères majeurs permettant d'articuler le principe et ses exceptions : la distinction entre régime *général* et régime *spécial*.

Le consentement du représentant légal est nécessaire à toute personne capable de discernement mais privée de l'exercice des droits civils pour contracter une obligation ou renoncer à un droit, conformément à l'al. 1. L'al. 2 lui porte exception en permettant à cette catégorie de personnes d'agir sans le

consentement du représentant légal pour acquérir à titre purement gratuit ou pour régler des affaires mineures se rapportant à leur vie quotidienne. Au régime *général* décrit par l'art. 19 al. 1, l'al. 2 ajoute – davantage en complément qu'en contradiction – un régime *spécial*, permettant aux personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils d'agir de leur propre chef pour des actes juridiques *spéciaux* à savoir « acquérir à titre purement gratuit et régler les affaires mineures se rapportant à leur vie quotidienne ». Le régime spécial n'entend aucunement *abroger*, c'est-à-dire rendre caduc le régime général ; il y *déroge* simplement, le laissant intact dans sa généralité même.

Le législateur peut de la sorte raffiner les distinctions, nuancant (le droit comme science des nuances) un régime général avec des exceptions par définition de portée plus limitée c'est-à-dire plus *spéciale*.

## Sous-section 2. Les conditions méthodologiques de la dérogation

Il arrive que l'articulation n'a pas été opérée, notamment parce que la difficulté juridique n'a pas été envisagée par le législateur. On se retrouve alors, en droit positif, avec des règles juridiques au contenu *prima facie* contradictoires. La méthodologie juridique se devait dès lors d'apporter des solutions en organisant l'articulation des deux règles concurrentes. Ainsi fait par recours aux critères hiérarchiques (voir Chapitre 3, Section 1).

Quid lorsque les deux règles concurrentes sont de même rang hiérarchique ?

Supposons qu'un père soit poursuivi pour dettes. Vit avec lui son enfant, lequel gagne quelque argent. Jusqu'en 1976, une disposition juridique prévoyait que le salaire de cet enfant devait être pris en compte pour déterminer la part saisissable du salaire du parent poursuivi. Pour l'exprimer synthétiquement, si le salaire du parent poursuivi ne suffisait pas à éteindre sa dette, il était loisible au créancier de saisir l'argent de l'enfant. L'argent du mineur faisait en quelque sorte « pot commun » avec l'argent de ses parents. Le droit de la filiation fut révisé en 1976, introduisant en faveur de l'enfant une administration et une jouissance autonomes du produit de son travail (art. 323 al. 1 CC, via art. 276 al. 3 CC). Cette disposition contrariait le régime général du « pot commun ». L'articulation de ces deux lois, de même rang hiérarchique, fut opérée par voie jurisprudentielle, le Tribunal fédéral décidant

que le salaire de l'enfant vivant chez ses parents ne devait désormais plus être pris en compte dans le cadre de poursuites à leur endroit<sup>188</sup>.

L'esprit général de la dérogation esquissé, nous pouvons expliciter dans toute leur rigueur les cinq conditions cumulatives induisant l'intervention de la figure méthodologique de la dérogation :

1. les deux (ou plus) règles de droit sont de même rang hiérarchique ;
2. elles sont toutes deux en vigueur ;
3. elles traitent différemment des situations voisines, analogues ;
4. le plus souvent, l'une des règles de droit est générale alors que l'autre est particulière ou spéciale, soit *spéciale* par rapport à ce régime *général* ;
5. le législateur ne cherche pas à supprimer l'une des règles juridiques par l'autre, ce qui équivaldrait à une *abrogation* (voir Chapitre 4).

Aucune des deux règles de droit ne supprimant l'autre, pas même cherchant à le faire, comment en organiser la *coexistence*, mieux l'*articulation* ?

### Sous-section 3. Les deux modes d'articulation de lois « contradictoires »

La méthodologie juridique, dans une veine d'inspiration romaine, articule ces règles concurrentes en suivant deux adages, que l'on peut qualifier de principes généraux du droit, d'expression latine comme le veut leur origine, la renaissance du droit romain – de sa méthode bien plutôt – avec les glossateurs et les post-glossateurs :

*Lex posterior derogat priori* (la loi postérieure déroge à la loi antérieure, à la loi première (*prior*) dans le temps), d'une part ;

*Lex specialis derogat generali* (la loi spéciale déroge à la loi générale) ou *specialia generalibus derogant* (les lois spéciales dérogent aux lois générales) ou *generalia specialibus non derogant* (les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales).

---

<sup>188</sup> Exemple tiré de LE ROY/SCHÖNENBERGER, *Introduction*, p 121 n° 346, citant l'ATF 108 III 12-13, JdT 1984 II 20.

§ 1. *Le principe général « lex posterior derogat priori »*

Le principe *lex posterior derogat priori* se fonde sur la date des règles juridiques en question, opposant la règle la plus récente à la règle plus ancienne, en d'autres termes celle postérieure à celle antérieure, cette dernière étant qualifiée de *prior* ou première dans le temps, en référence au calendrier grégorien. De la sorte l'articulation est établie : la loi la plus récente l'emporte sur la loi la plus ancienne

Les lois comportant deux dates, il est décisif de déterminer laquelle de ces dates doit être prise en considération pour établir l'antériorité et la postériorité d'une règle par rapport à une autre, ressort même de cet adage.

À ce titre, nous devons considérer la date d'*adoption* de la règle juridique, et *non* la date d'*entrée en vigueur*, quand bien même les deux règles juridiques concurrentes doivent-elles bel et bien être en vigueur au moment où se pose la question d'une éventuelle dérogation de l'une par l'autre. En effet, si l'une d'entre elles n'était point en vigueur, la question de la dérogation ne se poserait à proprement parler pas puisque seule une des règles ressortit au droit positif.

Pourquoi la date pertinente est-elle celle de l'adoption ? Nous occupant de la volonté du législateur, nous devons lui faire crédit d'avoir en tête le régime légal qu'il a déjà adopté – que celui-ci soit déjà en vigueur ou non – au moment où il remet la question sur le métier pour lui apporter des nuances. Que ce premier régime légal soit en vigueur ou non ne change rien à l'articulation intellectuelle, dans le temps, des deux contenus. Le législateur doit avoir en mémoire le premier régime au moment où il reprend la problématique et cherche à l'affiner puisque c'est à celui-ci qu'il entend apporter une dérogation. Raison pour laquelle les dates d'entrée en vigueur des lois concurrentes ne sont pas pertinentes pour déterminer la loi antérieure et la loi postérieure, même si elles doivent être toutes deux en vigueur au moment où la question de la dérogation se pose, avons-nous dit.

Ainsi devons-nous considérer la date d'adoption pour articuler *conceptuellement* les questions juridiques analogues que le législateur entend traiter différemment. En bref, nous lui savons gré d'avoir en mémoire le premier régime légal adopté au moment où il conçoit le second régime légal analogue, se pouvant que le dernier venu conceptuellement soit le premier promulgué juridiquement c'est-à-dire le premier à être en vigueur.

D'où le sens de l'adage : lorsque le législateur élabore une loi en contradiction, en vérité en concurrence, avec une autre loi de même rang, la loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure puisque la loi postérieure est censée avoir été élaborée en toute connaissance de cause, à savoir en toute conscience de la première loi élaborée, c'est-à-dire compte tenu de l'existence (et pas forcément de l'entrée en vigueur) de la première règle disposant en la même matière. Le législateur ne voulant pas pour autant supprimer la règle antérieure, nous devons admettre que la règle postérieure déroge c'est-à-dire constitue une exception au régime légal instauré par la première règle. Nous devrions dès lors rencontrer des marqueurs logiques du type « sauf », « à l'exception de », « toutefois ».

Un exemple classique, et par là pertinent pour la méthodologie juridique, nous est donné en matière d'exercice des droits strictement personnels dont les modifications législatives du 19 décembre 2008, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, sont de tout premier ordre didactique.

Considérons les art. 19 al. 2 aCC de 1907 et 260 al. 2 aCC de 1976, respectivement. Ils suivent la même logique que les actuels art. 19c al. 1 et 260 al. 2, à savoir : le législateur a posé en 1907 le principe de l'exercice des droits strictement personnels *sans* le consentement du représentant légal pour la personne mineure ou sous tutelle disait l'ancien droit. Dérogation était alors posée en matière de reconnaissance de paternité, le mineur ou la personne sous tutelle devant obtenir le consentement de son représentant légal pour l'exercice de *ce* droit strictement personnel. La loi postérieure – l'art. 260 al. 2 de 1976 – l'emportait pour *ce* point précis sur le régime antérieur, à savoir dérogeait à l'art. 19 al. 2 de 1907.

Le législateur ayant profondément modifié les compétences du mineur ou de la personne sous tutelle par la loi fédérale du 19 décembre 2008 (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, les deux articles correspondant à l'ancien droit, à savoir désormais les art. 19c al. 1 et 260 al. 2 portent dorénavant même date d'adoption. Aucune des deux règles juridiques n'est désormais postérieure à l'autre, nous invitant de la sorte à présenter le second principe général d'articulation de lois concurrentes.

§ 2. *Le principe général « lex specialis derogat generali »*

Le second principe – *lex specialis derogat generali* – se fonde sur la logique interne au contenu : l'une des règles est d'un point de vue conceptuel ou

La vie du droit ou « le droit dans le temps »

logique *générale* et l'autre *spéciale*, spéciale par rapport à celle générale, c'est-à-dire plus *singulière*, plus *spécifique*, plus *circonscrite* que celle générale. Nulle nécessité alors d'abroger l'une par l'autre ; il est possible de les articuler par la figure méthodologique de la dérogation.

Vaut ici la même logique de dérogation que sous le premier adage mais fondée sur un régime légal spécial, de par son contenu juridique, par rapport à un régime général, le premier dérogeant alors au second par sa spécificité sans l'abroger.

Ainsi, dans l'exemple classique de l'exercice des droits strictement personnels exposé, l'art. 260 al. 2 aCC (datant de 1976) pouvait-il s'articuler à l'art. 19 al. 2 aCC (de 1907), le régime spécial du consentement du représentant légal à *cet acte-ci* de reconnaissance de la paternité dérogeant simplement au régime *général* de l'exercice des droits strictement personnels hors consentement du représentant légal : la *lex specialis* n'effaçait (n'abrogeait) pas le régime *général*, lui apportant simplement une exception *circonscrite* à tel type d'acte.

Cette configuration des art. 19 al. 2 et 260 al. 2 aCC répondait aussi à la méthodologie du premier adage, *lex posterior derogat priori*. Tout semblait aller pour le mieux dans le meilleur des mondes aurait dit Leibniz ou ironiquement Voltaire à son encontre. Les deux principes peuvent toutefois conduire à des résultats problématiques car inverses l'un de l'autre. Mais suivons d'abord Leibniz en son optimisme.

### § 3. *La combinaison heureuse des deux principes*

Repartant de notre exemple, relevons que les deux nouveaux articles en la matière, à savoir les art. 19c al. 1 et 260 al. 2, portent désormais, la même date d'adoption suite à une réforme législative.

Connaissant la même date d'adoption, le premier principe général perd toute utilité par défaut de *lex posterior* et de *lex prior*.

Le second principe conserve toute sa pertinence, l'art. 19c al. 1 CC décrivant le régime général d'exercice des droits strictement personnels alors que l'art. 260 al. 2 CC arrête un type spécial, singulier, d'acte juridique exerçant un droit strictement personnel, à savoir la reconnaissance de paternité.

Le législateur, conscient des difficultés méthodologiques de l'introduction de toute nouvelle dans un *système* juridique, a levé toute ambiguïté quant à

l'articulation des deux lois « concurrentes » en réservant à l'art. 19c al. 1 CC, seconde phrase, toute exception légale : « les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal sont réservés », la loi réalisant désormais de son propre chef ce que les deux principes généraux permettaient de toute façon.

Dans la plupart des cas, le législateur, conscient des régimes légaux qu'il a déjà adoptés, élabore les nouvelles lois en tenant compte du droit existant. Rappelons ici que le mot « existant » ne vise pas comme tel le *droit positif* (au sens strict de l'expression) mais « existant » au sens du *droit adopté* puisque sont pertinentes dans la problématique de la dérogation les dates d'adoption des lois.

Dans la très grande majorité des cas, les lois *postérieures* portent un régime juridique *spécial*. L'articulation des deux lois concurrentes ne pose dès lors aucune difficulté.

La répartition constitutionnelle des compétences en matière scolaire offre un exemple classique d'articulation de deux lois « concurrentes ». L'art. 62 al. 1 Cst., adopté le 28 novembre 2004, prévoit que l'instruction publique est du ressort des cantons (suivant la répartition classique pour la Confédération helvétique : primauté de principe du droit cantonal en matière de droit public) alors que l'art. 62 al. 5 Cst., adopté le 21 mai 2006, prévoit que la Confédération règle le début de l'année scolaire. La loi *spéciale* étant *postérieure* à la loi *générale*, les deux adages conduisent au même résultat.

Ou encore, l'art. 127 CO, adopté le 30 mars 1911, prévoit un délai de prescription (générale) de 10 ans pour l'extinction des obligations, alors que l'art. 210 al. 1 CO, modifié le 16 mars 2012, prévoit une prescription de deux ans pour la garantie des défauts en matière de contrat de vente de chose mobilière. Le cocontractant, ou consommateur, ou client, dispose-t-il d'un délai de dix ans ou de deux ans en cas de défaut d'un objet acquis dans le cadre d'un contrat de vente mobilière ? Ici encore, les deux adages conduisent au même résultat, la *lex specialis* des deux ans étant postérieure à la *lex generalis* des 10 ans ; le cocontractant ou client ici considéré devra donc agir dans les deux ans.

Ou encore le cas des délais de prescription pénale pour les infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants âgés de moins de seize ans. L'art. 97 CP, modifié le 30 septembre 2011, prévoit que « la prescription de l'action pénale court en tout cas jusqu'au jour où la victime a 25 ans » (art. 97 al. 2 CP). Un

art. 101 al. 1 let. e CP, introduit par une loi du 15 juin 2012, prévoit l'imprescriptibilité pour certaines actions commises sur des enfants de moins de 12 ans. La *lex specialis* étant simultanément la *lex posterior*, aucun problème d'articulation des lois « concurrentes » ne sourd ici : les crimes visés à l'art. 101 al. 1 let. e CP sont désormais imprescriptibles. L'art. 101 al. 1 let. e al. 3 CP pose d'ailleurs de redoutables problèmes de droit dans le temps puisque l'auteur d'un des crimes y figurant pourra être recherché, poursuivi et condamné, alors même que la prescription selon l'ancienne loi lui aura été acquise.

Il peut arriver néanmoins que le régime légal *spécial* soit *antérieur* au régime légal *général*. Les deux adages ou principes généraux entrent alors en contradiction. L'articulation des deux lois « concurrentes » cesse d'être aisée, pour sombrer dans une situation *logique* problématique : le dilemme.

#### § 4. *La combinaison problématique des deux principes aux résultats contradictoires*

Les Grecs qualifiaient le dilemme d'*aporos*, de « a- », privé de, et « *poros* », le chemin, la voie ; littéralement une situation sans voie de sortie, sans chemin rationnel (*logos* dont le français tire le mot « logique ») pour s'en extraire : une aporie. En effet, les deux branches de l'alternative présentant la même valeur (logique comme axiologique), se révélant au sens strict « équivalentes », aucun moyen rationnel ne permet de trancher la situation, à savoir *decidere*, couper, décider. La culture juridique, de plusieurs millénaires vénérable, a livré le ressort de pareilles situations en le chef du roi Salomon et de la décision éponyme le *Jugement de Salomon*.

Le roi Salomon, puits de sagesse dans la culture hébraïque, se trouve confronté à deux femmes ayant accouché depuis peu, habitant la même demeure, prétendant toutes deux être la mère de l'enfant vivant tenu par le soldat de Salomon alors que l'autre enfant, dont chacune prétend que l'autre femme en est la mère, est mort durant la nuit. La Bible met dans la bouche de chaque femme le même discours, rendant la parfaite équivalence des prétentions.

Que *décide* c'est-à-dire *tranche* le roi Salomon ? Précisément de *trancher* l'enfant vivant en deux, sauvegardant la stricte égalité, à vrai dire l'*égalitarisme* radical dont on voit qu'il conduit à la pire injustice : *summum jus summa injuria*. Le sang de la véritable mère ne faisant qu'un tour, elle supplie le roi Salomon, juge aussi bien (comme vont les fonctions les plus fondamentales du rabbin ou de l'imam, prêtre et juge à la fois) de remettre

l'enfant vivant à l'autre femme, acceptant alors de se voir attribuer l'enfant mort afin que vive son propre enfant, dût-elle en être séparée à jamais. Par la *ruse* terrible d'affecter de résoudre le cas en découpant l'enfant, certes en deux parts *égales*, le roi Salomon provoque la vérité et remet l'enfant vivant à cette femme, sa vraie mère.

Aussi est-ce bien par la ruse, le stratagème, l'habileté, la sagacité, le flair, en bref les ruses de l'intelligence (la *métis* des Grecs, d'Ulysse en particulier, le *polymètis*), que le roi Salomon trouve le chemin pour sortir de l'aporie, s'extraire de la contradiction. Privé de forme logique pour sortir de l'aporie, on comprendra à cette aune que l'idée de science juridique manque d'humilité, que l'expérience, le vécu professionnel, le savoir-faire du juge, en bref la prudence, constituent les ressorts véritables de la *décision* de justice, fût-elle à juste titre *encadrée* par la loi mais non déterminé par elle et encore moins déduite d'elle.

La référence à la logique n'a ici rien d'innocent. Quid en effet si les deux adages concluent à des résultats contradictoires ? Sachant que, suivant les canons de la logique, de propositions contradictoires il peut être inféré ce que l'on veut, selon l'arbitraire de l'interprète, rien ne garantit que la règle postérieure et générale l'emporte sur la règle antérieure et spéciale... ou l'inverse.

Supposons que le législateur ait d'abord posé le principe du consentement du représentant légal comme nécessaire à l'exercice des droits strictement personnels dans le cas de la reconnaissance de paternité, pour reprendre notre exemple classique. Qu'il adopte des années plus tard le régime légal de l'absence de consentement du représentant légal à l'exercice des droits strictement personnels, sans autre forme de précision. L'interprète – c'est-à-dire le juriste – doit-il en inférer que, conscient de l'existence antérieure d'un régime légal spécial, le législateur, adoptant postérieurement un régime légal général veut par-là *abroger* le régime légal antérieur ou, au rebours, veut-il simplement y *déroger* c'est-à-dire maintenir ce régime spécial qui devient, par l'adoption du régime postérieur, une exception à celui-ci ? Le brave interprète se retrouve dans une position analogue à celle du roi Salomon.

Plus humblement, l'interprète tentera de (re)trouver la volonté du législateur en consultant notamment les travaux préparatoires (bulletins du Conseil national et du Conseil des États, Feuille fédérale), démarche que nous étudierons plus avant sous la subdivision des Méthodes d'interprétation (Tome II, Titre VI, Chapitre 2).

Fort heureusement, le législateur manifeste parfois explicitement sa volonté d'articulation des lois concurrentes rebelles à leur articulation par le ministère des deux adages. L'art. 60 al. 3 TFin l'indique clairement, qui débute par : « Demeurent en vigueur les lois *spéciales* [nous soulignons] concernant les chemins de fer, les postes [...], le travail dans les fabriques, la responsabilité civile des fabricants et autres chefs d'industrie [...] ». Sachant que l'adoption du CC de 1907 (entré en vigueur en 1912) installe un grand nombre de régimes légaux généraux, et voulant conserver la pertinence juridique d'un certain nombre de lois, tout à fait *circonsrites* (à l'instar de la liste énumérative de l'art. 60 al. 3 TFin), le législateur les a explicitement réservées. Nous nous retrouvons ainsi, avec ces lois *spéciales* et *antérieures*, dans la situation délicate d'une contradiction entre les deux adages, heureusement levée en quelque sorte avant son érection par la sagacité du législateur sous les espèces d'une réserve légale.

À défaut de volonté aussi expresse du législateur, il revient à la jurisprudence d'articuler les lois « concurrentes ».

Dans l'arrêt ATF 134 II 329, le Tribunal fédéral dut trancher un conflit concernant les conditions posées par le droit vaudois en matière de formation de stagiaires d'avocats, lequel exigeait du maître de stage qu'il eut pratiqué cinq ans « dans le canton » avant de former des stagiaires. Les dispositions cantonales en question étaient conformes à la Loi sur la libre circulation des avocats<sup>189</sup>, dont l'art. 3 réserve aux cantons le droit de fixer les exigences pour la délivrance du brevet d'avocat, *in casu* les cinq ans de pratique dans le canton pour accueillir un stagiaire. La Loi sur le marché intérieur<sup>190</sup>, modifiée le 16 décembre 2005, par ses art. 2 et 3 notamment, supprimait toutes (soit de manière *générale*) les entraves cantonales disproportionnées d'accès au marché. La loi *générale* (ici la LMI de 2005) est simultanément la loi *postérieure* (la LLCA étant de 2000), induisant une contradiction entre les deux principes généraux topiques en la matière.

Le Tribunal fédéral saisi, devant par conséquent donner suite à l'action ouverte (principe général de l'interdiction du déni de justice), affirme : « Par conséquent, il n'est plus possible de déterminer la loi applicable en se fondant simplement sur les adages consacrés en la matière, tels que « *lex specialis derogat generali* » et « *lex posterior derogat priori* », entre lesquels il n'existe

---

<sup>189</sup> Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (« LLCA », RS 935.61).

<sup>190</sup> Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (« LMI », RS 943.02).

du reste pas une hiérarchie stricte [citation de doctrine]. Il y a lieu d'avoir une approche plus nuancée et d'examiner, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, selon les matières, la LMI n'est pas applicable par éléments à la LLCA ». Le tribunal a décidé, c'est-à-dire tranché, en faveur de la LMI, loi *générale* et *postérieure*, considérant que les exigences du droit vaudois relatives aux cinq ans de pratique du maître de stage en Pays de Vaud étaient exorbitantes par rapport au régime légal *général* et *postérieur* de la LMI, à savoir que *sur ce point particulier* (loi *spéciale*), le droit vaudois posait une restriction disproportionnée d'accès au marché. La LLCA n'en était pas pour autant *abrogée*, elle restait pleinement de droit positif, voyant simplement l'une de ses exigences (en l'occurrence *spéciale*) « gelée » par une norme *générale* et *postérieure*.

Comme nul ne ressort indemne d'un dilemme, terrible *aporos*, aucune certitude méthodologique vient recouvrir de sa patine rassurante la solution avancée : la condition vaudoise des cinq ans de pratique n'a-t-elle pas été *abrogée* ? Appartient-elle encore au droit positif (de l'époque) ? N'y a-t-il véritablement que *dérogation* ? Le Tribunal fédéral n'affirme-t-il pas, par ailleurs, qu'entre les adages, il n'existe pas de « hiérarchie stricte » ?

#### Sous-section 4. La dérogation et les diverses sources formelles au sens étroit

##### § 1. *La dérogation et la loi au sens large*

À l'instar de la figure méthodologique de la rétroactivité, la loi au sens large constitue le domaine propre de la problématique de la dérogation.

Somme toute, ce qui en a été présenté concerne éminemment la loi au sens large ; tous les points essentiels en ayant été exposés, nous n'y revenons pas.

##### § 2. *La dérogation et la coutume*

S'il n'est pas impossible qu'une règle coutumière se forme par exception à une autre coutume, une pratique plus *spéciale* venant déroger à une autre pratique, elle plus *générale*, toutes deux assorties bien évidemment de l'*opinio juris*, la question de la dérogation demeure délicate en matière coutumière et plutôt théorique à vrai dire.

En effet, la coutume dérogoire sera dans un premier temps une simple pratique qui aura grande peine à obtenir l'*opinio juris* dans la mesure où elle

apparaîtra, *prima facie* tout du moins, comme une violation de la coutume (générale) pratiquée alors. Cette situation de contravention devrait empêcher la constitution d'une coutume – avec ses deux éléments constitutifs – dérogoire, l'*opinio juris* venant à manquer. Nous pouvons toutefois imaginer que la possible coutume dérogoire, telle que pratiquée en contravention avec la coutume générale, ne soit pas sanctionnée dans les violations mêmes infligées à la coutume générale. Ce faisant, un espace, certes étroit, est ménagé pour la constitution d'une coutume *spéciale* en dérogoire à la coutume *générale* qui, dans un premier temps, la tolère en quelque sorte, jusqu'à ce que l'*opinio juris* vienne constituer la pratique spéciale comme véritable coutume valable pour un domaine *spécifique*.

Imaginons une région dans laquelle la chasse est interdite, conformément à une coutume pleinement respectée depuis des temps immémoriaux (selon une formule anglaise caractérisant la coutume juridique). Suite à une invasion de sangliers, plus exactement de cochons semi-sauvages, croisement de sangliers et de truies, aux portées bien plus importantes que celles du pur sanglier, situation qui existe dans certains pays de France, un grand nombre de personnes se mettent à les chasser avec une constance se raffermissant. Nous pourrions alors envisager que ces dernières pratiques se sédimentent en coutume, plus exactement en coutume dérogoire, ne valant que pour la chasse aux sangliers, alors que la chasse demeure dans son principe général interdite.

Quid d'une coutume semblant déroger à une loi ? Les principes d'organisation hiérarchique du droit permettront d'articuler ces deux règles (hiérarchie des ordres juridiques, puis des sources formelles). À strictement parler, coutumes et lois n'étant jamais de même rang, pour cause de hiérarchie de l'art. 1 CC notamment, il n'est guère envisageable en bonne théorie qu'une coutume puisse déroger à une loi au sein d'un même ordre juridique, en tout cas en droit suisse.

### § 3. *La dérogoire et la jurisprudence*

Là aussi, comme pour la coutume, domaine de la dérogoire moins propre que celui de la loi, la situation n'est pas toujours claire ; elle devrait se formuler de la manière suivante : la jurisprudence peut-elle déroger à elle-même ?

Plus finement, une jurisprudence spéciale peut-elle naître « au sein » d'une jurisprudence générale ?

Théoriquement pareille situation n'est pas impossible mais s'avère très marginale. Il faudrait en effet une solution jurisprudentielle à laquelle vienne déroger une nouvelle jurisprudence, plus *spéciale*, plus *spécifique* afin de ménager quelque espace à une possible dérogation. En effet, si la dernière jurisprudence portait exactement sur la même question, alors il y aurait plutôt un changement de jurisprudence, à tout dire un revirement de jurisprudence, la jurisprudence postérieure venant remplacer la jurisprudence antérieure.

Aussi pouvons-nous expliciter plus avant le présupposé méthodologique ouvrant la voie à une possible dérogation en matière jurisprudentielle : les autorités rendant les décisions de justice doivent être de même rang hiérarchique, sans quoi le principe de la hiérarchie des instances ou des juridictions réglerait le problème. Par exemple, une jurisprudence d'un tribunal cantonal ne « peut » déroger à une jurisprudence du Tribunal fédéral. Il ne s'agit évidemment pas d'une impossibilité absolue... rien n'est absolu en droit, science des relations (sociales), soit de la relativité des *choses*. Extrême rareté *de facto* en tous les cas : la partie qui succomberait devant l'instance cantonale, connaissant la jurisprudence différente du Tribunal fédéral, déposera un recours au Tribunal fédéral, lequel suit généralement sa propre jurisprudence, le conduisant alors *in casu* à « déjuger » l'instance cantonale, pour faire ainsi triompher la solution *générale*, à savoir sa propre jurisprudence.

Si le Tribunal fédéral devait considérer avec bienveillance la proposition *spéciale* formulée par l'instance cantonale, ne l'exhausserait-il pas en toute vraisemblance au rang d'une jurisprudence du Tribunal fédéral en se l'appropriant, ne fût-ce qu'en la confirmant ?



## Chapitre 4. La mort du droit positif ou le trépas de la règle de droit

Après l'élaboration du droit, la naissance des règles juridiques – à savoir leur mise en vigueur pour les positivistes – et le déploiement de leurs effets, les normes peuvent trépasser de trois manières : par désuétude ; par abrogation ; enfin par primauté du droit fédéral (force « dérogatoire » du droit fédéral) sur le droit cantonal, valant *mutatis mutandis* pour le droit cantonal vis-à-vis du droit communal.

Nous avons à maintes reprises souligné l'importance des formes en droit. Ces trois figures méthodologiques s'exercent précisément selon le principe du parallélisme des formes qui traduit l'esprit général de la mort du droit positif.

### Section 1. Le principe du parallélisme des formes

Ce principe méthodologique s'avère nodale dans la conception positiviste du droit, toute empreinte de procédures. L'objectif en est la sécurité juridique.

Les formules du Tribunal fédéral permettent d'en circonscrire l'esprit et la portée. Par exemple dans l'ATF 94 I 29 cons. 3.a), la Cour suprême souligne que : « En vertu du principe de la légalité, toute autorité est liée par ses actes aussi longtemps qu'elle ne les a pas abrogés ou modifiés [...]. Les justiciables doivent en effet être assurés qu'elle applique à tous la même norme, et qu'il ne puisse y être dérogé que dans les cas que la norme prévoit elle-même. Toutefois, s'il était loisible à l'autorité de revenir sur ces actes par n'importe quelle voie, le principe de la légalité risquerait d'être éludé. Aussi, conformément à la règle du parallélisme des formes, l'autorité ne révisait-elle valablement ses actes que selon la forme dans laquelle ils ont été adoptés ». Le Tribunal fédéral en livre ensuite un exemple parlant : « Le législateur ne peut notamment s'écarter d'une loi sujette au referendum par un décret qui y est soustrait [...]. C'est donc un principe d'une jurisprudence ferme, sinon abondante, qu'une norme ne peut être modifiée ou abrogée que par un acte de rang égal ou supérieur ».

S'agissant d'une question de « forme », dont le parallélisme doit être respecté, ce principe connaît pour lieu naturel d'application le domaine des lois (au sens large) avant tout.

Appliquant un raisonnement dit « *a fortiori* », le principe du parallélisme des formes se trouve comme exaucé, assumé et respecté par le principe de la hiérarchie des ordres juridiques. En effet, une règle de rang supérieur met fin à une norme de rang inférieur portant sur la même matière, du simple fait de sa position hiérarchiquement supérieure, quelle qu'en soit la nature de source formelle. Ainsi en va-t-il du droit international public sur le droit interne, du droit fédéral sur le droit cantonal et de ce dernier sur le droit communal. Le principe vaut également dans le cadre de la hiérarchie des sources formelles, des lois au sens large et encore des instances en matière de jurisprudence.

## Section 2. La désuétude

On entend par désuétude la perte d'effectivité d'une règle de droit pour cause de non-utilisation pendant une certaine durée.

Sans doute la notion de « *certaine durée* » ne constitue-t-elle pas une indication claire. Elle sera, comme souvent en droit, affaire d'argumentation et de contexte.

LE ROY et SCHÖNENBERGER par exemple évitent le problème en ne mentionnant aucune durée du non-usage : « La désuétude est la disparition, sans abrogation formelle, d'une règle juridique »<sup>191</sup>.

Considéré le critère de la « non-utilisation », critère relatif à des pratiques (ou des défauts de pratique), la désuétude concernera en première ligne la coutume. En effet, la coutume s'instaurant par la répétition d'une certaine pratique, la répétition de son non-respect, singulièrement de sa violation sans sanction, en provoque la disparition. La désuétude constitue même le mode normal de disparition de la coutume par sa « non-pratique » : l'abandon de l'*habitus* entraîne disparition de la *longa consuetudo* comme de l'*opinio juris sive necessitatis*.

En revanche, au sein d'une conception strictement positiviste du droit, se pose une redoutable question : une loi (au sens large) peut-elle tomber en désuétude ? Peut-elle être anéantie par sa non-application ?

Comme dans maints problèmes fondamentaux du droit, il n'y a pas de réponse simple. D'un point de vue juridique rigoriste, voire formaliste, la réponse est négative. Le parallélisme des formes requiert que le trépas de la loi s'opère

---

<sup>191</sup> LE ROY/SCHÖNENBERGER, *Introduction*, p. 167.

par le ministère d'un acte solennellement mis en œuvre et de même rang. Ainsi le veut le principe de la sécurité juridique.

Quid d'un juge appelé à appliquer une règle des années, voire des décennies, après sa mise en vigueur alors qu'elle apparaît désormais totalement inadaptée aux pratiques ou aux mœurs du jour ?

Une ordonnance du préfet de police Dubois du 16 brumaire an IX (7 novembre 1800), intitulée « Ordonnance concernant le travestissement des femmes » précise que « toute femme désirant s'habiller en homme doit se présenter à la Préfecture de police pour en obtenir l'autorisation ». Le port du pantalon par les femmes était ainsi interdit à Paris dès cette date. Cette interdiction fut partiellement levée par deux circulaires de 1892 et 1909 autorisant le port féminin du pantalon « si la femme tient par la main un guidon de bicyclette ou les rênes d'un cheval ». Cette loi, si elle ne connaît évidemment plus aucune application aujourd'hui, pourrait heurter, symboliquement tout du moins, les sensibilités contemporaines, raison pour laquelle un député de l'Assemblée nationale en demanda l'abrogation en 2012. Le premier ministre Raffarin refusa de s'atteler à cette tâche, arguant de ce que la loi était devenue désuète. Réexaminée sous la présidence de F. Hollande, on préféra l'argument de l'abrogation implicite de cette loi compte tenu de son incompatibilité avec le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes tel qu'inscrit dans la Constitution française de 1946 et dans la CEDH.

Le juge doit théoriquement, en bonne doctrine positiviste, appliquer la règle actuellement en vigueur, quand bien même s'avère-t-elle totalement inadaptée à l'époque de sa nouvelle application. Pratiquement le juge a la possibilité de paralyser cette application en affirmant qu'elle serait contraire à la bonne foi de l'État, qui, en effet, n'en a plus fait usage depuis des décennies, violant ce faisant les attentes légitimes des administrés.

On retrouve ici le fondement ultime de tout droit au sens de système juridique, savoir l'équité en son acception large.

Le juge ne peut toutefois simplement affirmer la loi obsolète et par là non applicable. Seul le législateur est maître du temps « légal » ; seul il peut, par un acte solennel, prononcer le trépas de la loi. Le juge, lui, ne peut que substituer à la loi devenue moralement obsolète mais juridiquement applicable d'un point de vue formel une autre règle, fût-elle un principe général comme la bonne foi ou l'équité précisément.

Quoi qu'il en soit, s'il n'est pas de la compétence du juge d'abroger la loi, ne pas l'appliquer c'est-à-dire refuser d'en sanctionner les violations porte un sérieux coup à sa positivité : on peinera à croire qu'elle est matériellement encore effective, sans pouvoir pour autant trancher avec certitude la question de sa positivité. Seule l'abrogation écarte le doute. Ainsi en alla-t-il dans l'affaire *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988, examinée *supra*, affaire dans laquelle une association d'homosexuels irlandaise demandait que soit expressément abrogée une disposition pénale irlandaise condamnant la sodomie entre adultes mais plus appliquée depuis des lustres.

L'art. 873 aCO interdisait l'utilisation des noms de famille dans la raison sociale (« nom juridique ») des sociétés anonymes. L'usage contraire persista et le Tribunal fédéral finit par le reconnaître et l'accepter<sup>192</sup>.

On pensera encore à la loi vaudoise portant interdiction des publicités à caractère sexiste (art. 5b de la Loi sur les procédés de réclame)<sup>193</sup>, la simple consultation des journaux quotidiens et des affichages publicitaires donnant à voir combien cette interdiction est devenue désuète sans avoir été abrogée pour autant. La positivité de cette disposition demeure donc, d'un point de vue pratique, problématique ; situation ne préjugant en rien de la valeur de son principe.

### **Section 3. L'abrogation**

On définira l'abrogation comme la suppression d'une règle de droit par une autre règle de droit de rang hiérarchique égal ou supérieur.

Elle se décline suivant deux modalités : l'abrogation expresse d'une part, l'abrogation tacite d'autre part.

#### **Sous-section 1. L'abrogation expresse**

L'abrogation expresse par une nouvelle peut revêtir, d'un point de vue didactique, trois formes différentes.

---

<sup>192</sup> LE ROY/SCHÖNENBERGER, *Introduction*, p. 165, note 241, déjà cité, se référant à l'ATF 45 II 633 = JdT 1920 241.

<sup>193</sup> Loi vaudoise sur les procédés de réclame du 6 décembre 1988 (« LPR », BLV 943.11).

§ 1. *L'abrogation (expresse) formelle*

Le nouveau texte juridique énumère explicitement les dispositions qu'il abroge.

Ainsi de l'art. 60 al. 2 TFin CC : « Sont notamment abrogées : [...] ». Le « notamment », s'il est de grande utilité juridique, ménageant l'adaptation future de la règle à toute situation non encore clairement circonscrite, pose de sérieuses difficultés méthodologiques, ne servant que modérément le principe de la sécurité juridique puisqu'on ne sait pas exactement quelles sont les dispositions de l'ordre juridique positif que la norme en question abroge. Elle ne mentionne en effet qu'une *liste indicative*, ouverte, de normes ayant perdu leur positivité, au lieu d'une *liste exhaustive* désignant de manière fermée, finie, déterminée, exacte, les règles abrogées.

Une sécurité juridique ferme n'est en conséquence assurée qu'à l'endroit des lois expressément, « formellement » mentionnées. Pour les autres lois comprises informellement, non expressément, sous le « notamment », la situation revient à une abrogation expresse en termes généraux, à tout le moins dans l'exemple de l'art 60 TFin CC.

§ 2. *L'abrogation (expresse) en termes généraux*

L'art. 60 al. 1 TFin CC fournit un exemple éloquent de cette modalité de l'abrogation laquelle, malgré sa nature expresse, ne pose pas moins problème du point de vue de la sécurité juridique puisque l'expression « toutes les dispositions contraires des lois civiles fédérales », abrogées par l'entrée en vigueur du CC, laisse des marges d'interprétation importantes au sujet de la contrariété de telle ou telle de ces lois civiles avec le nouveau code entré en vigueur. Le caractère générique de « toutes » (équivalant aux « en termes généraux ») s'avère lui aussi délicat quant à la prévisibilité juridique concernant les dispositions ainsi abrogées.

§ 3. *L'abrogation (expresse) par substitution d'articles ou parties d'article*

L'art. 472 CC offre un exemple surprenant d'abrogation (expresse) par substitution d'article ou partie d'article, conservant le chiffre III, tout en supprimant la note marginale et en maintenant la mention « Art. 472 » que ne suit aucun texte. On ne saurait mieux indiquer le trépas de cet article de loi que par ce majestueux blanc ; un vide substitué à l'ancien texte.

L'art. 25 CC en livre un riche exemple. Pour ne retenir que les modifications les plus récentes, soulignons d'abord l'abrogation de l'ancienne note marginale passant de « Domicile légal » à « Domicile des mineurs » ; ou encore l'adjonction de « en l'absence de domicile commun des père et mère » selon la nouvelle du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013 ; ou encore la nouvelle partie d'article constituée de « qui détient la garde » substituée à « qui a le droit de garde » selon la nouvelle du 21 juin 2013 (Autorité parentale) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014.

L'art. 471 CC portant sur les héritiers de la réserve successorale – la part de patrimoine du défunt qui reviendra nécessairement aux bénéficiaires légaux – a ajouté au libellé ancien de l'article la mention « ou le partenaire enregistré » ensuite de l'adoption de la LF du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

#### § 4. *Abrogation expresse : synthèse*

Pour bien circonscrire les effets d'une abrogation expresse, quatre points doivent être soulignés.

En premier lieu, considéré le principe du parallélisme des formes, l'abrogation expresse s'avère par excellence la mort du droit tel qu'exprimé par une loi au sens large. Le texte abrogeant, en réalité la loi abrogatoire, doit être de rang (de hiérarchie des ordres juridiques ou des sources formelles ou des lois au sens large) au moins égal à celui abrogé.

En deuxième lieu, l'abrogation n'est effective que lorsque le texte abrogeant est entré en vigueur.

En troisième lieu, l'abrogation déploie des effets définitifs : une règle abrogée ne peut revivre d'elle-même si le législateur abroge la règle abrogatoire ; l'abrogation d'une abrogation ne ressuscite pas la loi premièrement abrogée. Pour la faire revivre, l'autorité législative (au sens large) devra la ré-édicter. En d'autres termes, la loi premièrement abrogée n'existe pas « par défaut » ; elle est mise à néant par la première abrogation, l'abrogation de l'abrogation ne pouvant dès lors la ressusciter.

En quatrième lieu, les dispositions abrogatoires formelles comme celles en termes généraux figurent en principe dans des dispositions finales ou transitoires du texte abrogeant, éventuellement dans des annexes.

## Sous-section 2. L'abrogation tacite

La figure méthodologique dite de l'abrogation tacite vise les cas dans lesquels un « texte » entrant en vigueur se trouve en contradiction avec un texte de niveau hiérarchique inférieur, que la hiérarchie concerne les ordres juridiques (international, fédéral, cantonal, communal) ou les sources formelles (loi, coutume, jurisprudence) ou encore la loi au sens large (Constitution, « loi », ordonnance, règlement, décret, arrêté).

Les critères hiérarchiques suffisent généralement à régler la situation d'un point de vue méthodologique.

Par exemple, admettons qu'un nouvel article constitutionnel autorise le mariage de couples de même sexe mais qu'une norme pénale, que le législateur a omis d'adapter au nouvel article constitutionnel, qualifie de délit les rapports sexuels entre adultes consentants du même sexe, à l'instar du Code pénal irlandais dans l'affaire Norris. Les homosexuels pourraient certes se marier mais non entretenir des relations charnelles, sous peine de condamnation pénale : un authentique amour platonique. L'autorité judiciaire appelée à appliquer la loi pénale devrait constater sa contrariété avec l'article constitutionnel, norme de rang supérieur et, partant, l'abrogation tacite de la disposition pénale. Ainsi en alla-t-il dans l'affaire du port féminin du pantalon à Paris, sous la présidence de F. Hollande.

Si l'autorité appliquait, malgré la contrariété au texte constitutionnel, la norme de rang inférieur, sa décision devrait pouvoir être attaquée. Mais cette décision sera-t-elle jugée nulle faute de base légale valide ? Sera-ce un cas de lacune de la loi (*infra* Tome II, Titre VI, Chapitre 3), à combler par le droit prétorien : il manquerait une réserve sous forme d'une exception à la disposition pénale en faveur des couples mariés selon la norme constitutionnelle ? Ici surgit la redoutable difficulté posée par l'art. 190 Cst. prévoyant que le juge est obligé d'appliquer la loi fédérale contraire à la Constitution, diverses stratégies d'évitement (contrôles abstraits ou concrets de la norme, par exemple) pouvant être envisagées, excédant une simple *introduction* au droit.

Si en revanche une norme est mise en vigueur et se trouve en contradiction avec une norme de même niveau hiérarchique, on préférera, d'un point de vue méthodologique, y lire un problème de *dérogation* plutôt que d'*abrogation tacite* : l'interprète cherchera à articuler les deux normes, si faire se peut, plutôt que d'éliminer l'une des deux règles.

La vie du droit ou « le droit dans le temps »

Une situation très particulière existe dans les États fédéraux, à l'exemple de la Confédération helvétique (art. 49 al. 1 Cst.), de la République fédérale allemande (art. 31 de la *Grundgesetz*) ou encore des États-Unis d'Amérique (art. 6, clause n° 2), dans lesquels coexistent deux niveaux (au moins) d'ordres juridiques internes hiérarchiquement organisés.

La subordination des États fédérés à l'État fédéral conduit à une forme spéciale d'abrogation tacite : la force dérogatoire du droit fédéral. L'usage, pourtant consacré, du terme « dérogatoire » s'agissant d'un cas d'abrogation, d'un point de vue méthodologique, devait pousser les autorités suisses à modifier cette dénomination classique pour lui préférer l'expression « Primauté et respect du droit fédéral », selon le titre de l'art. 49 Cst. en l'occurrence.

### Sous-section 3. Le cas singulier de la mort de la jurisprudence

Nous avons déjà rencontré la notion de changement de jurisprudence, sous l'angle de la dérogation, formulant quelque hésitation concernant cette qualification même. N'est-ce pas plutôt une abrogation ?

Que le revirement de jurisprudence soit qualifié de dérogation ou d'abrogation, le principe et l'effet pratique en seront analogues : le Tribunal fédéral peut toujours décider de juger autrement qu'il ne l'a fait dans des situations analogues antérieures, ce qui ruine peu ou prou l'ancien régime jurisprudentiel. Dans les deux cas, il opère un changement de jurisprudence dont la question centrale réside en les possibles effets rétroactifs de la nouvelle norme juridique jurisprudentielle sur les situations antérieures au revirement encore pendantes.

La rétroactivité en tous les cas atteint immédiatement la situation dont le jugement donne précisément lieu à changement de jurisprudence : les parties au procès ne pouvaient envisager ce changement qui a lieu pendant l'instance, induisant de la sorte des effets rétroactifs, le cas échéant, sur la situation née et les effets déployés avant le prononcé de cette nouvelle jurisprudence. Le principe de la sécurité juridique ou de la prévisibilité du droit s'oppose à ce mode de procéder ; raison pour laquelle ces revirements de jurisprudence demeurent relativement rares, en tous les cas dans un sens abrogatoire. La figure méthodologique de l'*obiter dictum* rendra les meilleurs services ici.

Le changement de jurisprudence vaut sur le principe aussi bien pour la jurisprudence comme source formelle au sens étroit (art. 1 al. 2 CC) qu'au sens large (art. 1 al. 3 CC), avec un degré de contrainte (d'obligation) moindre

dans cette dernière classe de cas. Les spécificités du différend pendant pourraient déjouer l'application par analogie de la jurisprudence suivie jusqu'alors, donnant lieu *in casu* à une solution jurisprudentielle autre sans constituer pour autant un revirement de la jurisprudence établie.

#### **Section 4. La primauté du droit fédéral sur le droit cantonal ou la « force dérogatoire » du droit fédéral (art. 49 Cst.)**

La langue allemande exprime de manière saisissante la primauté fédérale : « *Bundesrecht bricht kantonaes Recht* ».

##### **Sous-section 1. Le principe**

*Prima facie*, l'art. 49 Cst. semble clair : « le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire ».

La disposition donne à entendre que, lorsque la Confédération a reçu une compétence dans tel ou tel domaine et qu'elle l'exerce de manière exhaustive, elle abroge par cet exercice même le droit cantonal contraire existant en la matière.

Quid si le droit cantonal en question n'est pas *contraire* au droit fédéral mais parallèle ou analogue ?

Seule la culture juridique, en contraste souvent avec le sens commun, permet de comprendre la signification de la notion de « contraire » ici utilisée de manière proprement juridique.

Le juriste comprend que le terme « contraire » ne signifie pas seulement qui dit le contraire ou encore qui dit autre chose que le droit fédéral mais tout aussi bien qui dit la même chose mais du point de vue de l'ordre juridique inférieur (cantonal ou communal), lequel n'a dès lors plus de compétence à exercer, le droit fédéral ayant « parlé », réservées les hypothèses, subtiles, de l'art. 6 CC (*infra*).

À suivre une formule classique du Tribunal fédéral (par exemple SJ 2005 I 551) « selon le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst. – ou principe de la force dérogatoire du droit fédéral, selon la terminologie de l'art. 2 Disp. trans. aCst.), la législation fédérale l'emporte sur la réglementation cantonale, quel que soit leur niveau respectif. Il est notamment interdit au

législateur ou à l'exécutif cantonal d'intervenir dans les matières que le législateur fédéral a entendues régler de façon exhaustive, d'éluder le droit fédéral ou d'en contredire le sens ou l'esprit ». Par exemple, une *ordonnance* fédérale l'emporte sur une *Constitution* cantonale, non par sa force propre mais du seul effet de la hiérarchie des ordres juridiques.

En vérité, non seulement la notion de « contraire » est délicate mais celle de « prime » l'est tout autant : primer, l'emporter (sur) signifie-t-il réduire à néant, supprimer tous les effets, passés, « nullité *ex tunc* » pour le dire dans une terminologie appropriée ? Rien n'est moins sûr. Ce qui conduit certains auteurs à contester la pertinence de la figure méthodologique de l'abrogation tacite, à tout le moins dans le cadre de l'art. 49 Cst.

Dans une conception puriste du droit, l'abrogation ne devrait concerner que les cas dans lesquels la nouvelle norme émane du même auteur que l'ancienne, selon le parallélisme des formes. Dans une perspective plus lâche, inspirée du « qui peut le plus, peut le moins », la norme de rang supérieur, ici le droit du *Bund*, abroge le droit cantonal « contraire ». Quoi qu'il en soit, le nerf de l'abrogation tacite réside dans ses effets, lesquels sont déployés par les autorités judiciaires et administratives. Dès lors abordons-nous la question de l'abrogation tacite de manière pragmatique par leur ministère.

## Sous-section 2. Les effets de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal

Ces effets seront présentés ici de manière très schématique en ce que la logique les informant relève du droit constitutionnel en premier lieu.

Le principe de la primauté emporte avant tout nullité de toute règle cantonale contraire (au sens défini ci-dessus) au droit fédéral, quel que soit le rang de la norme de l'État fédéré.

Pour l'affirmer sans nuance<sup>194</sup>, cette nullité est totale et la règle cantonale est mise à néant, ne pouvant être guérie d'aucune manière. Cette nullité n'est

---

<sup>194</sup> Ce sont précisément toutes les nuances qu'apporte V. Martenet (V. MARTENET, Commentaire romand de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, *ad* art. 49, à paraître), dont la principale pour le présent propos (N 29) : « La reprise d'une règle fédérale en droit cantonal peut néanmoins s'expliquer lorsque les cantons conservent une compétence normative substantielle dans un domaine. Dans cette hypothèse, elle est susceptible de permettre la **bonne compréhension d'une loi cantonale** et d'assurer

toutefois pas *formelle* : la règle cantonale existe bel et bien, à la forme précisément, dans le droit positif cantonal, mais cette existence « livresque » dans un recueil officiel est privée de toute portée juridique.

Cette nullité doit donc s'entendre en un sens matériel, lequel se manifeste selon deux voies principales.

§ 1. *Au moment de la naissance du droit cantonal face au droit fédéral en vigueur*

Quid de la naissance d'une règle de droit cantonal face à du droit fédéral existant ?

Le canton qui entreprend d'élaborer un texte dans une matière réservée au droit fédéral s'expose à édicter une *norme* nulle ; si un tel texte est néanmoins édicté, toute autorité saisie devrait en refuser l'application ; si cette *norme* est néanmoins appliquée, la décision rendue sera attaquable devant l'instance supérieure et sera déclarée nulle.

§ 2. *Au moment de la naissance du droit fédéral face à du droit cantonal en vigueur*

Dans ce cas de figure, le principe de la primauté du droit fédéral peut entraîner la perte de tout effet juridique de la règle cantonale parfaitement valable jusqu'à l'entrée en vigueur du droit fédéral. Les effets juridiques cantonaux contraires au nouveau droit fédéral sont nuls, mis à néant par la nouvelle. En revanche, les effets juridiques cantonaux plus spécifiques et s'inscrivant dans la logique générale de la norme fédérale peuvent subsister (voir encore *infra* §3 sur l'art. 6 CC).

Ainsi en alla-t-il avec la nouvelle loi fédérale sur le partenariat enregistré, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, alors que les cantons de Genève et de Zurich, par leur législation cantonale, avaient déjà ménagé aux couples de même sexe quelques droits exorbitants au régime du droit privé fédéral tel qu'il existait avant l'entrée en vigueur de la nouvelle en matière d'impôts, de rapports avec les autorités, de relations dans le cadre des hôpitaux ou de

---

la cohérence normative, voire la lisibilité de celle-ci. En cas de contestation de la norme cantonale dans un tel cas, les tribunaux devraient, selon nous, se contenter de lui dénier une quelconque portée juridique. » (et les auteurs cités)

procédures d'enterrement. L'État fédéral bénéficiant du monopole du droit privé, les régimes cantonaux éventuellement subsistants seront confinés au droit public cantonal, et pour autant que la législation fédérale ne traite pas elle-même de ces points, sous l'angle du droit privé au demeurant (*infra* § 3 concernant l'art. 6 CC).

L'ATF 116 IV 19 livre un exemple de compréhension relativement aisée concernant les effets de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal. Le 1<sup>er</sup> janvier 1990 est entré en vigueur un nouvel art. 128 CP sanctionnant l'omission de prêter secours à toute personne en danger de mort imminent même si l'on n'est pas l'auteur des blessures alors que l'ancienne version de l'art. 128 CP n'en faisait devoir qu'à l'auteur des blessures. Or une législation neuchâteloise connaissait une disposition analogue, plus étendue toutefois dans le sens qu'allait reprendre le nouveau régime fédéral désormais en vigueur. Par cette entrée en vigueur, le texte cantonal perdit tout effet juridique dès le 1<sup>er</sup> janvier 1990, la base légale cantonale ayant été mise à néant par la nouvelle norme fédérale. Le TF n'examina toutefois pas le problème de droit intertemporel que posait le nouvel art. 128 CP.

Supposons maintenant que l'art. 128 CP soit abrogé au 1<sup>er</sup> janvier 2021. Les autorités cantonales pourraient-elles appliquer à nouveau la législation neuchâteloise par hypothèse abrogée tacitement ? La réponse est négative, la loi fédérale entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1990 ayant rendu nulle la législation cantonale à savoir totalement inexistante d'un point de vue juridique. Le canton devrait donc ré-édicter sa norme cantonale afin de pouvoir asseoir une décision en la matière, si pareil espace lui est encore ménagé par le droit fédéral.

La « force dérogoire », plus exactement la primauté du droit fédéral, déploie un effet abrogatoire automatique en ce sens qu'il n'exige aucun acte juridique particulier et exprès d'abrogation. La sécurité juridique est évidemment mieux servie quand le législateur organise expressément l'articulation des normes, avons-nous vu, à l'exemple de l'art. 51 TFin CC offrant, pour la matière du droit privé, une excellente synthèse de la logique de la primauté du droit fédéral : « Sauf disposition contraire du droit fédéral, toutes les lois civiles des cantons sont abrogées à partir de l'entrée en vigueur du présent code ».

### § 3. *L'art. 6 CC*

Le principe de la primauté du droit fédéral laisse entendre que tout exercice d'une compétence fédérale entraîne diminution voire disparition des

compétences cantonales dans les mêmes matières. Mais la réalité juridique et politique d'un État fédéral soucieux du respect de l'autonomie des États fédérés oblige à plus de nuances qu'une division binaire : tout un domaine à l'État fédéral *ou* tout ce domaine aux États fédérés.

L'art. 6 CC donne à voir la solution raffinée élaborée pour le droit privé (de compétence fédérale donc) : « Les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public ».

Cet article s'éprouve compliqué à plus d'un titre. Et dans son libellé ; et dans les relations entre droit privé (fédéral) et droits publics (cantonaux) ; et dans l'articulation de la *summa divisio* droit privé/droit public avec le principe de la « force *dérogatoire* » du droit fédéral.

Sur la base de l'art. 6 CC, certains cantons élaborèrent des normes concernant les couples de même sexe avant que la législation fédérale sur le partenariat enregistré ne fut adoptée. Elles furent donc abrogées par les dispositions *correspondantes* de la loi fédérale, mais conservèrent leurs effets juridiques pour le surplus, certes dans la logique du droit public, et pour autant que ce régime de droit public cantonal se déploie comme une explicitation voire un prolongement plus « généreux » du droit privé fédéral mais devant converger avec les moyens et les buts arrêtés par le législateur fédéral.

En leurs temps, les cantons de Vaud et de Genève firent usage des possibilités juridiques octroyées par l'art. 6 CC en élaborant, sous l'égide du droit public cantonal, un régime de vacances payées, non prévu sur le plan fédéral, adopté dans la logique d'un intérêt public (cantonal) prépondérant sur le régime privé classique du contrat (voir ATF 87 I 186 et ATF 85 II 373 c. 2).

Ou encore : la Loi vaudoise du 4 mars 1985 modifia la Loi vaudoise du 14 décembre 1937 sur la presse (LVP) en octroyant un droit de réponse (art. 28g à 28l CC) et un droit de rectification aux autorités cantonales et communales. Le Tribunal fédéral fixe en toute netteté dès le regeste le principe de la solution : « Les art. 28g à 28l CC règlent de façon exhaustive le droit de réponse fondé sur la protection de la personnalité. Le droit de rectification, que l'art. 15 nouveau LVP reconnaît aux autorités cantonales et communales pour toute présentation erronée de faits ayant trait à l'exercice de la puissance publique, n'est pas contraire à l'art. 2 Disp. trans. Cst. ; ne visant pas la protection de la personnalité, il relève du droit public cantonal réservé par l'art. 6 CC et touche à une question que le législateur fédéral n'a pas voulu

La vie du droit ou « le droit dans le temps »

réglementer ». Le canton utilisa simplement la marge de manœuvre législative telle qu'octroyée par le droit privé (fédéral) selon l'art. 6 CC.

Ou, concernant les notaires, officiers publics pour partie de leur activité : « il faut reconnaître aux cantons le pouvoir de soumettre par voie législative l'ensemble de l'activité des notaires à un régime particulier de responsabilité pour autant que celui-ci ne soit pas allégé par rapport aux dispositions fédérales » affirme le TF (ATF 126 III 374).

La jurisprudence est venue maintes fois expliciter la portée de l'art. 6 CC. D'où la formule canonique (ATF 87 I 188a) du Tribunal fédéral énonçant les conditions d'exercice de la marge cantonale : « D'après cette disposition et la jurisprudence qui s'y rapporte, les cantons peuvent restreindre le champ d'application du droit civil fédéral par des règles de droit public, pourvu que celles-ci visent principalement à promouvoir l'intérêt général, qu'elles se justifient par des motifs raisonnables et pertinents d'intérêt général et qu'elles n'éluent pas le droit civil fédéral ». En l'occurrence une initiative du parti socialiste vaudois prévoyant notamment une période de dix-huit jours ouvrables consécutifs par an de vacances dans le cadre du contrat de travail (droit civil [fédéral]), fut acceptée par le peuple le 4 décembre 1960. L'Association des scieries vaudoises et consorts saisirent le Tribunal fédéral pour qu'il prononce la nullité de cette initiative au motif qu'elle contrevenait « notamment au principe de la force dérogatoire du droit fédéral » ; motif qui fut rejeté. Ou selon une formulation plus récente de cette explicitation jurisprudentielle de la portée de l'art. 6 CC : « le législateur n'a pas entendu régler la matière de façon exhaustive, les règles cantonales sont motivées par un intérêt public pertinent et enfin lesdites règles n'éluent pas le droit civil fédéral ni n'en contredisent le sens ou l'esprit » (ATF 116 Ia 264).

# Table des matières

Avant-propos .....	1
Sommaire .....	5
<b>Titre I. Droit et langue : une relation intime.....</b>	<b>9</b>
<b>Chapitre 1. Prolegomènes. Ou ce qu'il est bon de connaître avant de commencer.....</b>	<b>11</b>
<b>Chapitre 2. Le droit et la langue .....</b>	<b>15</b>
Section 1. Droit et oubli de la langue .....	15
Section 2. Que nul n'entre en droit s'il n'a goûté un peu de linguistique .....	19
Sous-section 1. Des mots et des choses .....	19
Sous-section 2. <i>Zoon politikon logikon</i> : l'homme, un animal politique parce que doué de langage.....	22
Sous-section 3. La triade diabolique du sens : entre signifiant, signifié et référence .....	24
Sous-section 4. Le soin de la langue en droit : exemples concrets.....	27
<b>Titre II. Circonscrire le droit : de la pluralité des définitions à la multiplicité des sources et des branches .....</b>	<b>31</b>
<b>Chapitre 1. L'approche scientifique.....</b>	<b>35</b>
Section 1. Le droit comme science.....	35
Sous-section 1. Régularités selon la <i>nécessité</i> ou régularités dans la <i>contingence</i> : le droit, affaire de <i>choix</i> .....	36
Sous-section 2. Des règles juridiques <i>variables</i> .....	38
Sous-section 3. Des règles juridiques <i>changeantes</i> .....	39
Sous-section 4. Ordre et valeurs .....	40
Section 2. Le droit comme science <i>humaine</i> .....	41
Section 3. Le droit comme science <i>sociale</i> .....	44

## Table des matières

Sous-section 1.	Le tout est plus que la somme des parties : esquisse de <i>bien commun</i> .....	44
Sous-section 2.	Le droit entre descriptif et prescriptif .....	46
Sous-section 3.	Éducation du citoyen et acceptabilité de la norme.....	47
Sous-section 4.	Une commensurabilité remarquable aux réalités sociales : le statut de l’animal .....	49
Section 4.	Le droit comme science <i>interdisciplinaire</i> .....	52
Section 5.	Le droit comme science de la <i>relativité des choses</i> .....	53
Sous-section 1.	Relativité « en soi » .....	53
Sous-section 2.	Relativité du droit dans le temps .....	57
Sous-section 3.	Relativité du droit dans l’espace.....	57
Sous-section 4.	Portée méthodologique et philosophique de la relativité <i>hic et nunc</i> du droit.....	59
Section 6.	Le droit comme science <i>des contradictions et du contradictoire</i> .....	60
Section 7.	L’approche scientifique du droit <i>brevitatis causa</i> .....	61
<b>Chapitre 2.</b>	<b>L’approche philosophique.....</b>	<b>63</b>
Section 1.	L’École du droit naturel ou jusnaturalisme.....	64
Sous-section 1.	L’esprit général du jusnaturalisme.....	66
Sous-section 2.	Le jusnaturalisme des Anciens .....	66
§ 1.	Les Grecs et les Romains.....	66
§ 2.	La pensée judéo-chrétienne .....	70
Sous-section 3.	Le jusnaturalisme des Modernes : une œuvre de la raison. Ou l’École du droit naturel proprement dite .....	71
Sous-section 4.	Du jusnaturalisme moderne au positivisme juridique via les théories du contrat social.....	75
Section 2.	L’École positiviste ou positivisme juridique .....	79
Sous-section 1.	L’esprit général du positivisme juridique .....	79
Sous-section 2.	L’École historique du droit ou École du droit historique.....	80
Sous-section 3.	Le positivisme juridique <i>stricto sensu</i> .....	82
Sous-section 4.	Le positivisme sociologique .....	85
Section 3.	De l’influence des deux grands courants philosophiques sur la conception du droit .....	86
Sous-section 1.	Bref rappel de leurs ressorts essentiels .....	86
Sous-section 2.	De l’influence de ces deux grands courants dans le droit actuel, suisse en particulier.....	87

Sous-section 3.	Le point de vue juridico-philosophique : du « prescrit parce que bon » au « bon parce que prescrit » ? Ou la corrélation des contraires !.....	92
§ 1.	Du point de vue du droit positif.....	92
§ 2.	Du point de vue du jusnaturalisme .....	94
§ 3.	Le droit comme alliage de positivisme et de jusnaturalisme .....	96
<b>Chapitre 3.</b>	<b>L'approche proprement juridique.....</b>	<b>99</b>
Section 1.	La sanction .....	100
Sous-section 1.	Des règles juridiques ne connaissant pas de sanction .....	101
Sous-section 2.	Des règles non juridiques connaissant des sanctions .....	105
Section 2.	Le principe d' <i>obligation générale</i> . Ou ne pas faire acception de personne.....	106
Section 3.	Le rapport avec l'autorité étatique .....	108
Section 4.	Une définition opératoire du droit .....	109
<b>Chapitre 4.</b>	<b>La théorie des sources.....</b>	<b>113</b>
Section 1.	Où situer la théorie des sources ? Quel tour d'esprit juridique reflète-t-elle ? .....	113
Section 2.	Les « malaimées » sources matérielles du droit.....	115
Section 3.	Les sources formelles du droit.....	118
Sous-section 1.	Les sources formelles au sens étroit .....	120
§ 1.	La loi .....	120
Sous-§ 1.	La loi au sens large .....	121
Sous-§ 2.	La loi au sens étroit ou loi au sens strict .....	124
Sous-§ 3.	Les rapports entre loi et coutume.....	124
§ 2.	La coutume .....	124
Sous-§ 1.	Définition de la coutume .....	124
Sous-§ 2.	Les rapports entre la coutume et la loi.....	130
§ 3.	La jurisprudence, en tant que source formelle au sens étroit ...	131
Sous-section 2.	Les sources formelles au sens large.....	136
§ 1.	La jurisprudence en tant que source formelle au sens large.....	138
Sous-§ 1.	La jurisprudence comme application du droit .....	138
Sous-§ 2.	La hiérarchie des instances de jugement.....	139
§ 2.	La doctrine.....	141
Sous-section 3.	Richesse de l'art. 1 <sup>er</sup> CC .....	143
Sous-section 4.	Où trouver matériellement les différentes sources.....	143

## Table des matières

§ 1.	La loi au sens large .....	143
§ 2.	La coutume .....	144
§ 3.	La jurisprudence .....	145
§ 4.	La doctrine .....	145
Sous-section 5.	Les principes généraux du droit : une source du droit négligée .....	146
§ 1.	Les principes généraux induits (« bottom-up ») .....	146
§ 2.	Les principes généraux déduits (« top down ») .....	149
§ 3.	Principes généraux et « gouvernement des juges » .....	151
<b>Chapitre 5.</b>	<b>Les subdivisions du droit .....</b>	<b>153</b>
Section 1.	Le droit « inter-national (public) » vs le droit national .....	153
Sous-section 1.	Le droit international .....	153
§ 1.	Le droit international public proprement dit .....	153
Sous-§ 1.	Les sujets du droit international public .....	154
Sous-§ 2.	Les sources du droit international public .....	155
Sous-§ 3.	Le rang du droit international public : premier et primitif ? .....	157
§ 2.	Les droits européens .....	158
Sous-§ 1.	Le Conseil de l'Europe .....	158
Sous-§ 2.	Le droit de l'Union européenne ou droit européen proprement (ordinairement) dit .....	159
A.	Les quatre organes classiques de l'UE et son Conseil européen 160	
1)	La Commission européenne .....	160
2)	La Cour de justice de l'Union européenne .....	160
3)	Le Parlement européen .....	161
4)	Le Conseil de l'Union européenne .....	161
5)	Le Conseil européen .....	162
B.	De quelques actes fondamentaux de la Commission : le Règlement et la Directive .....	162
Sous-section 2.	Le droit national .....	163
Section 2.	Droit privé <i>versus</i> droit public .....	164
Sous-section 1.	La théorie des sujets de droit impliqués ou théorie des personnes impliquées .....	166
Sous-section 2.	La théorie de la subordination ou de la sujétion .....	168
Sous-section 3.	La théorie de l'intérêt concerné ou intérêt en cause .....	174
Sous-section 4.	Conclusion concernant les critères de distinction « droit privé / droit public » .....	176

Sous-section 5.	Quelques autres théories rencontrées.....	176
§ 1.	La théorie du fisc.....	177
§ 2.	La théorie de la fonction publique ou théorie du service public.....	177
§ 3.	La théorie de la nature de la sanction.....	178
Section 3.	Droit international public <i>versus</i> droit international privé.....	178
Section 4.	Compendium des différents domaines du droit suisse.....	180
Sous-section 1.	Les différents domaines du droit public suisse.....	180
§ 1.	Le droit constitutionnel.....	180
§ 2.	Le droit administratif.....	182
§ 3.	L'organisation judiciaire.....	183
§ 4.	La procédure.....	183
§ 5.	Le droit pénal.....	185
§ 6.	De quelques particularités du droit public suisse.....	186
Sous-section 2.	Les différents domaines du droit privé suisse.....	187
<b>Chapitre 6.</b>	<b>De quelques modes de structuration du matériel social dans la norme juridique.....</b>	<b>189</b>
Section 1.	Droit formel <i>versus</i> droit matériel.....	189
Sous-section 1.	Le droit formel pour exercer le droit matériel.....	189
Sous-section 2.	Le formalisme excessif.....	192
Section 2.	Droit impératif <i>versus</i> droit dispositif.....	193
<b>Titre III.</b>	<b>La vie du droit ou « le droit dans le temps ».....</b>	<b>197</b>
<b>Chapitre 1.</b>	<b>Les deux statuts du droit.....</b>	<b>201</b>
Section 1.	Le droit positif ou <i>lex lata</i> .....	201
Section 2.	Le droit « désirable » ou <i>lex ferenda</i> .....	207
<b>Chapitre 2.</b>	<b>La naissance de la règle de droit.....</b>	<b>211</b>
Section 1.	Naissance de la loi au sens large.....	211
Sous-section 1.	La phase d'élaboration.....	212
§ 1.	La Constitution fédérale.....	212
§ 2.	La loi au sens étroit.....	213
§ 3.	L'ordonnance.....	213
§ 4.	Le règlement.....	214

## Table des matières

§ 5.	Date d'adoption et date d'entrée en vigueur de la loi : une distinction politique et méthodologique cruciale.....	214
Sous-section 2.	L'entrée en vigueur de la loi (au sens large).....	215
§ 1.	L'entrée en vigueur de la Constitution fédérale.....	215
§ 2.	L'entrée en vigueur de la loi (fédérale).....	216
§ 3.	L'entrée en vigueur de l'ordonnance.....	217
§ 4.	L'entrée en vigueur du règlement.....	217
Section 2.	Naissance de la coutume.....	218
Section 3.	Naissance de la jurisprudence.....	220
<b>Chapitre 3.</b>	<b>La vie du droit positif : le déploiement de la règle de droit dans le système juridique .....</b>	<b>223</b>
Section 1.	Des hiérarchies au sein du système juridique .....	224
Sous-section 1.	La hiérarchie des ordres juridiques.....	224
§ 1.	De la primauté du droit international sur le droit interne.....	224
§ 2.	De la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal .....	225
Sous-section 2.	La hiérarchie des sources formelles selon l'art. 1 CC.....	225
§ 1.	Art. 1 al. 1 : l'empire de la loi.....	226
§ 2.	Art. 1 al. 2 CC, les marges du droit : coutume et jurisprudence prétorienne .....	227
§ 3.	Art. 1 al. 3 CC : doctrine et jurisprudence, de simples « informations sur » le droit ?.....	229
§ 4.	Art. 1 : Synthèse des critères d'ordonnancement.....	230
Sous-section 3.	La hiérarchie au sein de la loi au sens large.....	230
Sous-section 4.	La hiérarchie des instances au sein de l'organisation judiciaire.....	231
Sous-section 5.	Synthèse : une hiérarchie de hiérarchies.....	231
Section 2.	De la rétroactivité .....	232
Sous-section 1.	L'esprit général de la rétroactivité.....	232
Sous-section 2.	Le principe de l'interdiction de la rétroactivité ou principe de la non-rétroactivité et son exception, la rétroactivité pure.....	234
Sous-section 3.	De la rétroactivité pure à la rétroactivité improprement dite ou pseudo-rétroactivité .....	236
§ 1.	Vers la rétroactivité improprement dite : pour de bonnes raisons.....	236
§ 2.	Critère pragmatique de déclenchement de la rétroactivité improprement dite : des effets juridiques qui « chevauchent » la date d'entrée en vigueur de la nouvelle.....	239

§ 3.	Les figures de la rétroactivité dans les différents domaines du droit .....	241
Sous-§ 1.	Le droit international privé (LDIP), un modèle du genre .....	241
Sous-§ 2.	Le droit pénal et l'exception de la <i>lex mitior</i> .....	242
A)	Le principe de l'interdiction de la rétroactivité .....	242
B)	L'exception de la <i>lex mitior</i> .....	242
C)	Rétroactivité improprement dite en droit pénal .....	244
Sous-§ 3.	Le droit public, lieu propice à la rétroactivité.....	244
Sous-§ 4.	Le droit privé, peu enclin à la rétroactivité.....	246
Sous-§ 5.	Rétroactivité et effet anticipé.....	247
Sous-section 4.	Rétroactivité dans les différentes sources formelles au sens étroit .....	248
§ 1.	La loi au sens large .....	248
§ 2.	La coutume .....	249
§ 3.	La jurisprudence .....	249
Section 3.	La dérogation.....	251
Sous-section 1.	L'esprit général de la dérogation .....	251
Sous-section 2.	Les conditions méthodologiques de la dérogation .....	252
Sous-section 3.	Les deux modes d'articulation de lois « contradictoires ».....	253
§ 1.	Le principe général « <i>lex posterior derogat priori</i> ».....	254
§ 2.	Le principe général « <i>lex specialis derogat generali</i> » .....	255
§ 3.	La combinaison heureuse des deux principes.....	256
§ 4.	La combinaison problématique des deux principes aux résultats contradictoires .....	258
Sous-section 4.	La dérogation et les diverses sources formelles au sens étroit .....	261
§ 1.	La dérogation et la loi au sens large .....	261
§ 2.	La dérogation et la coutume .....	261
§ 3.	La dérogation et la jurisprudence.....	262
<b>Chapitre 4.</b>	<b>La mort du droit positif ou le trépas de la règle de droit .....</b>	<b>265</b>
Section 1.	Le principe du parallélisme des formes .....	265
Section 2.	La désuétude.....	266
Section 3.	L'abrogation .....	268
Sous-section 1.	L'abrogation expresse.....	268
§ 1.	L'abrogation (expresse) formelle.....	269

## Table des matières

§ 2.	L'abrogation (expresse) en termes généraux .....	269
§ 3.	L'abrogation (expresse) par substitution d'articles ou parties d'article .....	269
§ 4.	Abrogation expresse : synthèse .....	270
Sous-section 2.	L'abrogation tacite.....	271
Sous-section 3.	Le cas singulier de la mort de la jurisprudence.....	272
Section 4.	La primauté du droit fédéral sur le droit cantonal ou la « force <i>dérogatoire</i> » du droit fédéral (art. 49 Cst.).....	273
Sous-section 1.	Le principe.....	273
Sous-section 2.	Les effets de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal .....	274
§ 1.	Au moment de la naissance du droit cantonal face au droit fédéral en vigueur .....	275
§ 2.	Au moment de la naissance du droit fédéral face à du droit cantonal en vigueur.....	275
§ 3.	L'art. 6 CC.....	276
<b>Table des matières .....</b>		<b>279</b>