

---

# Introduction au droit et à la culture juridique

---

Volume 2

Alain Papaux | Davide Cerutti

Papaux I Cerutti

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



---

# Introduction au droit

---

# et à la culture juridique

---

Volume 2

**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 § 2021  
ÉDITIONS ROMANDES

Abréviation suggérée: PAPAUX / CERUTTI, *Introduction au droit et à la culture juridique*, volume 2, Genève / Zurich 2021, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8802-2

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2021

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

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense

[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>.

# Sommaire

Sommaire .....	1
<b>Titre IV. Le droit dans l'espace ou « des conflits de lois » .....</b>	<b>5</b>
<b>Chapitre 1. L'esprit général du droit dans l'espace .....</b>	<b>7</b>
<b>Chapitre 2. Les principes de la territorialité des lois et de la personnalité des lois .....</b>	<b>11</b>
<b>Chapitre 3. Abrégé historique du droit dans l'espace.....</b>	<b>15</b>
Section 1. L'étranger de « bonne prise » .....	15
Section 2. La Grèce antique et les conflits de lois .....	17
Section 3. L'étranger à Rome .....	18
Section 4. De la fin de l'Empire romain aux alentours du IX <sup>ème</sup> siècle .....	22
Section 5. Autour du IX <sup>ème</sup> siècle et jusque vers le XII <sup>ème</sup> : la montée en puissance de la territorialité des lois .....	24
Section 6. La théorie des statuts .....	24
Section 7. L'époque moderne et contemporaine .....	29
Section 8. La Confédération helvétique et les conflits de lois .....	31
<b>Chapitre 4. Notions élémentaires d'application du droit dans l'espace .....</b>	<b>33</b>
Section 1. Qualification, autorité compétente, droit applicable, circonstance de rattachement, règle de conflits et renvoi .....	33
Section 2. L'ordre juridique étranger paralysé ? Les principes de la réciprocité et de l'ordre public.....	42
Section 3. L'« application » d'une décision étrangère : reconnaissance et <i>exequatur</i> .....	46
<b>Titre V. La mise en œuvre du droit objectif.....</b>	<b>49</b>
<b>Chapitre 1. Le contenu des règles de droit.....</b>	<b>55</b>
Section 1. Le contenu des règles de droit privé .....	55

## Sommaire

Section 2.	Le contenu des règles de droit public .....	61
Section 3.	Réflexions actuelles concernant les droits subjectifs .....	67
<b>Chapitre 2.</b>	<b>Les droits privés subjectifs .....</b>	<b>79</b>
Section 1.	Le rapport de droit .....	79
Section 2.	La classification des droits subjectifs .....	81
<b>Chapitre 3.</b>	<b>Les choses. Ou ce sur quoi portent les droits subjectifs.....</b>	<b>101</b>
Section 1.	Généralités : classer pour distinguer .....	101
Section 2.	La classification des choses .....	102
<b>Chapitre 4.</b>	<b>Naissance, modification, transfert, extinction des droits subjectifs en droit privé .....</b>	<b>107</b>
Section 1.	La structure de la règle de droit consacrant un droit subjectif .....	107
Section 2.	Les différents faits juridiques .....	109
Section 3.	Les actes juridiques .....	115
Section 4.	Les contrats.....	121
<b>Titre VI.</b>	<b>Les grands principes du droit suisse.....</b>	<b>131</b>
<b>Chapitre 1.</b>	<b>Interprétation du droit et pouvoir créateur général du juge .....</b>	<b>135</b>
Section 1.	Prolégomènes. Ou de l'esprit général de l'interprétation.....	135
Section 2.	Interprétation de la loi et rôle des trois langues officielles .....	141
Section 3.	Les « méthodes » d'interprétation .....	150
<b>Chapitre 2.</b>	<b>Interprétation du droit et application de la loi .....</b>	<b>169</b>
Section 1.	Remarques préliminaires .....	169
Section 2.	Quid lorsque plusieurs interprétations s'avèrent possibles ? ....	169
Section 3.	De l'« application conforme » de la règle de droit (à un ordre juridique supérieur) .....	170
Section 4.	De l'application extensive de la règle de droit.....	170
Section 5.	De l'application restrictive de la règle de droit.....	172
Section 6.	De l'application <i>a contrario</i> de la règle de droit.....	173
Section 7.	De l'application <i>a fortiori</i> de la règle de droit .....	174

Section 8.	De l'application <i>a maiore ad minus</i> de la règle de droit : qui peut le plus peut le moins .....	175
Section 9.	De l'application par analogie.....	176
Section 10.	De l'application des « règles du droit et de l'équité » (art. 4 CC).....	180
Section 11.	La justice prédictive... ou la mort de l'interprétation ?.....	190
Section 12.	Interprétation de la loi et art. 1 CC : synthèse.....	196
<b>Chapitre 3.</b>	<b>Lacunes de la loi et pouvoir créateur ponctuel du juge .....</b>	<b>199</b>
Section 1.	L'esprit général de la figure méthodologique des lacunes.....	199
Section 2.	Comblement d'une lacune ou interprétation conduisant à une application par analogie ? .....	201
Section 3.	Silence qualifié, lacune proprement dite, lacune improprement dite et fausse lacune .....	202
Section 4.	Le juge confronté à une vraie lacune : une démarche en « comme si ».....	208
Section 5.	Lacune <i>praeter legem</i> et lacune <i>intra legem</i> .....	212
<b>Chapitre 4.</b>	<b>La bonne foi .....</b>	<b>215</b>
Section 1.	L'esprit général de la bonne foi.....	215
Section 2.	Nature et origine éthique de la bonne foi.....	215
Section 3.	Le contenu de la <i>bona fides</i> .....	218
Section 4.	La bonne foi en droit international public .....	220
Section 5.	La bonne foi en droit public interne.....	222
Section 6.	La bonne foi en droit privé des art. 2 et 3 CC.....	234
	<b>Conclusion générale.....</b>	<b>267</b>
	<b>Table des matières .....</b>	<b>271</b>



## **Titre IV.**

### **Le droit dans l'espace ou « des conflits de lois »**



## Chapitre 1. L'esprit général du droit dans l'espace

Dans le titre précédent, nous avons présenté le droit dans le *temps*. Quittant l'aspect temporel, nous devons désormais aborder l'application *spatiale* du droit. Application géographique qui permet au juriste un travail comparatif, de mise en perspective, en *relation*. Une citation de Jean Gaudemet à ce sujet nous paraît très évocatrice : « Ces vastes fresques obligeront le jeune juriste à sortir des bornes étroites de son pré carré. »<sup>1</sup>.

En conformité avec la démarche inductive, commençons par quelques exemples.

Une femme suisse, domiciliée à Lausanne, désire épouser un homme allemand, domicilié à Berlin : leur mariage sera-t-il soumis au droit suisse ou au droit allemand ?

Le mariage célébré, ce couple souhaite adopter un enfant péruvien. Cette adoption sera-t-elle régie par le droit suisse, le droit allemand ou le droit péruvien ?

Ou encore, quel droit régit les rapports juridiques des travailleurs détachés en haute mer sur un bateau à pavillon différent de leur pays ?

Les exemples sont innombrables et n'ont cessé de se multiplier eu égard à la globalisation du monde contemporain. Cependant, la globalisation des rapports juridiques n'entraîne pas automatiquement leur uniformisation ! La technique juridique est plus subtile ou nuancée et son application à raison de l'espace plus complexe. Prenons un exemple concret.

*Monsieur A., citoyen suisse, est domicilié au Maroc. Il décède en France, laissant comme héritières légales sa fille B. et sa petite-fille C., fille de son fils prédécédé. Avant le décès, Monsieur A. a constitué un trust (discrétionnaire et irrévocable) de droit bahamien<sup>2</sup>.*

---

<sup>1</sup> J. GAUDEMET, présentant l'ouvrage de J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruylant, Bruxelles, 1979, in : *Revue internationale de droit comparé* 32-2(1980), p. 472.

<sup>2</sup> Exemple tiré de la *RNFR 2011*, pp. 57 ss.

Dans ce cas, les rapports de droit impliqués – ici des rapports de droit privé selon la vision suisse – peuvent être soumis à plusieurs ordres juridiques différents. Dans la terminologie juridique, on considère que ces situations présentent un *élément d'extranéité*<sup>3</sup>. Par *élément d'extranéité*, on entend « le rapport d'une certaine importance objective avec deux ordres juridiques au moins »<sup>4</sup>.

Plus frappant encore, l'élément d'extranéité est *relatif*, c'est-à-dire qu'il se modifie avec le point de vue du juge saisi de la question<sup>5</sup>. Ainsi, pour un juge italien, la relation entre deux Italiens domiciliés en France est internationale par le domicile (français), qui constitue l'élément d'extranéité, alors que, pour le juge français, l'élément d'extranéité est la nationalité (italienne) des parties<sup>6</sup>.

Lors de la phase d'application du droit à une situation donnée, on doit toujours se poser cette question : Quel est l'enjeu ? *Pour-quoi* ? Que cherche-t-on à résoudre ? La question est très importante dans le contexte géographique de l'application du droit dans l'espace car la multiplicité des ordres juridiques

---

<sup>3</sup> A titre d'exemple consulter l'ATF 143 III 284 dont les faits (résumés) sont les suivants : A. (prénom de sexe féminin), de nationalités suisse et espagnole, domiciliée à Genève, est née B. (prénom de sexe masculin) en 1967 à Genève. Le 23 décembre 2009, le consul général d'Espagne à Genève a été saisi d'une requête de A. tendant à l'inscription de son changement de prénoms ainsi qu'à la modification de l'indication relative à son sexe dans les registres d'état civil espagnol. Par décret du 6 avril 2010, il a autorisé la rectification demandée ainsi que la modification de l'acte de naissance espagnol, afin que l'intéressée y figure comme étant A., de sexe féminin. Le 18 mai 2015, A. a demandé la transcription, dans les registres d'état civil suisse, de la décision de changement de sexe prononcée par le consul général d'Espagne le 6 avril 2010. Elle a produit plusieurs documents, en espagnol et en français, attestant les démarches effectuées auprès du consulat général espagnol, des extraits de lois espagnoles, ainsi que son extrait de naissance et sa carte d'identité espagnols mentionnant tous deux qu'elle était de sexe féminin. *In casu*, l'élément d'extranéité a été défini, par le Tribunal fédéral, comme étant « l'existence d'un acte étranger (le décret consulaire autorisant la rectification du registre de l'état civil espagnol et la modification de l'acte de naissance espagnol, afin que l'intéressée y figure notamment comme étant de sexe féminin) relatif à une donnée d'état civil concernant le statut personnel (sexe) enregistré en Suisse » (ATF 143 III 284 consid. 4.1).

<sup>4</sup> F. KNOEPFLER/PH. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2004, n° 19 p. 5.

<sup>5</sup> A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction L'exemple du droit international privé*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, Bruxelles, Paris, Zurich, 2003, pp. 425 s.

<sup>6</sup> Exemple repris de P. LALIVE, « Cours général de droit international privé » in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Sijthoff, Leyde, 1977, II, p. 20.

potentiellement applicables à une situation juridique internationale peut entraîner son *fractionnement*<sup>7</sup>. La mission première du droit dans l'espace est de l'éviter, ou autrement dit, de « préserver l'unité des relations de droit privé du danger de leur fractionnement »<sup>8</sup>.

Le fractionnement des relations juridiques étant endémique à la globalisation, comment éviter ce risque ? Les États – rappelons-nous que nous nous situons à l'échelon international<sup>9</sup> – disposent de deux instruments : (i) soit ceux-ci passent un accord entre eux (traité international)<sup>10</sup>, (ii) soit, en l'absence de traité, l'État dont les autorités judiciaires sont saisies de la question juridique appliquent une branche de son droit interne dénommée « droit international privé ».

Cette branche peut être définie comme le « droit des relations internationales affectées par la diversité des droits internes »<sup>11</sup>. Le recours à la loi interne se justifie uniquement s'il n'y a pas de traité international qui lie l'État en question. Autrement dit, les autorités de l'État concerné doivent procéder dans

---

<sup>7</sup> P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé : (cours général)*, Sijthoff et Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979, p. 38 : « Le morcellement juridique du monde entraîne, ou est propre à entraîner, le morcellement ou l'éclatement des rapports juridiques ».

<sup>8</sup> W. GOLDSCHMIDT, « Droit international privé latino-américain », in *J.D.I.* 1973, p. 87.

<sup>9</sup> Volume 1, Titre II, chapitre 5, section 1. Le droit *international* privé est la branche du droit qui s'occupe des relations *internationales* concernant des situations juridiques de droit privé. A noter, cependant, que la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels conclue à La Haye le 15 juin 1955 (RS 0.221.211.4) ne définit pas l'adjectif « international ». Au contraire, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, conclue à Vienne le 11 avril 1980 (RS 0.221.211.1), précise à son art. 1 qu'elle s'applique lorsque les parties ont « leur établissement dans des États différents ».

<sup>10</sup> Voir notamment pour la Suisse, la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL), conclue à Lugano le 30 octobre 2007 (RS 0.275.12); dans l'essor géographique de l'Union européenne, voir notamment le Règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. À souligner également les efforts de la Conférence de la Haye sur le droit international privé tendant à uniformiser les règles de droit international privé matière par matière. La Suisse participe à cet effort : Statut de la Conférence de La Haye de droit international privé conclu à La Haye le 31 octobre 1951 (RS 0.201).

<sup>11</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris 1973, n° 27 note 3 p. 19.

## Le droit dans l'espace ou « des conflits de lois »

un certain ordre : elles doivent d'abord vérifier s'il existe un traité international puis, si ce n'est pas le cas, appliquer leur droit international privé interne. Où on retrouve la hiérarchie des ordres juridiques, en particulier la primauté du droit international public sur les droits internes.

Historiquement parlant, les individus n'ont pas attendu l'apparition de l'avion de ligne pour commencer à voyager. Dès le XI<sup>ème</sup> siècle de notre ère, le commerce entre les cités du Nord de l'Italie et du Nord de l'Europe a conduit les marchands à quitter leur ville et par conséquent leur ordre juridique natal pour se rendre dans d'autres régions, se soumettant par là en partie à d'autres ordres juridiques. *Quid* s'ils y décédaient, s'y mariaient, y volaient, contractaient des emprunts, commerçaient ? Comment traiter ces personnes étrangères de passage ou même s'établissant ?

De même, les conquêtes militaires conduisaient à la rencontre forcée de deux ou plusieurs systèmes juridiques aptes à régir une situation : en terre conquise, appliquera-t-on la loi du conquérant ou continuera-t-on d'appliquer la loi préexistante au sein de la population conquise ? *Quid* des situations mixtes ? Des *conflits de lois* peuvent alors surgir. Si les questions de droit dans l'espace ne sont donc pas nouvelles, on assiste néanmoins, compte tenu des évolutions technologiques et de l'importance grandissante des échanges commerciaux via internet, à une singulière complexification du paysage juridique en la matière.

S'ils se sont complexifiés, les problèmes ne sont cependant pas radicalement nouveaux du point de vue de la méthodologie juridique. Ainsi, l'histoire du droit témoigne de façon détaillée de l'existence de deux principes généraux pour résoudre les conflits de lois : le principe de la territorialité des lois et le principe de la personnalité des lois. Ces principes gouvernent aujourd'hui encore les choix en la matière.

## Chapitre 2. Les principes de la territorialité des lois et de la personnalité des lois

En vertu du principe de la *territorialité* des lois, l'État concerné (ou la collectivité publique en question) considérera que toute personne se trouvant sur son territoire ou tout événement juridique s'y déroulant sera soumis au droit édicté par cet État. En vertu de ce même principe, corrélativement, le droit concerné s'applique à l'exclusion de tout autre sur le territoire en question et ne s'applique que sur ce territoire<sup>12</sup>.

En vertu du principe de la *personnalité* des lois, chaque sujet de droit est en réalité le sujet *d'un* droit. Il est rattaché à la collectivité qui lui octroie cette qualité de sujet de droit. La collectivité devra déterminer en fonction de quel critère, de quelle *circonstance de rattachement*, la qualité de sujet de droit est concédée : est-ce la nationalité, le domicile, la religion<sup>13</sup>, l'ethnie<sup>14</sup>, la classe

---

<sup>12</sup> ATF 141 IV 108 consid. 5.3 ; ATF 143 IV 21 consid. 3.2.

<sup>13</sup> Partie II, Titre I, §11 de l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR, 1794), d'après lequel « *In wie fern aber katholische Glaubensgenossen, in den durch die Landesgesetze erlaubten Fällen, die Dispensation der geistlichen Obern, nach den Grundsätzen ihrer Religion nachzusuchen haben, bleibt dem Gewissen derselben überlassen* ».

<sup>14</sup> Voir notamment les lois de ségrégation raciale américaines : Le 17 mai 1954 la Cour suprême des États-Unis déclare inconstitutionnelle la ségrégation raciale dans les écoles publiques. (Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al., arrêt n° 347 U.S. 483). En 1955, Rosa Parks refuse de céder sa place à un passager blanc dans l'autobus. Elle est arrêtée par la police et ensuite se voit infliger une amende qu'elle conteste. La Cour suprême, le 13 novembre 1956, casse les lois ségrégationnistes dans les bus, les déclarant anticonstitutionnelles (Gayle v. Browder, arrêt n° 352 U.S. 903 ; pour une approche différente de la question de Rosa Parks, voir : MALCOLM X/A. HALEY, *The Autobiography of Malcolm X*, Ballantine, New York, 1999, p. 274 ; M. MARABLE, *Malcolm X. A Life of Reinvention*, Penguin, New York, 2011, p. 136). Du côté des administrations publiques, la ségrégation est abolie par le *Civil Rights Act* de 1964. Les mariages « mixtes » sont complètement légalisés dans tout le pays depuis la décision *Loving v. Virginia* de la Cour suprême qui, le 12 juin 1967, juge les lois contre le métissage inconstitutionnelles (arrêt n° 388 U.S. 1). A titre d'exemple, Clennon King, premier étudiant afro-américain à tenter de s'inscrire à l'université en 1958, se voit emprisonné de ce seul fait. Déclaré psychologiquement malade, il est interné pendant plus de deux semaines dans un hôpital psychiatrique (D. G. SANSING. *The University of Mississippi: A Sesquicentennial History*, University Press of Mississippi, Jackson, 1999, pp. 276–278).

sociale<sup>15</sup> ? Quand ce sujet de droit voyage, le système juridique qui le gouverne le suit, son statut juridique se déplace avec lui.

Par exemple, dans l'État A. vaut le principe de la territorialité, tandis que dans l'État B. celui de la personnalité. Par hypothèse, les deux États octroient la majorité civile – et par conséquent la capacité civile active en présumant le discernement – à 18 ans. Johnny, capable de discernement, est citoyen de l'État C., qui fixe l'âge de la majorité, et la capacité civile active, à 16 ans. Johnny se rend, à l'âge de 17 ans, dans les deux pays susmentionnés lors d'un voyage. Dans l'État A., confronté au principe de la territorialité, seul vaut le droit de cet État (A.). La majorité étant fixée à 18 ans, Johnny est mineur, car il n'a que 17 ans. Dans l'État B. qui, en revanche, applique la personnalité des lois, Johnny sera considéré majeur. Se côtoient alors des régimes juridiques différents à raison des personnes en cause : Johnny est majeur dans l'État B., alors que les ressortissants de B. du même âge que Johnny sont considérés comme mineurs.

Les États, à tout le moins en Occident, ne se rattachent pas exclusivement à l'un ou à l'autre des principes. En bonne logique, toutefois, le droit public<sup>16</sup> se conçoit en première ligne selon la territorialité des lois<sup>17</sup> (les concepts

---

<sup>15</sup> Le Code d'Hammurabi (environ 1750 avant J.-C.) nous montre une société divisée non seulement en deux genres (hommes-femmes) mais aussi en trois classes (nobles, hommes communs, esclaves). Ces divisions fondaient droits, devoirs et sanctions différentes : voir notamment les §§ 141-143 (répudiation), 196-199 (culpabilité et peines) ainsi que 209-214 (culpabilité et peines, notamment § 209 : Si quelqu'un a frappé la fille d'un noble et lui a fait expulser son fœtus, il payera 10 sicles d'argent pour le fœtus. § 211 : S'il a fait expulser son fœtus à la fille d'un homme commun (du peuple) en la frappant, il payera 5 sicles. § 213 : S'il a frappé l'esclave femme de quelqu'un et lui a fait expulser son fœtus, il payera 2 sicles. Sur le Code d'Hammurabi voir : A. FINET, *Le Code d'Hammurabi*, Éditions du Cerf, Paris, 1979). Frédéric-Guillaume II, qui a promulgué l'ALR cité, a maintenu au sein de son royaume les anciens privilèges de la noblesse (voir notamment : ARL, Partie II, Titre IX), ne consacrant pas le principe d'égalité : A. WYSSBROD, *De la coutume au code. Résistances à la codification du droit civil à Neuchâtel sous l'Ancien Régime* (ouvrage adapté de la thèse de doctorat soutenue le 12 septembre 2018 à l'Université de Neuchâtel), *open access* 2019, p. 263 (accessible à l'adresse : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02066995/document>, dernier accès le 21 octobre 2020).

<sup>16</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 5, Section 2.

<sup>17</sup> La jurisprudence suisse utilisait une formule stéréotypée pour nier l'application du droit public étranger en Suisse : « *Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der in dem zitierten Entscheid (BGE 74 II 229) – immerhin unter gleichzeitigem Hinweis auf Ausnahmefälle – ausgesprochene Satz, dass öffentliches Recht eines andern Staates in der Schweiz*

modernes de souveraineté<sup>18</sup> et d'ordre public<sup>19</sup> y étant intimement liés). Les États peuvent, évidemment, y déroger par traité<sup>20</sup>. En revanche, le droit privé mélange plus aisément les deux principes, tant dans les traités que dans les lois de droit international privé. Ainsi, l'art. 34 al. 1 LDIP est conçu selon le principe de la territorialité des lois<sup>21</sup>, tandis que l'art. 35 LDIP est gouverné par le principe de la personnalité des lois<sup>22</sup>.

---

*grundsätzlich [sic!] nicht anwend- und vollziehbar sei, nicht doch zu absolut und allgemein formuliert ist* » (ATF 79 II 87 consid. 2).

<sup>18</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 5, Section 2.

<sup>19</sup> Voir *infra* Chapitre 4, Section 2, Sous-section 2.

<sup>20</sup> Voir par exemple art. 5 §3 de la Convention entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française concernant la modernisation et l'exploitation de la ligne ferroviaire d'Annemasse à Genève, conclue le 19 mars 2014 et entrée en vigueur par échange de notes le 1er juin 2017 (RS 0.742.140.334.931 ; voir aussi le Message du Conseil fédéral y relatif du 19 septembre 2014 : FF 2014 pp. 7959 ss).

<sup>21</sup> Art. 34 al. 1 LDIP : La jouissance des droits civils est régie par le droit suisse. Concernant la « jouissance des droits civils », voir l'art. 11 CC. Ainsi, si un pays reconnaissait la jouissance des droits civils aux chiens et qu'un ressortissant de ce pays vienne en Suisse avec son animal, celui-ci perdrait la jouissance de ses droits civils.

<sup>22</sup> Art. 35 LDIP : l'exercice des droits civils est régi par le droit du domicile. Un changement de domicile n'affecte pas l'exercice des droits civils une fois que ceux-ci ont été acquis.



## Chapitre 3. Abrégé historique du droit dans l'espace

Le droit dans l'espace, dans son évolution historique, est lié, en ce qui concerne la Grèce et la Rome antiques, à la notion d'*étranger*. L'étranger dénote le caractère exogène de la personne concernée par rapport à une communauté donnée<sup>23</sup>. Autrement dit, l'étranger est désigné par un déficit d'appartenance<sup>24</sup>. Nous retrouvons la notion de communauté qui apparaît ici<sup>25</sup> par ses bords, ses *limites*, la fameuse *limes* (limite), qui ouvre et ferme tout à la fois, inclut et exclut<sup>26</sup>.

Plus généralement, le rapport à l'altérité caractérise tout le droit dans l'espace : l'« autre », ce n'est pas seulement une personne étrangère, mais ce peut être aussi un acte (juridique) accompli à l'intérieur d'une communauté autre que celle d'origine des personnes participant audit acte.

### Section 1. L'étranger de « bonne prise »

Dans la Haute Antiquité, à une époque où la notion moderne d'individu n'avait sociologiquement pas cours<sup>27</sup>, l'existence juridique d'une personne<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> S. BESSAC-VAURE, « Désigner l'étranger. Éléments introductifs » in : *Siècles 44/2018 (L'étranger, de l'Antiquité à nos jours)*, n° 3 (accessible à l'adresse : <http://journals.openedition.org/siecles/3266>, dernier accès le 21 octobre 2020).

<sup>24</sup> S. CERUTTI, *Étrangers. Étude d'une condition d'incertitude dans une société d'Ancien Régime*, Montrouge, Bayard, 2012, p. 7.

<sup>25</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1.

<sup>26</sup> M.-C. CHARPENTIER, « Les frontières du sauvage dans l'Antiquité » in : *Cahiers des études anciennes 52 (2015)*, n° 2. Voir également sur ce sujet, notamment : F. HARTOG, *Mémoire d'Ulysse. Récits sur la frontière en Grèce ancienne*, Gallimard, Paris, 1996. A noter que le mot latin « *limes* » est polysémique : il signifie « sentier, chemin » ; mais également « rempart » ; et, enfin, « limite », « frontière » (Le Gaffiot, *ad* « *limes* » [<https://www.prima-elementa.fr/Gaffiot/Gaffiot-0909.html>], dernier accès le 31 octobre 2020). Le *limes* ainsi ouvre, permet de marcher vers des terres nouvelles (« chemin, sentier »), mais également il protège contre autrui (« rempart »).

<sup>27</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1.

<sup>28</sup> A noter que le mot français « personne » vient du latin *persona*, utilisé pour désigner le masque de bois que les acteurs grecs utilisaient sur scène : Le Gaffiot, *ad* « *persona* » (<https://www.prima-elementa.fr/Gaffiot/Gaffiot-1160.html>, dernier accès le 21 octobre 2020). Sur la « personnalité » dans l'Antiquité, voir notamment S. TZITZIS, « Personne et personnalisme juridique » in : X. Bioy (éditeur), *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2018, p. 18.

dépendait de l'appartenance à une communauté<sup>29</sup>. Dans une telle conception, la *Weltanschauung* politique et donc juridique, s'ancre dans la notion de *citoyen*<sup>30</sup>, notion que l'on opposera à celle d'*individu*, personne dépourvue de communauté<sup>31</sup>, à tout le moins pour laquelle la figure de la *Gemeinschaft*<sup>32</sup> n'est pas fondamentale, pas constitutive de son être-au-monde.

Celui qui quittait sa communauté ou en était banni s'exposait, s'il en gagnait une autre sans protecteur<sup>33</sup>, à être considéré comme dépourvu de toute existence juridique<sup>34</sup>. N'étant pas un sujet de droit complet, tout ressortissant d'une autre communauté (race, clan, tribu), d'accueil comme toute autre, pouvait le dévaliser, le réduire en esclavage, l'occire. Il devenait pour les autres, de « bonne prise ».

Dans cette conception sociétale, les tribunaux n'appliquent jamais que leur droit ; tout autre ordre juridique est considéré comme inexistant, à tout le moins sans pertinence<sup>35</sup>.

Dans ce contexte, la sanction de bannissement<sup>36</sup> prend son plein relief ; sanction grave, horrible, analogue à une peine de mort. Emblématique est à cet égard la leçon de Socrate : il vaut mieux mourir athénien que vivre banni, hors de sa communauté c'est-à-dire sans plus d'identité sauf celle de vivant (*zoon*), vie de chien. Ainsi le philosophe refuse-t-il la proposition de ses

---

<sup>29</sup> M-F. BASLEZ, *L'étranger dans la Grèce antique*, Les Belles Lettres, Paris, 1984, p. 17.

<sup>30</sup> BASLEZ, *op. cit.*, p. 20.

<sup>31</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1.

<sup>32</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 2.

<sup>33</sup> Ce protecteur était le *proxène*, à savoir le citoyen qui accueillait et protégeait dans sa cité l'étranger : BASLEZ, *op. cit.*, pp. 39 et 111 ss., P. MAYER/V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris, 2001, n° 8 p. 6.

<sup>34</sup> BASLEZ, *op. cit.*, pp. 34 et 49 ss ; MAYER/HEUZE, *eo. loc.* Dénommé également « *Vogelfrei* » en allemand : J. KOSTKIEWICZ KREN, *Schweizerisches Internationales Privatrecht*, 2<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2018, n° 166 p. 40.

<sup>35</sup> M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 8<sup>ème</sup> édition, Éditions Dalloz, Paris, 2003, pp. 45 et 65.

<sup>36</sup> Fait par le biais d'un vote inscrit sur un tesson de céramique désigné par le terme *ostrakon* [d'où le mot français « ostracisme »], signifiant coquille d'huître. Selon ARISTOTE, « Constitution des Athéniens », in P. PELLEGRIN (directeur), *Œuvres complètes*, Éditions Flammarion, Paris, 2014, chapitre 22, §§3 ss., le premier bannissement (ostracisme) aurait eu lieu « deux ans » après la « bataille de Marathon ». Celle-ci s'étend déroulée en l'an 490 avant J.-C., le bannissement a eu ainsi lieu en 488 avant J.-C. La loi sur l'ostracisme avait été introduite, selon ARISTOTE, « par méfiance envers les gens trop puissantes » ; BASLEZ, *op. cit.*, pp. 65 s.

disciples de fuir vers la Thessalie pour y vivre une belle fin de vie et préfère boire la cigüe dans sa prison athénienne<sup>37</sup>.

Le développement des échanges commerciaux et la nécessité d'alliances militaires notamment ont rendu guère tenable cette situation. Les pratiques diplomatiques contrevenaient au reste régulièrement à l'institution de l'étranger de bonne prise<sup>38</sup>. Des solutions parallèles n'ont donc pas tardé à émerger.

## Section 2. La Grèce antique et les conflits de lois

La Grèce antique a abordé les conflits de lois par deux instruments : les traités entre familles d'abord, et les traités entre villes ensuite.

La première protection accordée à l'étranger se négocie entre familles de différentes cités, sous la forme de traités d'amitiés, par lesquels sont assurés protection et gîte<sup>39</sup>. Ces traités ne confèrent toutefois aucun droit à l'étranger qu'il puisse faire valoir dans la communauté d'accueil : il n'y a pas de continuité de son statut juridique d'un ordre juridique à l'autre. On trouve néanmoins le système dit de la clientèle ou de l'*hospitalité* en vertu duquel tel étranger était placé sous la protection de tel ou tel citoyen.

La notion d'*hospitalité* implique ainsi un passage : le franchissement d'une frontière. L'étranger passe d'une famille à une autre<sup>40</sup>. Un code de l'*hospitalité* était enseigné par l'Odyssée d'Homère que les aèdes récitaient de ville en ville<sup>41</sup>. On comprend alors que l'*hôte* et l'*ennemi* ressortissent du même champ conceptuel, attesté par leur étymologie commune : les deux concepts

---

<sup>37</sup> PLATON, *Apologie de Socrate, Criton et Phédon*, les trois in : L. BRISSON (directeur), *Œuvres complètes*, Éditions Flammarion, Paris, 2011.

<sup>38</sup> Voir notamment le traité de la Perle, traité de paix signé par le pharaon égyptien RAMSÈS II avec le roi des Hittites en 1296 avant J.-C. Ce traité portait notamment sur l'extradition des réfugiés politiques, prévoyait un accord de non-agression réciproque. Il reposait sur le respect et les croyances des différents dieux de chacune des parties signataires.

<sup>39</sup> J. GAUDEMET., *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, Paris, 1967, p. 141 ; BASLEZ, *op. cit.*, pp. 41 et 111.

<sup>40</sup> BASLEZ, *op. cit.*, p. 43.

<sup>41</sup> GAUDEMET, *op. cit.*, p. 142 ; BASLEZ, *op. cit.*, pp. 31 s.

sont désignés par le même mot en grec et ont également la même racine en latin : le radical *host-* donne *hospes*, l'hôte, et *hostis*, ennemi<sup>42</sup>.

Des traités entre cités grecques se substituèrent peu à peu à ces ententes entre familles, traités d'*isopolitie*<sup>43</sup>. Par un accord entre cités, l'existence juridique d'un ressortissant d'une cité étrangère – partie au traité – était reconnue dans la cité d'accueil – également partie au traité – selon le droit de cette dernière, donc suivant le principe de territorialité des lois<sup>44</sup>.

Cela ne signifiait pas nécessairement que l'étranger était mis au bénéfice du même régime légal que les citoyens autochtones. Ce ne sera d'ailleurs pas le cas et sur une très large échelle dans la République romaine, avec le droit pérégrin précisément applicable entre romains et étrangers.

### Section 3. L'étranger à Rome

Après les traités d'amitiés signés en son sein entre familles patriciennes, Rome noue, tout comme les cités grecques avant elle, des alliances avec d'autres villes, acceptant ainsi d'assurer aux étrangers<sup>45</sup> les droits reconnus aux citoyens romains eux-mêmes<sup>46</sup>. Vaut ici une logique de *territorialité* : un tribunal romain n'applique que son propre droit.

---

<sup>42</sup> Voir à ce sujet : E. BENVENISTE, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Éditions de Minuit, Paris 1969, pp. 87 à 101, 355 à 361.

<sup>43</sup> De *isos* (égal ; semblable) + *polis* (cité) ; GAUDEMET, *op. cit.*, p. 175.

<sup>44</sup> MAYER/HEUZE, *op. cit.*, n° 8 p. 6, qui souligne néanmoins l'existence d'une exception en droit pénal, qui permet à la victime de poursuivre le coupable devant le tribunal de la cité de ce dernier. Cette possibilité était due à la volonté d'éviter que le coupable puisse se soustraire à une sanction dans sa propre ville.

<sup>45</sup> *Hostis* signifie encore « étranger » dans la loi des XII Tables (=FIRA I, pp. 23 ss.), V<sup>ème</sup> siècle avant J.-C. (FIRA I, p. 23) et mieux la *Tabula IX*, 5, reprise par MARCIANUS, D. 48, 4, 3 [*Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri. [...]*] ; « La loi des Douze Tables ordonne que celui qui aura provoqué un ennemi ou qui aura livré un citoyen à l'ennemi soit puni de la peine capitale. [...] »], tandis qu'à l'époque de FESTUS (II<sup>ème</sup> siècle après J.-C.), *hostis* a endossé, à la fois, le sens d'« étranger » et d'« hôte ». Ainsi « *Hostis* est [...] celui qui obtient à Rome la contrepartie des avantages qu'il a dans son pays et en doit à son tour l'équivalent à celui qu'il paie de réciprocité » (E. BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, vol. I, Gallimard, Paris, 1966, p. 321).

<sup>46</sup> Un exemple de reconnaissance réciproque des droits entre ressortissants de cités « amies » se trouve le second traité d'amitiés entre Rome et Carthage. En vertu de cet accord, les citoyens romains sont traités comme les Carthaginois à Carthage et dans la partie carthaginoise de la Sicile, tandis que les citoyens carthaginois sont traités comme

En étendant son territoire, la République romaine a de fait été confrontée à toujours plus de populations étrangères. Les Romains ont alors élaboré une hiérarchie des statuts juridiques personnels des sujets, distinguant (synthétiquement, pour le présent propos) les citoyens romains (Quirites) des autres peuples (Pérégrins<sup>47</sup>). Convaincus de la supériorité de leur civilisation, les Romains se gardaient bien d'appliquer aux Pérégrins la « loi » romaine<sup>48</sup>. Ce morcellement juridique et social conduit alors à un fractionnement concomitant des magistratures<sup>49</sup>. Au préteur (urbain)<sup>50</sup> – qui jugeait les litiges entre Quirites –, les Romains adjoignent un autre préteur, en charge de régler spécifiquement les situations « mixtes » : le préteur pérégrin<sup>51</sup>. La création du

---

les Romains à Rome : POLYBE, *Histoires*, livre III, n<sup>os</sup> 22 ss. Sur le rôle de ces traités à Rome, voir notamment : P. SÁNCHEZ/A.-M. SANZ, « Le rôle des foedera dans la construction de l'Italie romaine » in M. Aberson/M. C. Biella/M. Di Fazio/P. Sánchez/M. Wullschleger (éditeurs), *L'Italia centrale e la creazione di una koiné culturale ? I percorsi della "romanizzazione"*, Peter Lang, Berne, 2016, pp. 17 ss. ; sur l'« étranger » à Rome, voir entre autres M. MIQUEL, « L'étranger à Rome dans les sources littéraires du I<sup>er</sup> siècle avant J.-C. : au miroir de la conquête » in *Siècles 44/2018* (accessible à l'adresse : <http://journals.openedition.org/siecles/3269>, dernier accès le 21 octobre 2020).

<sup>47</sup> La notion d'« étranger » à Rome est exprimée par différents mots, parmi lesquels figure *peregrinus*, E. NDIAYE, « L'étranger "barbare" à Rome : essai d'analyse sémique » in *L'antiquité classique*, 74 (2005), pp. 119 s. (<https://doi.org/10.3406/antiqu.2005.2567>, dernière consultation le 21 octobre 2020).

<sup>48</sup> Ici nous avons utilisé, certes entre guillemets, l'indication de « loi » pour simplifier pédagogiquement le sujet de l'application du droit dans l'espace. Le droit romain, en effet, n'a que très peu de lois écrites, car il est de nature casuistique et pragmatique.

<sup>49</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>ème</sup> édition, Paris 1929 rééditée par J.-P. Lévy, Dalloz, Paris 2003, p. 33.

<sup>50</sup> Créé en 366 avant J.-C., GIRARD, *eo. loc.*

<sup>51</sup> La création du préteur pérégrin a lieu en 242 avant J.C. : voir notamment : GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 347 et 400 ; M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, Verlag C. H. Beck, Munich, 1996, p. 172 ; GIRARD, *eo. loc.* A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident* (traduit par G. et J. Bouffartigue), Editions Belin, Paris, 2008, p. 150. D'après les lois de la République – *Lex Acilia repetundarum*, n<sup>os</sup> 12 et 89 (FIRA I, pp. 84 ss) ; *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, XX, n<sup>os</sup> 24-25 (FIRA I, pp. 169) ; *Edictum Augusti de aquaeductu Venafrano* (FIRA I, pp. 400 ss) – ce magistrat (préteur) était celui « *qui ius dicit inter peregrinos* ». Sur le préteur pérégrin, voir aussi : POMPONIUS, D. 1, 2, 2, 28 : « *Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat.* » [« L'affluence des étrangers dans la ville rendit, au bout d'un certain temps, ce préteur insuffisant. On en nomma un autre, appelé préteur des étrangers, parce qu'il rendait ordinairement la justice entre les étrangers. »] ainsi que la lecture critique faite par J. S. RICHARDSON, « Les *peregrini* et l'idée d'« empire » sous la République romaine » in :

préteur pérégrin montre que la République romaine mettait son *ius* au service de la nouvelle économie, fondée sur la croissance de Rome dans tout le bassin méditerranéen<sup>52</sup>. De cette façon, le droit était commensurable aux pratiques sociales.

Les Romains, très pragmatiques, distinguèrent ainsi plusieurs régimes juridiques :

(a) à Rome (dans la ville) :

(i) les litiges entre Romains étaient décidés d'après le droit romain ; le juge appelé à trancher ces litiges était le préteur urbain ;

(ii) dans un litige opposant un Romain et un pérégrin, le préteur pérégrin élaborait la solution au cas par cas, finissant par constituer de la sorte un corpus de solutions-types<sup>53</sup> ;

(iii) dans un litige opposant deux pérégrins : si ceux-ci provenaient de la même ville, le droit de cette ville leur était applicable ; si les pérégrins provenaient de cités différentes, le préteur pérégrin élaborait la solution *in casu*<sup>54</sup>.

L'ensemble des solutions élaborées par le préteur pérégrin se cristallisent environ un siècle plus tard pour former l'édit du préteur pérégrin<sup>55</sup>. D'un point de vue méthodologique, il pourrait être considéré comme l'un des ancêtres du droit international privé<sup>56</sup>. En effet, on le voit, les litiges n'étaient pas toujours résolus à l'aide du même droit.

---

*Revue historique du droit français et étranger* 68 (1990), pp. 147-155. Rome a connu diverses réformes au sujet des préteurs (fonctions et nombre), le plus célèbres sont celles de Sylla et de César, voir notamment à ce sujet : F. FAURE, *Essai historique sur le préteur romain*, Paris 1878.

<sup>52</sup> SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 151.

<sup>53</sup> MAYER, *op. cit.*, n° 9 p. 7. Cette compétence est cependant discutée en doctrine, voir les positions exprimées par GAUDEMET, *op. cit.*, p. 400 note 5 ; KASER/HACKL, *op. cit.*, p. 172 note 5 et p. 173 note 6.

<sup>54</sup> MAYER, *op. cit.*, n° 9 p. 7. Pour plus de précisions : C. DE BOECK, *Le préteur pérégrin*, thèse de doctorat, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel Editeurs, Paris, 1882., pp. 128 ss.

<sup>55</sup> Nous savons, grâce à ULPIANUS (D. 4, 3, 9, 4a) que LABÉON – juriste romain du I<sup>er</sup> siècle après J.-C. – a écrit un commentaire de l'édit du préteur pérégrin. Voir aussi O. LENEL, *Palingenesia iuris civili*, vol. I, Graz, 1960, p. 502. Sous Hadrien (117-138 après J.-C.), l'édit du préteur urbain devint une codification officielle et précise ; par contre, nous n'avons pas de preuves que l'édit du préteur pérégrin ait subi une codification analogue ou ait été fusionné avec le premier, d'autant plus que GAÏUS nous rappelle que les deux édits étaient en vigueur. GIRARD, *op. cit.*, pp. 57-59.

<sup>56</sup> DE BOECK, *op. cit.*, p. 1.

b) En province, la juridiction romaine était administrée par des préteurs, qui se sont ajoutés aux deux préteurs de l'ordre judiciaire (urbain et pérégrin) ; cette juridiction passe ensuite dans les mains des proconsuls et propréteurs<sup>57</sup>, hormis pour les provinces annexées sous l'Empire<sup>58</sup>. Les litiges mixtes s'y jugeaient selon l'édit du gouverneur, prononcé dès son entrée en charge, lequel intégrait des solutions locales préexistantes<sup>59</sup>.

Une autre remarquable innovation juridique puise sa source à l'époque romaine : le *ius gentium*, sorte de droit universel, applicable sans distinction aucune aux citoyens et aux étrangers<sup>60</sup>. Via l'action du préteur – pérégrin, vraisemblablement –, certaines solutions apportées à des problèmes juridiques tendent à être considérées comme dictées par la raison et, partant, communes à tous les peuples, romain ou non<sup>61</sup>. Le *ius gentium* visait les actes juridiques qui étaient indispensables aux opérations commerciales de base (vente, location, mandat, société) : Rome a conçu ces actes comme communs aux Romains et aux pérégrins<sup>62</sup>. Le *ius gentium* élimine, dans les matières qu'il

<sup>57</sup> KASER/HACKL, *op. cit.*, p. 180 ; HUMBERT, *op. cit.*, p. 278.

<sup>58</sup> L'on distinguait entre les provinces *populi Romani* qui avaient été annexées avant Auguste et celles, plus récentes (*provinciae Caesaris*). Dans les premières, la juridiction était exercée par des proconsuls, dans les secondes par des légats d'Auguste (*legati Augusti pro praetore*). KASER/HACKL, *op. cit.*, p. 181.

<sup>59</sup> HUMBERT, *op. cit.*, p. 279. Au début il était très lacunaire : CICÉRON, *Ad Atticum*, 6, 1, 15 ; il devient de plus en plus complet, en prenant l'édit du préteur comme modèle, KASER/HACKL, *op. cit.*, p. 182.

<sup>60</sup> P. STEIN, *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, p. 15. Emblématique la formulation des *Institutes* de GAIUS (I, 1), que nous retrouvons également au D. 1, 1, 9 : « *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur* » [« Tous les peuples, qui sont régis par les lois et les coutumes, suivent en partie un droit qui leur est propre et en partie un droit qui est commun à tous les hommes. En effet, le droit que chaque peuple s'est donné à lui-même, le droit de sa propre communauté s'appelle droit civil, c'est-à-dire le droit propre à la cité, tandis que le droit que la raison naturelle établit entre tous les hommes est observé de la même manière par tous les peuples et s'appelle droit universel, droit dont toutes les nations font usage »].

<sup>61</sup> G. HANARD, *Droit romain, tome I : Notions de base. Concept de droit, Sujet de droit*, Presses de l'Université de Saint-Louis, Bruxelles, 1997, p. 46 ; STEIN, *eo. loc.*

<sup>62</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2<sup>ème</sup> édition, Verlag C.H. Beck, Munich 1971, p. 203 ; HUMBERT, *op. cit.*, p. 19.

Le droit dans l'espace ou « des conflits de lois »

traite, le problème de l'application du droit dans l'espace. Il s'agit en un sens d'une première tentative d'uniformisation du droit « mondial »<sup>63</sup>.

En 212, l'empereur Caracalla étend la citoyenneté romaine à tout homme libre habitant dans l'Empire<sup>64</sup>. Ainsi nombre de problèmes d'application du droit dans l'espace disparaissent.

## **Section 4. De la fin de l'Empire romain aux alentours du IX<sup>ème</sup> siècle**

Du fait de l'invasion de l'Europe occidentale, dès le V<sup>ème</sup> siècle, par diverses peuplades barbares, des populations appartenant à des régimes juridiques différents sont amenées à se côtoyer. Les nombreux conflits de lois potentiels sont alors évités en adoptant le principe de la *personnalité des lois*<sup>65</sup>. Le statut juridique d'une personne varie selon son appartenance à telle ou telle collectivité publique, peuple, ethnie, cité, voire région. Chacun est soumis, en fonction de la collectivité à laquelle il appartient, au droit romain, à un droit franc (ripuaire ou salique), burgonde, wisigoth ou lombard ; sans compter d'importantes variations entre coutumes locales<sup>66</sup>.

La solution de la personnalité des lois n'est pas une concession des vainqueurs – les barbares, peuples germains ayant renversé l'Empire romain d'Occident en 476 après J.-C. – généreusement octroyée aux vaincus de garder l'application de leur droit. Il s'agit bien plutôt de l'imposition à tous de la tradition juridique germanique<sup>67</sup>, à savoir une conception subjective de la loi : la loi est attachée au sujet, à la personne. D'où, la *personnalité* des lois.

Au contact de la longue et fascinante tradition écrite du droit romain, ces peuples gouvernés par des coutumes diverses<sup>68</sup> choisissent souvent de les

---

<sup>63</sup> STEIN, *op. cit.*, p. 15.

<sup>64</sup> Il s'agit de la célèbre *Constitutio Antoniniana de civitate*, dont le texte peut être consulté dans les FIRA, I, pp. 445 ss.. Une trace nous est léguée par ULPIANUS, D. 1, 5, 17 : « *In orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt.* » [« L'empereur Antonin a accordé le droit de cité à tous ceux qui vivent dans les territoires de l'Empire. »]. N'étaient pas visés certaines catégories de pérégrins, sur lesquels voir GAIUS, *Institutiones*, I, 14-17.

<sup>65</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Società editrice il Mulino, Bologne, 2007, p. 38.

<sup>66</sup> PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 37.

<sup>67</sup> PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 38.

<sup>68</sup> PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, pp. 37 s.

mettre par écrit tout en maintenant leur caractère propre. Suivant le principe de la personnalité des lois, s'appliquent ainsi tantôt des lois écrites d'origine germanique pour les Germains<sup>69</sup> ou des lois romaines compilées par les occupants pour les sujets romains du territoire<sup>70</sup>. De surcroît, la loi personnelle se déclinait au gré des situations d'espèce. A titre d'exemple, l'enfant légitime était soumis à la loi du père, l'enfant naturel (non légitime) à celle de sa mère<sup>71</sup>.

Le respect de l'idiosyncrasie culturelle est ainsi garanti de la meilleure manière, au détriment peut-être des déplacements et du commerce ainsi que des mélanges entre communautés. Mais ces comportements étaient rares durant la première moitié du Moyen-Âge<sup>72</sup>. Comme toujours, le droit suit les pratiques sociales ; il leur est peu ou prou commensurable.

Se pose inévitablement la question de savoir quel droit va l'emporter en cas de conflits de lois. En principe, on suivait la loi du *défendeur*, avec nombre d'exceptions, notamment en matière contractuelle où la loi du débiteur était aussi considérée applicable<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Voir notamment la loi wisigothique, rédigée sous le roi Euric (466-484) et la loi burgonde (*Lex Burgundionum*), appelée aussi « Loi Gombette » du nom de son auteur, le roi Gondebaud (474-516) : voir notamment à ce sujet J.-F.-A. PEYRÉ, *Lois des Bourguignons, vulgairement loi Gombette*, Lib. Brun, Lyon, 1855. Ou encore en Gaule, la loi salique et la loi ripuaire : J. F. A. PEYRÉ, *Lois des Francs, contenant la loi salique et la loi ripuaire*, Chez Didot, Paris, 1828 ; PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 40 s. ; J.-Ph. DUNAND (avec la collaboration d'Adrien Wyssbrod), *Histoire du droit privé. 51 textes fondamentaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel, 2018, pp. 45 ss.

<sup>70</sup> Dans le royaume wisigoth, il existait la *loi romaine des Wisigoths* (« *Lex Romana Visigothorum* », appelé également « Bréviaire d'Alaric » : *Lex Romana Visigothorum*, ed. G. Haenel, réimpression Aalen 1962), constituée en 506 après J.-C. par le roi wisigothique Alaric II, voir sur le sujet J. GAUDEMET, *Le Bréviaire d'Alaric et les Epitome*, Giuffrè, Milan, 1965. Chez les Burgondes, les sujets romains étaient soumis à la « loi romaine des Burgondes » (« *Lex romana Burgundionum* » : FIRA II, pp. 711 ss.).

<sup>71</sup> A. CASTALDO, *Introduction historique au droit*, 2<sup>ème</sup> édition, Editions Dalloz, Paris 2003, n° 389 p. 133.

<sup>72</sup> PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, pp. 37, 61 ss ; J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, 3<sup>ème</sup> édition, Presses universitaires de France, Paris, 2009, p. 103.

<sup>73</sup> A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 390 p. 134.

## **Section 5. Autour du IX<sup>ème</sup> siècle et jusque vers le XII<sup>ème</sup> : la montée en puissance de la territorialité des lois**

Trois siècles durant, on a suivi en Europe le principe de la personnalité des lois. Les sociétés d'alors étant profondément sédentaires, les mariages mixtes et les relations socio-commerciales au sein des populations vivant au même endroit ont entraîné l'uniformisation graduelle du droit en vigueur. Il devenait par conséquent de plus en plus difficile de connaître ses origines ; les registres publics où trouver ces informations n'existaient pas. Dès lors, considérant le droit valable pour un lieu donné, c'est tout naturellement que le principe de la territorialité des lois va peu à peu s'imposer.

Ce principe est soutenu par l'organisation politico-sociale d'alors gravitant autour d'un château, d'une abbaye ou d'un bourg. Le morcellement social conduit au morcellement du pouvoir politique<sup>74</sup> qui à son tour mena à un morcellement juridique de coutumes territoriales<sup>75</sup>. Chaque entité géographique avait son propre droit. Nous retrouvons à nouveau un droit commensurable aux pratiques sociales.

Ainsi alla le système féodal, dès le milieu du IX<sup>ème</sup> siècle et au cours des trois siècles suivants environ, jusqu'à la première renaissance de l'Europe occidentale.

## **Section 6. La théorie des statuts**

Par « statuts » on entend le droit local d'une ville, d'une commune ou d'une municipalité juridiquement parlant<sup>76</sup>.

Dès la seconde moitié du XI<sup>ème</sup> siècle, advient en Europe ce que l'on a coutume d'appeler une première « renaissance », le monde occidental d'alors connaissant un fort développement commercial entre les villes, en particulier

---

<sup>74</sup> Emblématique à ce sujet est le traité de Verdun de 843 et le partage de l'Empire franc en trois entités territoriales distinctes, à savoir la Lotharingie, la « Francie orientale » (appelée également « Germanie ») et la « Francie occidentale » : CARBASSE, *op. cit.*, p. 104.

<sup>75</sup> PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 54.

<sup>76</sup> PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 173. A cette époque apparaît le problème de la *qualification* du problème juridique, CASTALDO, *op. cit.*, n° 427 pp. 145 s.

du nord de l'Italie et de l'Europe<sup>77</sup>. Ces développements économiques vont favoriser l'éclosion de théories sur le droit applicable plus nuancées que les précédentes. En effet, ressurgissent alors, à la faveur d'un commerce qui s'internationalise et des déplacements qu'il provoque, d'authentiques conflits de lois et de coutumes.

Les villes « italiennes », à cette époque, avaient en commun le droit romain, qui ne s'appliquait que par défaut – principe dit de l'application du droit romain à titre *supplétif* – lorsqu'on ne trouvait pas de solution légale ou coutumière locale pour trancher une difficulté juridique. Les villes italiennes, autonomes, concurrentes et donc soucieuses de l'efficacité de leurs solutions juridiques, commencent alors à compléter leurs coutumes et le droit romain par des lois particulières dénommées « statuts », qu'elles couchent souvent par écrit sous la forme de codes municipaux.

Traditionnellement, les villes italiennes imposaient leurs statuts à toute personnes s'y rendant et à tout bien s'y trouvant. La multiplication des relations juridiques entre cités rendait cette solution quelque peu chauvine relativement artificielle : on ne pouvait appliquer exclusivement la *lex fori*, à savoir la loi du lieu de l'autorité saisie par la question juridique, la loi du for.

N'est-il pas en effet arbitraire d'imposer aux étrangers en toutes circonstances le droit local qu'ils ne connaissent pas, en particulier lorsque la question juridique n'a en réalité que peu de liens avec le territoire de la cité ? Prenons l'exemple d'un commerçant zurichois décédant à Bologne une heure après son arrivée. Si, peu de temps avant sa mort, il y avait acquis un immeuble, selon la loi de quelle cité liquider la succession sur cet immeuble ? Selon la *lex fori* ou selon la loi de la cité d'où le défunt provient ?

Ce type de questions n'est pas anodine. Pour preuve, ces difficultés pratiques ont occupé d'éminents juristes de l'époque, notamment Accurse<sup>78</sup> et ensuite Cynus de Pistoie<sup>79</sup>, comme l'attestent les extraits ci-dessous. A noter, que les

---

<sup>77</sup> Villes hanséatiques : Bruges, Gand, Hambourg, Lübeck, Cologne, etc. Les villes hanséatiques sont le regroupement des villes du nord de l'Europe ayant adhéré à la ligue marchande de la Ligue hanséatique. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, pp. 79 ss ; CARBASSE, *op. cit.*, pp. 122 ss ; M. SENN/L. GSCHWEND/R. PAHUD DE MORTANGES, *Rechtsgeschichte*, 3<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2009, pp. 85 ss.

<sup>78</sup> ACCURSE (1182-1260) est le dernier grand glossateur : PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 86.

<sup>79</sup> CYNUS DE PISTOIE (1270-1336), célèbre commentateur, a été le maître de BARTOLE (1313-1356), l'un des post-glossateurs plus connus, avec son élève BALDE (1327-1400) : PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, pp. 153 ss.

Le droit dans l'espace ou « des conflits de lois »

extraits (gloses)<sup>80</sup> présentés ci-après sont tirés d'un passage d'une Constitution de l'an 380 des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose<sup>81</sup> :

« *Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostulum tradidisse romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat [...]* ».

[« Nous voulons que tous les peuples qui vivent dans notre Empire, embrassent la religion que le saint apôtre Pierre a transmise aux Romains, comme il le dit lui-même [...] »].

Sur ce texte, Accurse et Cynus ont formulé des considérations pragmatiques, qui sont importantes pour comprendre l'essence des conflits de lois selon la théorie des statuts<sup>82</sup> :

a) ACCURSE : *Glosa ordinaria* (sur le mot *quos* dans C. [= Codex] I, 1, 1, pr. [+/- 1250])

*Argumentum quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet iudicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest; cum dicat «quos nostrae clementiae regit imperium». Videtur hic textus supponere quod non omnes populos regit imperator ...*

L'argument est le suivant : si un habitant de Bologne est cité en justice à Modène, il ne doit pas être jugé selon le droit de Modène, auquel il n'est pas soumis, puisque (le texte) dit : « que l'autorité de notre clémence régit ». Ce texte semble supposer que l'empereur ne régit pas tous les peuples.

---

<sup>80</sup> Les « gloses » sont des annotations, des commentaires rédigés dans les marges du texte romain par des érudits. Ces gloses servaient à expliquer le texte, à le mettre en lien avec d'autres passages et parfois elles évoquaient la possibilité d'appliquer le passage romain commenté à d'autres situations de fait similaires : PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 83.

<sup>81</sup> C. 1, 1, 1 pr.

<sup>82</sup> Les extraits cités sont repris de : J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruylant, Bruxelles, 1979, pp. 350 ss. Dans le paragraphe concernant la position de Jacques de Révigny, l'indication « testat » signifie mourir en ayant fait un testament, tandis que « intestat » signifie sans testament.

b) CINUS, *Lectura, sur Codex, I, 1, 1.* (+/- 1325 ; texte reproduit d'après l'édition de Lyon 1547)

*Restat modo quaerere, nos habemus hic unam glosam, quae fuit additio, quae incipit : « argumentum quod si Bononiensis », etc. Ista glosa hic posita est propter istud verbum « quos nostrae » etc., propter quod verbum videamus quomodo et quando statuta ligent forensem.*

Il reste la question suivante : nous avons ici une glose qui a été ajoutée et qui commence par «Preuve que si un habitant de Bologne», etc. Cette glose est placée ici à propos du mot «quos nostrae», etc. ; et à cause de ce mot, nous devons nous demander comment et quand les droits urbains lient un étranger (à la ville).

(suit la traduction du texte de Cynus) :

Voyons maintenant comment (les statuts urbains) lient (l'étranger) là où il n'y a ni délit, ni contrat. Supposons qu'il existe à Bologne une coutume ou une loi disant qu'un testament n'est valable que s'il a été fait en présence de dix témoins. À Florence on applique le droit commun (= droit romain). Quelqu'un, qui a des biens tant à Bologne qu'à Florence, a fait un testament en présence de sept témoins et a désigné Titius comme héritier. Titius vient à Bologne, demande les biens que le testateur y avait, montre le testament. Les possesseurs des biens lui objectent que le testament n'est pas valable parce qu'il devait y avoir dix témoins. Quelle loi urbaine ou quelle coutume faut-il appliquer ? Que dirions-nous ? Speculator (Guillaume Durant) a traité ceci de sa manière habituelle, n'approuvant rien et reproduisant les diverses opinions dans son « *Speculum iuris* ».

Jacques de Révigny dit que l'héritier testamentaire aura les biens qui sont à Florence ; les biens qui sont à Bologne reviennent aux héritiers ab intestat, parce qu'on doit toujours tenir compte de la coutume du lieu où les biens sont situés. Arguments : Digeste 26.5.27 et 26.7.47.2. Mais contre son avis : Digeste 50.17.7 : notre droit (= romain) ne permet pas que quelqu'un meure en partie testat, en partie intestat, sauf pour des biens militaires.

A cela je réponds que cela est vrai pour le droit écrit (= romain), lequel est uniforme ; selon le droit coutumier ou les lois urbaines, on le peut car il n'est pas uniforme, mais variable d'une place à l'autre. D'après lui la diversité des coutumes et des lois le fait [c'est-à-dire existe et, partant, le permet], comme dans un autre, car la diversité des

## Le droit dans l'espace ou « des conflits de lois »

pères (c'est-à-dire naturels et adoptifs) le fait (argument : Dig. I.7.22.) Et selon ce raisonnement quelqu'un pourrait mourir avec deux testaments, l'un fait selon la coutume de Florence, l'autre selon la coutume de Bologne. Pierre (de Belleperche) dit la même chose au sujet de cette question.

Ajout : Quelques auteurs récents disent que l'héritier institué par testament aura tous les biens, parce qu'il faut tenir compte du lieu où il fit le testament et la disposition de l'hérédité, même si les biens sont ailleurs. Je crois ceci plus vrai. Cynus.

Fort inspirées par le droit romain dont on redécouvrait nombre de textes à cette époque – comme nous venons de le voir par cet exemple –, les villes italiennes ont considéré qu'il n'était pas opportun d'imposer leurs statuts à la terre entière.

Elles adopteront alors une solution d'un rare raffinement, pénétrée de nuances, précisément pour épouser la nature pragmatique des questions juridiques qui se posent, un droit commensurable aux mœurs. Les juristes médiévaux dissocient suivant une *summa divisio* le *fond* de la *procédure*. Cette dernière est régie par la loi du lieu où les autorités sont saisies (*lex fori*). Par conséquent, les conflits de lois ne peuvent éclater qu'en regard du droit du fond, que les juristes médiévaux affirmaient soumis à la loi locale, expression vague qu'il faut néanmoins encore décliner entre *statuts personnels* et *statuts réels*.

Très schématiquement, les *statuts personnels* sont rattachés à la personne et sont ainsi liés à la législation de son lieu d'origine ou de son domicile ; ils ont dès lors une portée extraterritoriale. Ils concernent la capacité civile, le mariage, la filiation, éventuellement les successions.

Les *statuts réels* concernent la propriété, les contrats, éventuellement les successions ; ils sont dominés par le principe de la territorialité, dont le rattachement résulte de la localisation matérielle de l'élément déterminant : lieu de situation d'un immeuble, lieu de passation du contrat, etc.

Les successions se trouvent partagées entre les statuts personnels et réels, car elles touchent à la foi les premiers (héritiers, aspects personnels) et les seconds (les biens entrant dans la succession).

La grande difficulté proviendra des statuts mixtes<sup>83</sup> : pour un contrat donné, un problème juridique peut naître tant de la capacité civile d'un des cocontractants (statut personnel) que de l'objet du contrat (statut réel).

On ne peut s'empêcher de voir sous ces subdivisions le rappel de la tripartition romaine classique adaptée aux nécessités du jour : personne, chose, action<sup>84</sup>. Ce constat ne devrait pas nous étonner dans la mesure où les théoriciens italiens des statuts étaient issus de l'Université de Bologne, siège du renouveau des études du droit romain : Accurse, Bartole, Balde, etc., tous glossateurs et post-glossateurs des textes romains.

Cette manière générale de résoudre les conflits de lois perdurera, dans son principe, jusqu'au XVIII<sup>ème</sup> siècle.

## Section 7. L'époque moderne et contemporaine

L'époque moderne est dominée par le mouvement de codifications des droits nationaux. Ces codifications contenaient des règles de conflit de lois dans différents domaines.

Parmi les auteurs les plus importants de cette époque nous retrouvons Friedrich Karl von Savigny (1779-1861)<sup>85</sup>. Il fut également connu au sujet des questions liées aux conflits de lois en étudiant la théorie des statuts (procédure, personne, réel, mixte) et en la retravaillant, pour découvrir ensuite quelle est la portée dans l'espace du statut concerné.

Von Savigny considérait qu'en débutant la réflexion juridique au *statut* conféré par le droit, on résolvait la question juridique du conflit des lois à l'envers. Pour lui, il fallait partir de la question juridique concrète, le *rapport de droit* concerné, et en trouver alors le *siège naturel* pour, finalement, déterminer la loi applicable<sup>86</sup>.

---

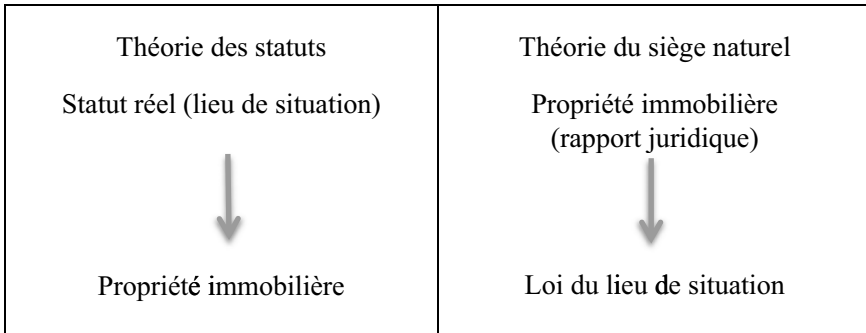
<sup>83</sup> La notion a été introduite par BALDE (1327-1400) : KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>84</sup> Voir Gai Institutionum (=FIRA II, pp. 3 ss.).

<sup>85</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2.

<sup>86</sup> F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts, Band 8*, Veit und Comp, Berlin, 1849, p. 108: « *bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigentümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist, wohin dasselbe seinen Sitz hat* ». Ce changement de paradigme a été défini comme un « virage copernicien » (« *kopernikanischen Wende* ») pour le droit

Von Savigny mettait le rapport de droit au centre de son analyse. Il faut donc débiter l'analyse juridique par des éléments tels que la capacité civile, le mariage, le divorce ou la forme du contrat, l'immeuble. Ainsi, pour les droits immobiliers, l'utilisation de la *lex rei sitae* – loi du lieu de situation de l'immeuble – lui paraissait évidente, « naturelle » même. Pour les personnes, la solution penchait plutôt du côté du domicile.



S'il existait un *siège naturel* pour chaque rapport de droit, la question du conflit ne se poserait plus : tout un chacun saurait déterminer le droit applicable à la relation juridique, puisque chacun la rattacherait naturellement à un droit déterminé (le domicile, la nationalité, le lieu de la passation du contrat, etc.). Le siège naturel est en réalité *artificiel*, c'est-à-dire qu'il est le fruit d'un *choix*. Par exemple, pour la capacité civile, est-il plus naturel de la rattacher à la nationalité ou au domicile ?<sup>87</sup>

L'existence de cette pluralité de solutions donne à comprendre que les différents ordres juridiques se sont dotés de règles sur les conflits de lois, règles parfois divergentes. L'apport de von Savigny à la pensée et à la pratique du droit demeure inestimable.

Le renversement du raisonnement soutenu par le savant allemand initie la réflexion moderne sur la catégorisation juridique des réalités sociales et son corrélat pratique, la méthode moderne des *catégories* juridiques<sup>88</sup>. Nous la

---

international privé: I. SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht. Allgemeiner Teil*, 2ème édition, Dike Verlag, St.-Gall, 1990, n° 736 p. 348.

<sup>87</sup> Voir à ce sujet l'évolution du droit international privé suisse. Actuellement, l'art. 35 LDIP rattache la capacité civile (active) au domicile, tandis que la précédente loi, et la jurisprudence rendue en son application, retenait la nationalité pour circonstance de rattachement (ATF 106 Ib 193).

<sup>88</sup> PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 588.

retrouvons dans nos codes sous une forme plus affinée certes, mais dont la matière est bien la *question juridique*, le *rapport de droit* pour être plus exact. Avec le *rapport* (de droit) nous recouvrons l'essence même du droit : la *relation*<sup>89</sup>.

Nous pouvons dès lors rappeler la célèbre définition du droit international privé donnée par Batiffol, d'après lequel, dans ce contexte spatial du droit, « il s'agit de faire « *vivre ensemble* » des systèmes juridiques différents, parce que des relations se nouent entre des personnes, qui par elles-mêmes, leurs biens ou leurs actes, relèvent de systèmes différents »<sup>90</sup>.

## Section 8. La Confédération helvétique et les conflits de lois

La référence en titre à la *Confédération helvétique* n'est pas innocente. Elle doit être prise au sérieux, à la lettre dirait-on. Jusqu'en 1848, la Suisse est une *confédération* d'États dont les membres, les cantons, sont pleinement souverains, par conséquent élaborent leurs propres règles juridiques, en particulier sur les conflits de lois. Parfois, les cantons passaient des *concordats* en la matière, c'est-à-dire des traités inter-cantonaux pour harmoniser entre eux les règles de conflits et pour uniformiser le droit<sup>91</sup>.

En 1848 la Suisse devient une *fédération*, un État fédéral, constituée d'États fédérés<sup>92</sup>. Le problème des conflits de loi subsiste, mais d'autres solutions que celles valant précédemment sont alors envisageables, soient :

---

<sup>89</sup> Volume 1, Avant-propos.

<sup>90</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, p. 16.

<sup>91</sup> La Diète décida d'accepter à nouveau des réglementations inter-cantonaux. Ainsi, le 29 juin 1803, elle autorisa la conclusion de conventions sur des affaires confessionnelles, civiles, locales et de police à condition d'en être informée à chaque fois. Le Pacte fédéral de 1815 a maintenu cette pratique. Voir sur ce point notamment G. VOGT, « Revision der Lehre von den eidgenössischen Konkordaten », in *ZBJV 1 /1864/1865*, pp. 201 ss. ; L. BOEGLI, *Les concordats intercantonaux : quels enjeux pour la démocratie ?* IDHEAP : Chavannes-près-Renens, 1999 ; A. KLEY, « Concordats intercantonaux » in : *Dictionnaire historique de la Suisse – DHS* (accessible à l'adresse : <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/009601/2008-10-28/#HConcordatsintercantonaux>, dernière consultation le 20 octobre 2020).

<sup>92</sup> Le concordat reste un instrument d'utilisation fréquente. A titre d'exemple, la forme des actes d'origine en 1854, la communication réciproque des actes de l'état civil en

(1) L'unification du droit matériel, faisant disparaître purement et simplement les conflits de lois pour les domaines uniformisés. Cette solution présuppose toutefois un transfert de compétences en faveur de l'État fédéral. La Suisse a procédé ainsi à l'unification : (a) du droit du mariage (sauf les régimes matrimoniaux) en 1874<sup>93</sup>, (b) du droit des obligations en 1881<sup>94</sup> et (c) du droit civil, dont les aboutissements sont le Code civil (1907)<sup>95</sup> et le Code des obligations (1911)<sup>96</sup> ;

(2) L'élaboration d'une loi qui traite des conflits de lois, ce que la Suisse fit le 25 juin 1891 avec la Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC)<sup>97</sup>. Cette loi concernait essentiellement les conflits inter-cantonaux, et de manière subsidiaire les conflits de loi issus de la résidence des Suisses à l'étranger et des étrangers en Suisse. La LRDC a été abrogée par la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP)<sup>98</sup>.

---

1855 et 1875, la liberté d'établissement du corps médical entre 1867-1877, la garantie en raison des défauts de la chose lors de ventes du bétail en 1852 (voir KLEY, *op. cit.*).

<sup>93</sup> Loi fédérale concernant l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage du 24 décembre 1874 (FF 1874 III 1 [Message du Conseil fédéral], FF 1875 I 105 [vote des Chambres fédérales]). Le projet a été accepté en votation populaire, suite à un referendum, le 23 mai 1875 (FF 1875 III 315). La loi est ainsi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1876 (RO I 471).

<sup>94</sup> Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (FF 1881 III 13 [Message du Conseil fédéral], FF 1881 III 73 [vote des Chambres fédérales]). Le texte est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1883 (RO 5 577). Le Code fédéral des obligations a ensuite été abrogé le 30 mars 1911 (modification entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912 : RO 27 321).

<sup>95</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907 (FF 1904 IV 1, 1907 VI 402 [Messages du Conseil fédéral], FF 1907 VI 429 [vote des Chambres fédérales], entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912 (RO 24 245 ; RS 210).

<sup>96</sup> Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (FF 1905 II 1, 1909 III 747, 1911 I 695 [Messages du Conseil fédéral], FF 1911 II 1 [vote des Chambres fédérales]), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912 (RO 27 321 ; RS 220).

<sup>97</sup> FF 1887 II 630 [Message du Conseil fédéral], FF 1891 IV 69 [vote des Chambres fédérales]. La LRDC est entrée en vigueur le 1 juillet 1892 (RO 12 337). Elle a été ensuite abrogée par la LDIP (voir note suivante).

<sup>98</sup> FF 1983 I 255 [Message du Conseil fédéral], FF 1988 I 5 [vote des Chambres fédérales]. La LDIP est entrée en vigueur 1 janvier 1989 (RO 1988 1776 ; RS 291).

## Chapitre 4. Notions élémentaires d'application du droit dans l'espace

### Section 1. Qualification, autorité compétente, droit applicable, circonstance de rattachement, règle de conflits et renvoi

Les notions indiquées en titre permettent d'échafauder le raisonnement juridique applicable en matière de droit dans l'espace.

#### Sous-section 1. La qualification

Exemple : A. et B., ressortissants des pays X. et respectivement Y., sont mariés. Ils ont été domiciliés au début de leur mariage en Z. où B. a passé un testament. A. et B. sont maintenant domiciliés en Suisse où B vient de mourir. Leurs enfants, non suisses mais domiciliés en Suisse, souhaitent contester les droits de A. Peuvent-ils ouvrir un procès en Suisse ? Quel droit sera applicable ? Que peuvent-ils obtenir ? Par quelle autorité ? Ils vous consultent.

Comment saisir le problème ?

Il faut, préalablement à toute autre démarche, *qualifier* juridiquement le rapport de droit litigieux<sup>99</sup>. Autrement dit, il faut se poser la question : à quel domaine du droit convient-il de faire appel ? Dès lors, la *qualification* est l'opération intellectuelle (logique) par laquelle nous identifions le problème juridique posé<sup>100</sup>.

En l'espèce, dans quel domaine du droit sommes-nous ? Un premier mouvement de l'esprit pointerait le droit suisse des successions. Mais le juriste ne doit pas se fier uniquement à ce premier instinct, ou plutôt, il doit apprendre à l'interroger : seule sa raison le doit guider, en théorie du moins.

---

<sup>99</sup> PAPAUX, *Essai*, pp. 471 ss.

<sup>100</sup> Le choix de « l'aiguillage juridique » qu'est la qualification, est une démarche philosophique nécessitant parfois, d'élargir les catégories juridiques de l'État du for par le biais d'une analogie de fonction, PAPAUX, *Essai*, pp. 438 ss ; B. DUTOIT, *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, Bruylant/Schulthess, Bruxelles/Zurich/Genève/Bâle, 2006, p. 13.

Plusieurs systèmes juridiques (de droit privé) sont possiblement concernés. En d'autres termes, la situation présente un ou plusieurs éléments d'extranéité (*in casu* nationalité, premier domicile des époux, dernier domicile du défunt, nationalité des descendants, lieu de confection du testament)<sup>101</sup>. Nous nous trouvons donc bien face à un problème de droit dans l'espace.

Pour pouvoir qualifier le rapport de droit litigieux, il s'agit de déterminer au préalable selon le droit de quel État le juge opérera la qualification. Autrement dit, il faut établir le droit de la qualification, le droit qui permet d'identifier la question juridique. Traditionnellement, on qualifie *lege fori*<sup>102</sup>, à savoir d'après la loi de l'État dont les autorités sont saisies (loi du for) de la question. Ici, l'autorité suisse – dans l'hypothèse formulée – est compétente pour qualifier le rapport de droit litigieux.

Selon le droit suisse, ce rapport juridique relève du droit successoral. Certes, on aurait pu imaginer ce rapport ressortir au droit du mariage. La qualification nécessite la connaissance des diverses branches du droit<sup>103</sup>, laquelle permet d'identifier le domaine le plus pertinent étant donné les faits de la cause.

## Sous-section 2. Autorité compétente et droit applicable

Une fois la qualification opérée – *in casu*, rappelons-nous, le rapport litigieux relève du droit successoral –, il faut rechercher si le pays du for – le pays dont les autorités ont été saisies de la question juridique – est lié par un traité ou une convention internationale avec les autres États concernés par la situation<sup>104</sup>. Si un traité ou une convention existe et lie les États concernés, le

---

<sup>101</sup> Sur la notion d'élément d'extranéité, voir *supra* Titre IV, Introduction.

<sup>102</sup> ATF 128 III 298 ; 143 III 51 consid. 2.3.

<sup>103</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 5, Section 2.

<sup>104</sup> Il est nécessaire de rechercher l'existence d'un traité, car nous sommes dans un domaine « international », même si la question relève du droit privé. Le but poursuivi est d'éviter le fractionnement des relations juridiques induit par la pluralité des systèmes de droit (privé) interne, avons-nous vu. L'existence d'un accord international ratifié par tous les États concernés par la relation juridique garantit le respect réciproque des décisions adoptées par l'un de ces États. Voir aussi : Art. 1 al. 2 LDIP, d'après lequel les traités internationaux sont réservés ; ATF 138 III 570 consid. 2 : « la Cour de justice a considéré à juste titre que la présente cause revêt un caractère international [...] ». Au préalable, il convient de rechercher si un traité international s'applique (ATF 115 III 148 consid. 3) ».

juriste consultera en priorité ce traité en vertu de la primauté du droit international public<sup>105</sup> et y trouvera généralement les réponses qu'il cherche.

S'il n'existe aucune convention internationale, ou si elle n'est pas applicable, les réponses devront être recherchées dans le droit national de l'État dont les autorités ont été saisies. En Suisse, la loi topique est la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP). Face à la LDIP, comment faut-il procéder ?

Reprenons notre exemple pour illustrer la méthodologie à suivre.

Tout d'abord il sied de vérifier si une autorité suisse est compétente pour connaître du (potentiel) litige successoral mentionné, car le droit matériel (le contenu juridique) ne peut être exercé qu'au moyen du droit formel<sup>106</sup>. La partie de la LDIP consacrée aux successions – le chapitre 6 – commence bien par la question de la compétence, explicitement indiquée dans la note marginale de l'art. 86 LDIP.

## *I. Compétence*

### *1. Principe*

*<sup>1</sup> Les autorités judiciaires ou administratives suisses du dernier domicile du défunt sont compétentes pour prendre les mesures nécessaires au règlement de la succession et connaître des litiges successoraux.*

*<sup>2</sup> Est réservée la compétence exclusive revendiquée par l'Etat du lieu de situation des immeubles.*

L'art. 86 LDIP répond à notre question selon un double mouvement : (a) les tribunaux suisses du dernier domicile du défunt sont compétents, mais (b) l'al. 2 déroge à ce principe, instaurant un régime particulier lorsque la succession comporte des immeubles ; nous ne pouvons pas nous contenter de la première compétence découverte. Nous devons consulter le droit de l'État dans lequel est situé l'immeuble, et plus précisément son droit international privé, car nous sommes confrontés à une question d'application du droit dans l'espace.

Cette consultation du droit international privé étranger nous indiquera si l'État du lieu de situation de l'immeuble revendique ou non une compétence

---

<sup>105</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 5, Section 1, Sous-section 1, §1, Sous-§3.

<sup>106</sup> Sur les notions de droit matériel et droit formel, voir Volume 1, Titre II, Chapitre 6, Section 1.

exclusive sur cet immeuble. Si oui, nous respecterons cette prétention, à tout le moins pour la part de la succession constituée de l'immeuble<sup>107</sup>. Ainsi, si l'État du lieu de situation prétend à une compétence exclusive sur l'immeuble, les autorités suisses ne trancheront pas la question du statut juridique successoral de l'immeuble. Dans cette éventualité, les autorités suisses n'ont qu'une compétence partielle, qui porte sur une partie seulement de la succession : celle sise en Suisse (choses mobilières et immeubles), mais également sur les meubles étrangers qui la composent<sup>108</sup>.

Connaissant l'autorité compétente, il nous faut maintenant déterminer le *droit applicable* à la question successorale dont les autorités helvétiques ont été saisies. Nous trouvons la réponse à l'art. 90 LDIP.

## II. Droit applicable

### 1. Dernier domicile en Suisse

<sup>1</sup> *La succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse.*

---

<sup>107</sup> La formulation de l'art. 86 LDIP, par ses deux alinéas, montre un législateur réaliste, pragmatique, qui cherche à tenir compte des réalités concrètes de la vie des citoyens. Ici, en effet, le législateur suisse a considéré que la plus grande effectivité du pouvoir sur l'immeuble revient à l'État du lieu de situation (*lex rei sitae*) ; partant qu'il ne sert à rien de contester sa compétence si cet État entend l'exercer. Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_797/2017 du 22 mars 2018 consid. 3.1.1., dans lequel le Tribunal fédéral explique bien le mouvement de l'art. 86 LDIP : « La recourante perd en cela de vue que la question litigieuse consiste à déterminer préalablement si, au moment de son décès, L.E., dont il est établi qu'elle était domiciliée en Suisse (art. 86 al. 1 LDIP), disposait de biens immobiliers en Pologne. A défaut, l'examen de l'éventuelle compétence exclusive des autorités polonaises (art. 86 al. 2 LDIP) est en effet dépourvu de tout intérêt [...] ».

<sup>108</sup> La réponse sera nuancée en cas d'application du Règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012, notamment son art. 10, qui dispose que « 1. Lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n'est pas située dans un État membre [la Suisse, notamment], les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession dans la mesure où: a) le défunt possédait la nationalité de cet État membre au moment du décès; ou, à défaut, b) le défunt avait sa résidence habituelle antérieure dans cet État membre, pour autant que, au moment de la saisine de la juridiction, il ne se soit pas écoulé plus de cinq ans depuis le changement de cette résidence habituelle. 2. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu du paragraphe 1, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur ces biens. ».

<sup>2</sup> *Un étranger peut toutefois soumettre sa succession par testament ou pacte successoral au droit de l'un de ses Etats nationaux. Ce choix est caduc si, au moment de son décès, le disponent n'avait plus cette nationalité ou avait acquis la nationalité suisse.*

L'art. 90 LDIP fournit également une double réponse : (a) l'al. 1 prévoit qu'en cas de dernier domicile en Suisse, la succession du *de cuius* sera régie par le droit suisse<sup>109</sup>. La situation est ainsi simple, puisque nous nous retrouvons devant une autorité suisse (art. 86 al. 1 LDIP) qui applique le droit suisse, donc le droit qu'elle connaît le mieux ; (b) le *de cuius* étant de nationalité étrangère, il peut choisir (par testament, par exemple) – donc à l'avance et dans les limites fixées par la loi – le droit applicable à la succession<sup>110</sup>.

Cette déclaration de volonté exprimée par le *de cuius* en faveur d'un autre droit applicable que celui normalement désigné est connue sous la formule de *professio iuris*<sup>111</sup>. L'art. 90 al. 2 LDIP prévoit d'insérer la *professio iuris* dans un testament. Cette possibilité juridique relance alors une série de questions de droit très difficiles.

Pour ne mentionner que celles relatives à la forme du testament : oral, écrit, par forme authentique, audiovisuel<sup>112</sup>. Le testament est un acte juridique

---

<sup>109</sup> L'art. 90 al. 1 LDIP illustre le principe de la territorialité.

<sup>110</sup> L'art. 90 al. 2 LDIP permet un choix parmi les États nationaux du disponent.

<sup>111</sup> La *professio iuris*, comme l'indique le Tribunal fédéral, « *müsse ausdrücklich oder zumindest unmissverständlich sein und eindeutig erfolgen* » (ATF 111 II 16 consid. 3b).

<sup>112</sup> Voir l'art. 506 AP-CC du 4 mars 2016 <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-f.pdf> (dernière consultation le 21 octobre 2020), qui prévoyait que « Le testament peut être fait en la forme orale ou audiovisuelle, lorsque, par suite de circonstances extraordinaires, le disponent est empêché de tester dans une autre forme; ainsi, en cas de danger de mort imminent, de communications interrompues, d'épidémie ou de guerre » (al. 1) et « En la forme audiovisuelle, le testateur apparaît physiquement sur l'enregistrement vidéo, indique son nom, explique la circonstance extraordinaire, si possible la date, et déclare ses dernières volontés » (al. 3). Cette forme nouvelle de testament n'a pas été reprise dans le message du Conseil fédéral du 29 août 2018 (FF 2018 5865). Voir aussi « Synthèse des résultats de la procédure de consultation » du 10 mai 2017, pp. 59 ss (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-ber-f.pdf>, dernière consultation le 21 octobre 2020). Elle n'a pas été non plus reprise par les Chambres fédérales lors du vote finale du 18 décembre 2020 (FF 2020 9617).

formel<sup>113</sup> et les États sont souvent très stricts quant au respect des formes déterminées, sous peine de nullité de l'acte.

Dans notre exemple, B a rédigé un testament. Elle était de nationalité Y. Dès lors, d'après l'art. 90 al. 2 LDIP, elle aurait pu soumettre sa succession à son droit national (État Y.). Cependant, il faut se demander si le testament qu'elle a rédigé est valable. A nouveau, selon quel droit va-t-on juger la validité du testament ? L'art. 93 al. 1 LDIP nous fournit un début de réponse :

## II. Droit applicable

### 4. Forme

*1 La validité des testaments est régie quant à la forme par la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires [RS. 0.211.312.1]*

*2 Cette convention s'applique par analogie à la forme d'autres dispositions pour cause de mort.*

L'art. 93 al. 1 LDIP renvoie à une autre norme juridique, une convention internationale. Avant de se référer à son texte, il faudra vérifier si elle est bien en vigueur entre les États concernés, sans quoi elle n'est pas de droit positif les concernant<sup>114</sup>.

Admettons que la *professio iuris* soit valable et qu'elle désigne le droit de Y. applicable. Le juge suisse appliquera alors le droit de l'État Y. pour régler le cas (sauf pour l'immeuble sis à l'étranger)<sup>115</sup>.

### Sous-section 3. Circonstance de rattachement, règle de conflits

Dans la démarche méthodologique suivie jusqu'ici, nous avons été à plusieurs reprises transportés dans des ordres juridiques différents parce qu'une

---

<sup>113</sup> Il doit respecter une certaine forme pour sa validité. En Suisse, le testament peut être fait soit par acte public, avec le concours d'un officier public, un notaire notamment (art. 499 ss CC), soit dans la forme olographe (« [...] écrit en entier, daté et signé de la main du testateur [...] » : art. 505 CC), soit dans la forme orale (exceptionnelle, art. 506 ss CC).

<sup>114</sup> Sur la notion de « droit positif », voir Volume 1, Titre III, chapitre 1, section 1.

<sup>115</sup> Voir à titre d'exemple l'ATF 125 III 35 ; voir aussi sur le sujet, notamment : A. BONOMI/J. BERTHOLET, « La *professio iuris* en droit international privé suisse et comparé », in *Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vaudois*, Genève/Zurich/Bâle, 2005, pp. 355–380.

*circonstance* nous y conduisait : la nationalité, en l'occurrence étrangère, des intéressés ; leur domicile, en Suisse *in casu* ; le lieu de situation de l'immeuble, etc. Ces clefs du raisonnement du droit international privé se dénomment « circonstances de rattachement ». En effet elles *rattachent* ou « amarrent » le rapport juridique à un ordre juridique déterminé.

Ces circonstances de rattachement se trouvent au cœur de règles juridiques fort particulières, qui constituent le noyau dur du droit international privé. Ces règles reçoivent le nom de « règles de conflit de lois », ou plus simplement « règles de conflit ». Ce sont les règles qui indiquent la manière de résoudre – du point de vue de l'application du droit dans l'espace – les conflits de lois. Ces règles consistent en l'énonciation d'un rapport de droit (succession, mariage, contrat, etc.) assorti d'une circonstance de rattachement, permettant ainsi de désigner le droit applicable, le droit matériel compétent pour trancher les questions juridiques ressortissant au rapport de droit en question.

#### Sous-section 4. Le renvoi

Ultime figure méthodologique annoncée du droit dans l'espace : le *renvoi*. Partons d'une disposition de la LDIP, l'art. 37 al. 1, libellé comme suit :

##### *IV. Nom*

##### *1. En général*

*<sup>1</sup>Le nom d'une personne domiciliée en Suisse est régi par le droit suisse, celui d'une personne domiciliée à l'étranger par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'État dans lequel cette personne est domiciliée.*

Selon l'al. 1, dans le cas d'une personne domiciliée à l'étranger, le droit compétent pour régir ce rapport de droit – le nom – est désigné par le droit international privé du droit du domicile, et non pas directement par le droit matériel de cet ordre juridique. En d'autres termes, la loi de droit international privé de départ – la LDIP, *in casu* – désigne les règles de conflits de l'État du domicile à l'étranger et non pas les règles matérielles, les solutions apportées par le droit interne de cet État. Dit encore autrement, la LDIP, soit le droit international privé suisse, *renvoie* au droit international privé étranger.

Le *renvoi* est le processus par lequel le droit de départ ne désigne pas directement le droit matériel applicable, mais désigne le droit international privé de l'État étranger que l'on devra suivre afin d'identifier le droit de fond applicable au rapport juridique en cause.

Pour reprendre notre hypothèse de départ, nous devrions consulter le droit international privé de l'État étranger concernant le nom. Trois cas de figure sont alors possibles :

(1) le droit international privé étranger du domicile – déclaré applicable – désigne *son* propre droit matériel interne, celui en vigueur au domicile en cause<sup>116</sup> ; le renvoi est sans grande portée ou conséquence ;

(2) le droit international privé étranger du domicile – déclaré applicable – fait référence au droit d'un État tiers (ni le droit suisse, ni son propre droit) : il y a renvoi au second degré (« *Weiterverweisung* »)<sup>117</sup>. En général, la désignation d'un droit étranger ne mentionne pas s'il s'agit du droit matériel étranger ou du droit étranger dans son ensemble, y compris les règles de droit international privé ; on pourrait envisager alors des enchaînements de renvois<sup>118</sup>. Cela demeure cependant très théorique ;

(3) le droit international privé étranger du domicile – déclaré applicable – désigne en retour le droit de l'État de départ (*lex fori*) ; il s'agit alors d'un

---

<sup>116</sup> C'est le cas, par exemple, pour une personne domiciliée au Brésil qui est confrontée, en Suisse, à un acte juridique qui a un impact sur son nom. L'art. 37 al. 1 seconde phrase LDIP renvoie au droit international privé du domicile, le Brésil. Le droit international privé brésilien figure au début de la *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei N° 4.657, de 4 de setembro de 1942)*. L'art. 7 de ladite loi d'introduction aux normes du droit brésilien prévoit que « *A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família* » [la loi du pays dans lequel est domiciliée la personne concernée détermine les règles applicables au début et à la fin de la personnalité, au nom, à la capacité et aux droits de famille].

<sup>117</sup> Ainsi, par exemple, L., citoyen français, domicilié en Italie, participe à un acte juridique avec des implications concernant son nom en Suisse. L'art. 37 al. 1 seconde phrase LDIP renvoie au droit international privé du domicile, soit le droit italien ; celui-ci, en la matière, cède le pas – voir l'art. 2 de la loi 218/1995 [qui vise le droit international privé] – à la Convention n° 19 de la Commission Internationale de l'État Civil sur la loi applicable aux noms et prénoms, passée à Munich le 5 septembre 1980, dont l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 dispose que les noms et prénoms d'une personne sont déterminés par la loi de l'État dont elle est ressortissante, à savoir – dans le cas de L. – le droit français. Il y a ainsi un renvoi au second degré au droit français.

<sup>118</sup> Pour DUTOIT, *Altérité*, p. 17, cette situation peut être surmontée en recourant au droit matériel de l'État concerné par le second renvoi ; le raisonnement n'excéderait donc pas le double renvoi.

« *Rückverweisung* »<sup>119</sup>. En général, le juge du for – suisse dans notre exemple – acceptera ce renvoi et appliquera son propre droit matériel.

Une institution juridique n'est authentiquement appropriée que lorsque nous en comprenons le but, le *pour-quoi*, la finalité. Ainsi, à quoi sert le renvoi ?

Le renvoi sert à garantir à l'État du for (*lex fori*) que la solution qu'il donne au rapport juridique litigieux sera aussi acceptée par les autres États concernés par le cas, à tout le moins par ceux des ordres juridiques qui sont les plus concernés selon les conceptions de la *lex fori*. C'est donc une harmonie de solutions juridiques qui est recherchée par le renvoi. En bref, le renvoi est un instrument juridique qui garantit la continuité des rapports juridiques, en évitant leur fragmentation.

Dans l'exemple du nom, il serait peu opportun d'adopter en Suisse une solution juridique qui ne serait pas acceptée dans l'État étranger du domicile de la personne, c'est-à-dire là où elle passe le plus clair de son temps, d'où le renvoi de l'art. 37 al. 1 seconde phrase LDIP. Le juge suisse fait comme s'il était à la place du juge étranger du domicile saisi du cas ; il appliquera le droit international privé étranger et reprendra la solution qu'aurait prononcée le juge étranger (soit un droit matériel, soit un renvoi qui, s'il désigne le droit suisse, conduira au droit matériel suisse, sinon il y aura cercle vicieux de renvois). Ainsi est garantie l'harmonie entre les deux ordres juridiques et la continuité du rapport de droit pour la personne concernée par le nom.

L'art. 37 al. 1 LDIP doit être lu au regard de l'art. 14 LDIP. Ainsi, si le droit étranger lui-même envisage l'application du droit suisse, nous obtenons, en acceptant d'appliquer le droit matériel suisse, une solution confortable : les

---

<sup>119</sup> Ainsi, par exemple, K., citoyen suisse, domicilié au Portugal, se trouve dans une situation qui justifie l'application de l'art. 37 LDIP. En vertu du premier renvoi, il faut consulter les dispositions du droit international privé du domicile, à savoir le Portugal. Or, ces dispositions – « *normas de conflitos* » – prévoient que tout ce qui touche à la *personalité* d'une personne est régi par sa loi « personnelle » (Art. 27° §1 du *Código civil português* (CCP) « *Aos direitos de personalidade, no que respeita à sua existência e tutela e às restrições impostas ao seu exercício, é também aplicável a lei pessoal.* »), et par « loi personnelle » il faut comprendre la loi de la nationalité » (Art. 31° §1 CCP : « *A lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo.* »). Ainsi, nous aurions un renvoi en retour : la LDIP suisse renvoie aux dispositions de conflit de lois du droit portugais, qui à leur tour renvoient à la loi suisse.

autorités suisses appliqueront le droit suisse<sup>120</sup>. De manière générale, en suivant l'art. 14 al. 1 LDIP, le renvoi, soit l'application non du droit matériel de l'ordre juridique désigné, mais de son droit international privé<sup>121</sup>, n'est pas admis, sauf si ledit renvoi est consacré par une règle de conflit de lois<sup>122</sup>. En conclusion, « le renvoi est ainsi considéré comme un moyen permettant de favoriser l'harmonie des solutions au niveau international »<sup>123</sup>.

## **Section 2. L'ordre juridique étranger paralysé ? Les principes de la réciprocité et de l'ordre public**

### **Sous-section 1. Le principe de la réciprocité**

D'après le Tribunal fédéral, le principe de la réciprocité est un principe général du droit des gens<sup>124</sup> qui permet à un État de conditionner l'avantage qu'il

---

<sup>120</sup> Il est cependant concevable que le droit étranger ne renvoie pas au droit (matériel) suisse, mais au droit international privé suisse (BUCHER/BONOMI, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2013, n<sup>o</sup>. 619, p. 176).

<sup>121</sup> Voir l'ATF 118 II 468 consid. 4c.

<sup>122</sup> BUCHER/BONOMI, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 435, pp. 119 s.

<sup>123</sup> F. GUILLAUME, « Le droit international privé suisse à l'épreuve de la mondialisation et de la régionalisation : bilan et perspectives » in *Revue de droit suisse 2012 II*, p. 340. Voir également Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I p. 299 s.

<sup>124</sup> Sur l'origine du *ius gentium*, voir *infra*, dans ce Titre IV, le Chapitre 3, Section 3. Le *ius gentium*, à Rome, s'opposait au *ius civile* : ULPIANUS, D. 1, 1, 1, 2 : *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*. [Son [celle du droit] étude a deux domaines, le droit public et le droit privé. Le droit public traite de ce qui a rapport à l'État romain, le droit privé se rapporte à ce qui concerne les intérêts privés. Il faut en effet distinguer l'intérêt public des intérêts privés. Le droit public a pour objet les choses sacrées, les sacerdoces et les magistrats. Le droit privé est tripartite : il vient en effet des règles du droit naturel, du droit des gens et du droit civil]. Aujourd'hui la locution « droit des gens » signifie « droit international public » : Y. LE ROY/M.-B. SCHOENENBERGER, *Introduction générale au droit suisse*, 4<sup>ème</sup> édition, Schulthess/LGDJ, Genève/Zurich/Paris, 2015, p. 499. Le Tribunal fédéral l'emploie dans ce sens, voir notamment : arrêt du Tribunal fédéral 2C\_806/2011 du 20 mars 2013 consid. 5.2 « Selon le principe de la bonne foi, principe général du droit des gens [...] ». Sur le « droit des gens », voir également : A. TRUYOL Y SERRA/R. KOLB, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Pedone, Paris, 2007.

accorde à un autre État à l'assurance d'obtenir, le cas échéant, le même avantage<sup>125</sup>. Certes, l'exigence de réciprocité peut constituer une limitation à la reconnaissance de la décision étrangère<sup>126</sup>. A cet égard, le législateur suisse a renoncé à introduire dans la LDIP une réserve générale fondée sur la réciprocité<sup>127</sup>.

## Sous-section 2. Le principe de l'ordre public

Comme souvent, les « grandes » notions sont ambivalentes.

Une règle juridique d'ordre public *en droit interne* signifie « de droit impératif »<sup>128</sup>.

En matière de relations internationales de droit privé, la notion d'ordre public<sup>129</sup> est interprétée comme une figure méthodologique et axiologique qui permet d'évincer le droit étranger normalement applicable. Elle est une clause d'exception visant à protéger les « principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse »<sup>130</sup>, ou encore « les principes les plus essentiels de l'ordre juridique, tel

---

<sup>125</sup> ATF 111 V 302 consid. 5a avec références. Voir également : ATF 139 III 135 consid. 4.5 et l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_701/2019 du 23 octobre 2019, consid. 8.

<sup>126</sup> Voir A. BONOMI, « Le Règlement européen sur les successions et son impact pour la Suisse » in P.-H. Steinauer/M. Mooser/A. Eigenmann (éditeurs), *Journée de droit successorale 2015*, Stämpfli, Berne, 2015, p. 99 note 123.

<sup>127</sup> La condition de la réciprocité existait pour les faillites *internationales* (art. 166 LDIP, voir notamment ATF 126 III 101 ; ATF 134 III 366 ; ATF 135 III 566 ; ATF 137 III 517 ; ATF 139 III 135 ; ATF 140 III 379 ; ATF 141 III 222). Ladite condition a été abrogée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2019 (voir pour les raisons de la suppression : FF 2017 3863, spécialement pp. 3872 s.). Selon le Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, « En Suisse, la litispendance créée à l'étranger est normalement respectée si l'État étranger concerné accorde la réciprocité et si l'on peut s'attendre à ce que le jugement qui y sera rendu pourra être reconnu et exécuté en Suisse » (FF 1983 I 295) ou encore, se référant à la convention de La Haye du 2 octobre 1973 (RS 0,211.213.02) concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, l'Exécutif a indiqué que « Par sa nature, cette convention-exécution repose sur le principe de la réciprocité » (FF 1983 I 365).

<sup>128</sup> BONOMI/BUCHER, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 479ss.

<sup>129</sup> Voir notamment A. BONOMI, *Le norme imperativa nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Schulthess, Zurich, 1998, ; S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse : personnes - famille - successions*, Schulthess, Zurich, 1999.

<sup>130</sup> ATF 143 III 51 consid. 3.3.2.

qu'il est conçu en Suisse »<sup>131</sup>, tout comme « les mœurs et le sentiment du droit suisse »<sup>132</sup> ou les « principes juridiques fondamentaux [qui reflètent] l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants. »<sup>133</sup>.

Par le passé, le Tribunal fédéral considérait d'ordre public « les prescriptions qui doivent être observées en toutes circonstances, parce que reposant sur des considérations de politique sociale et d'éthique dont les parties ne peuvent faire abstraction »<sup>134</sup>. L'accent est ainsi mis sur la nature *morale* du droit<sup>135</sup>.

La clause de l'ordre public limite tant l'*application* du droit étranger (art. 17 LDIP)<sup>136</sup> que la *reconnaissance* et l'*exécution* des jugements étrangers (art. 27 LDIP). Cette clause doit être interprétée de manière restrictive, spécialement en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers, où sa portée est plus étroite que pour l'application directe du droit étranger (effet atténué de l'ordre public). La reconnaissance de la décision étrangère constitue la règle, dont il ne faut pas s'écarter sans bonnes raisons<sup>137</sup>.

A titre d'exemple, l'exclusion de toute vocation héréditaire de l'épouse de religion chrétienne dans la succession de son mari de confession musulmane, est contraire à l'ordre public suisse<sup>138</sup>. Ainsi encore, les demandes de reconnaissance de répudiations prononcées selon le droit musulman quand la femme ne bénéficie pas d'un droit général d'être entendue dans le cadre de

---

<sup>131</sup> ATF 142 III 180 consid. 3.2 ; 134 III 661 consid. 4.1.

<sup>132</sup> ATF 125 III 443 consid. 3d.

<sup>133</sup> ATF 120 II 155 consid. 6.

<sup>134</sup> ATF 41 II 142.

<sup>135</sup> Nous retrouverons cette dimension morale tant en matière d'interprétation (téléologique : ci-dessous Titre VI, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 4) qu'en matière de bonne foi (ci-dessous Titre VI, Chapitre 4). Les valeurs philosophiques ont été également déterminantes pour la reconnaissance ou l'établissement des principes généraux *top-down* (Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 3, Sous-section 5, § 2).

<sup>136</sup> Voir l'ATF 135 III 614 consid. 4, d'après lequel, pour le Tribunal fédéral, la prohibition de la constitution de fidécum de famille, ancrée à l'art. 335 al. 2 CC, n'est pas une loi d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP pouvant paralyser l'application d'une loi étrangère qui déclare licite, contrairement au droit suisse, la création de fondation de famille dite d'entretien.

<sup>137</sup> ATF 142 III 180 consid. 3.2.

<sup>138</sup> ATF 143 III 51 consid. 3.3.5, notamment en vertu du principe de l'interdiction de la discrimination en raison des convictions religieuses, qui – indépendamment de sa valeur constitutionnelle (art. 8 al. 2 Cst.; voir art. 14 CEDH et 26 Pacte ONU II [RS 0.103.2]) – est considéré par le Tribunal fédéral comme ressortissant de l'ordre public suisse.

cette procédure, laquelle au surplus ne garantit pas automatiquement l'égalité des époux devant la dissolution de leur lien.

L'ATF 126 III 327 est à cet égard très instructif. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral examine l'institution de la répudiation, en l'occurrence unilatérale (par le mandataire du mari) selon le droit libanais<sup>139</sup>. En l'absence de convention internationale liant le Liban à la Suisse en la matière, la reconnaissance d'une répudiation étrangère s'examine à l'aune du droit *interne* suisse, de la LDIP<sup>140</sup>. Le Tribunal fédéral adopte une approche large pour la notion de « décision étrangère de divorce », celle-ci pouvant être issue d'une procédure judiciaire, administrative ou religieuse, dans la mesure où cette procédure a un caractère officiel<sup>141</sup>.

Le Tribunal fédéral évoque la réserve de l'ordre public – qui a une composante *matérielle* et un aspect *formel* – pour se concentrer, dans le cas d'espèce, sur l'égalité des époux devant le divorce<sup>142</sup>. En l'occurrence, le juge libanais s'était contenté d'enregistrer la volonté (du mandataire) du mari, répudiation qui est une prérogative maritale. La répudiation montre ainsi une inégalité des époux, ce qui pour le Tribunal fédéral « viole manifestement l'ordre public matériel suisse »<sup>143</sup>. Cependant, notre Haute Cour ajoute qu'il faut « considérer les choses *in concreto* »<sup>144</sup>. Une fois examinés les aspects concrets de la situation, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que la répudiation concernée viole bel et bien l'ordre public matériel suisse<sup>145</sup>.

Il peut dès lors écarter l'institution de la répudiation *telle qu'elle s'est réalisée in casu*, se gardant de condamner l'institution étrangère *comme telle*, son pouvoir s'exerçant relativement au territoire suisse non à l'égard des ordres juridiques étrangers et de leur législation. Par où la notion d'ordre public nous ramène à un droit essentiellement pragmatique. L'ordre public s'élabore et se

---

<sup>139</sup> Voir aussi : S. ALDEEB ABU SAHLIEH, « Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans » in *RSDIE 1/1992*, pp. 33 ss (spéc. p. 70).

<sup>140</sup> ATF 126 III 327 consid. 2.

<sup>141</sup> ATF 126 III 327 consid. 2a. Dite vision large s'inscrit bien dans la finalité du droit international privé, qui consiste à éviter le fractionnement des relations juridiques. Or, plus l'approche est large, mieux elle sera acceptée par les autres Etats concernés par la relation juridique.

<sup>142</sup> ATF 126 III 327 consid. 3 et 4.

<sup>143</sup> ATF 126 III 327 consid. 4b.

<sup>144</sup> ATF 126 III 327 consid. 4b.

<sup>145</sup> ATF 126 III 327 consid. 4c.

Le droit dans l'espace ou « des conflits de lois »

révèle au fil d'une casuistique<sup>146</sup>. La notion d'ordre public apparaît donc bien comme une notion juridique à forte connotation politique ou axiologique.

Cet arrêt nous rappelle que le droit est tissé de nuances, de relativité, d'ambiguïtés : la répudiation, quand elle est reconnue, est-elle l'*équivalent* ou l'*analogue* du divorce ou de l'annulation du mariage<sup>147</sup> ? Cette différence de qualification n'a évidemment pas les mêmes conséquences, financières entre autres.

### **Section 3. L'« application » d'une décision étrangère : reconnaissance et *exequatur***

Soit A. – société suisse – et B. – société française – ayant conclu un contrat en France. A. ne s'exécutant pas, B. saisit les tribunaux français qui condamnent la société A. à rembourser à B. une somme d'argent. B. souhaiterait que la décision rendue en France puisse être exécutée en Suisse. Les autorités suisses assureront-elles l'exécution de ce jugement, étranger de leur point de vue ?

Le premier réflexe du juriste – nous semble-t-il – serait de répondre « Non ! » compte tenu de la valeur cardinale que représente pour tout État moderne sa souveraineté<sup>148</sup>. Si cela s'avérait être la réponse définitive, les relations privées internationales (établissement de personnes dans un autre pays, échanges commerciaux, mariages mixtes, etc.) deviendraient impossibles.

Les États acceptent donc que des décisions étrangères (c'est-à-dire non rendues par leurs autorités) déploient des effets dans leur propre ordre juridique, à certaines conditions précises évidemment et ce afin de pouvoir

---

<sup>146</sup> Voir entre d'autres l'ATF 120 II 155 consid. 6a, considérant dans lequel le Tribunal fédéral précise qu'il faut « privilégier une approche pragmatique de la question controversée, au lieu de chercher à la trancher définitivement dans un sens ou dans l'autre, d'autant plus qu'elle porte sur une notion juridique indéterminée - l'ordre public - qu'il est difficile de cerner et de définir une fois pour toutes ».

<sup>147</sup> S. ALDEEB/A. BONOMI (éditeurs), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess, Zurich, 1999, p. 226.

<sup>148</sup> Issue du principe de territorialité : R.K. DÄPPEN/R. MABILLARD in : P. Grolimund/L. D. Loacker/A. K. Schnyder (éditeurs), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG)*, 4<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2020, n° 53 ad art. 25 LDIP.

exercer un certain contrôle sur elles. Elles doivent avoir été au préalable soit reconnues, soit déclarées exécutoires<sup>149</sup>.

La reconnaissance<sup>150</sup> – qui concerne en premier lieu les jugements en constatation<sup>151</sup> et les jugements formateurs<sup>152</sup> – est l'acte par lequel un jugement étranger peut déployer, en Suisse, les effets qui lui sont conférés par l'État d'origine<sup>153</sup>.

Un jugement peut être reconnu, en Suisse, selon l'art. 25 LDIP, si la compétence des autorités judiciaires ou administratives de l'État étranger dans lequel la décision a été rendue était donnée (let. a), si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive (let. b) et s'il n'y a pas de motif de refus au sens de l'art. 27 LDIP (let. c)<sup>154</sup>. Le « et » à la fin de la lettre b indique que les trois conditions sont cumulatives. La reconnaissance vise les décisions qui peuvent être attribuées à une autorité juridictionnelle qui jouit d'un pouvoir inhérent à l'exercice de la souveraineté d'un État étranger<sup>155</sup>.

Si le jugement étranger conclut à une prestation<sup>156</sup>, il devra encore faire l'objet d'une décision d'*exequatur*<sup>157</sup>. Celle-ci établit que le jugement étranger – la

---

<sup>149</sup> ATF 138 III 174 consid. 6.6. Sur ces notions, voir notamment : T. S. STOJAN, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in Handelssachen unter Berücksichtigung des IPR-Gesetzes*, Schulthess, Zurich, 1986.

<sup>150</sup> B. DUTOIT, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2016, n° 6 ad art. 25 LDIP.

<sup>151</sup> Un jugement en constatation, comme son nom l'indique, constate l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'un rapport de droit (voir aussi art. 88 CPC). Par exemple, un jugement en constatation de paternité ; un jugement en constatation négatif de droit (tel le jugement qui vise à faire constater qu'une société n'a aucune obligation de continuer à fournir des pièces de rechange à son cocontractant : ATF 144 III 175 ; ou encore, le jugement visant à faire constater qu'un prétendu débiteur poursuivi n'a pas de dette vis-à-vis du prétendu créancier poursuivant : ATF 141 III 68).

<sup>152</sup> Par un jugement formateur, le sujet obtient la création, la modification ou la dissolution d'un droit ou d'un rapport de droit déterminé (voir aussi l'art. 87 CPC). A titre d'exemple, le jugement qui prononce le divorce (art. 111 ss CC), le jugement concernant la dissolution des personnes morales (art. 78 CC, 736 ch. 4 CO), le jugement permettant de requérir le transfert de propriété (art. 665 al. 1 CC).

<sup>153</sup> DUTOIT, *Commentaire*, n° 7 ad art. 25 LDIP ; R. SCHULER/D. MARUGG in : C. Oetiker/T. Weibel (éd.), *Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, 2<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2016, n° 7 ad art. 33 CL.

<sup>154</sup> ATF 142 III 180 consid. 3.1.

<sup>155</sup> ATF 143 III 284 consid. 5.3.

<sup>156</sup> ATF 135 III 324 consid. 3.

<sup>157</sup> DUTOIT, *Commentaire*, n° 6 ad art. 25 LDIP.

reconnaissance étant admise – peut déployer en Suisse les mêmes effets qu'un jugement interne, de sorte qu'il peut être exécuté en Suisse, par la force s'il le faut<sup>158</sup>.

Ces deux procédures indépendantes, qui se déroulent selon le principe du contradictoire<sup>159</sup>, ne peuvent être évitées que si un traité international prévoit que les décisions rendues dans les États qui l'ont ratifié sont automatiquement reconnues ou déclarées exécutoires dans les ordres juridiques des autres parties au traité<sup>160</sup>. Il en va ainsi notamment dans la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL)<sup>161</sup>. Selon cette convention, la *reconnaissance* des décisions rendues par un État partie dans un autre est automatique<sup>162</sup>, tandis que l'*exequatur* doit être demandée<sup>163</sup>.

---

<sup>158</sup> DUTOIT, *Commentaire*, n° 1 ad art. 28 LDIP; R.K. DÄPPEN/R. MABILLARD in : P. Grolimund/L. D. Loacker/A. K. Schnyder (éditeurs), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG)*, 4<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2020, n° 3 ad art. 28 LDIP.

<sup>159</sup> Art. 28 LDIP; ATF 139 III 135 consid. 4.4. « Contradictoire » est utilisé ici dans son acception procédurale, à savoir une procédure qui garantit à chaque partie la possibilité de se prononcer sur les moyens proposés par son adversaire, d'examiner et de discuter les preuves fournies par lui et de les réfuter par ses propres preuves (ATF 117 II 346 consid. 1a). Voir, sur le droit comme science du « contradictoire » : Volume I, Titre II, Chapitre 1, Section 6.

<sup>160</sup> Art. 1 al. 2 LDIP.

<sup>161</sup> RS 0.275.12. Voir notamment les art. 33 ss (reconnaissance) et 38 ss (exécution) CL.

<sup>162</sup> Art. 33 al. 1 CL : « Les décisions rendues dans un État lié par la présente Convention sont reconnues dans les autres États liés par la présente Convention, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. ».

<sup>163</sup> Art. 38 al. 1 CL : « Les décisions rendues dans un État lié par la présente Convention et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre État lié par la présente Convention après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée. ». Mais cette procédure est simplifiée (art. 41 CL).

# **Titre V.**

## **La mise en œuvre du droit objectif**



Nous avons étudié jusqu'à ce stade le droit en tant qu'ensemble de règles générales et abstraites, ce que l'on désigne par « droit objectif ».

Nous avons également vu que le droit porte sur les relations humaines et est utilisé par les hommes<sup>164</sup>. Les hommes sont donc les *sujets de droit* et constituent les destinataires et les utilisateurs des règles générales et abstraites.

En les examinant, nous pouvons constater que ces règles ont des formulations disparates. Beaucoup d'entre elles comportent une formulation du type « *tel sujet a le droit de [...]* », à l'exemple de : « chaque époux [...] a droit à la moitié du bénéfice de l'autre » (art. 215 al. 1 CC), « chaque héritier a le droit de demander en tout temps le partage de la succession, à moins qu'il ne soit conventionnellement ou légalement tenu de demeurer dans l'indivision » (art. 604 al. 1 CC) ; « chaque copropriétaire peut veiller aux intérêts communs ; il jouit de la chose et en use dans la mesure compatible avec le droit des autres » (art. 648 al. 1 CC) ; « chaque actionnaire a droit à une voix au moins, même s'il ne possède qu'une action. La société peut toutefois limiter, dans les statuts, le nombre de voix attribué au porteur de plusieurs actions » (art. 692 al. 2 CO).

Cependant, la donnée peut être *plus impersonnelle*, comme dans les exemples suivants : « la chose est acquise à celui qui l'a trouvée et qui a satisfait à ses obligations, si le propriétaire ne peut être découvert dans les cinq ans à compter de l'avis à la police ou des mesures de publicité » (art. 722 al. 1 CC) ; « celui qui [...] a découvert [un trésor] a droit à une gratification équitable, qui n'excédera pas la moitié de la valeur du trésor » (art. 723 al. 3 CC) ; « celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer » (art. 41 al. 1 CO).

Quoiqu'il en soit, dans ces différents exemples, nous pouvons constater que la règle de droit confère à certaines personnes remplissant certaines qualités ou conditions un avantage, une prérogative, une faculté d'exiger quelque chose, de faire quelque chose ou d'obtenir quelque chose. Cette « faculté » conférée à un sujet de droit par la règle de droit est dénommée « droit subjectif ». Le *droit subjectif* permet donc de « mettre en œuvre » le *droit objectif*.

Selon une définition tout à fait utilitariste, le droit subjectif est une faculté conférée par le droit objectif à un sujet de droit, prérogative permettant

---

<sup>164</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

## La mise en œuvre du droit objectif

d'obtenir d'un autre sujet qu'il fournisse une certaine prestation ou exécute un certain comportement, y compris une abstention.

Il existe une seconde manière de « mettre en œuvre » le droit objectif, lequel en effet ne confère pas seulement des « droits (subjectifs) » mais octroie encore des « permissions »<sup>165</sup> : « [Les Suisses et les Suissesses] ont le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer » (art. 24 al. 2 Cst. féd.), par exemple.

Le droit positif (objectif) détermine donc des avantages et aussi des inconvénients pour les sujets de droit, leur reconnaissant des espaces de liberté mais aussi des limites.

La mise en œuvre du droit objectif implique que l'on détermine 1. le contenu de la règle de droit (*Tatbestand*), 2. les conditions auxquelles est subordonnée éventuellement la « naissance de ce contenu » (*Rechtsfolge*)<sup>166</sup>, 3. l'autorité propre à assurer l'efficacité de ce contenu et 4. la conception générale du droit suisse, dont découle la manière de comprendre et d'utiliser les règles et leur contenu.

Ce titre va donc comprendre de nombreux chapitres et subdivisions parcourant ces différents champs. Nous commencerons avec le contenu de la règle de droit, puis nous étudierons l'existence et la portée des droits subjectifs, avec un accent porté sur le droit privé.

Nous verrons que la mise en œuvre du droit objectif via les droits subjectifs et les permissions obéit à un certain nombre de grands principes – les principes généraux du droit – qui encadrent toutes les démarches juridiques. De façon imagée, on peut dire que les principes généraux constituent le milieu dans lequel baigne tout le droit positif *en tant qu'appliqué*.

Sans doute nous manquera-t-il, à l'issue de ce panorama, la plus fine pointe du droit pratique, du droit appliqué, à savoir le droit formel ou procédure au

---

<sup>165</sup> La bonne foi en tant que limite à l'exercice des droits (subjectifs) – art. 2 al. 1 CC, sur la portée de cet article, voir *infra* Titre VI, Chapitre 4, Section 6, Sous-section 2, § 2 – consacre une large liberté d'action : les sujets de droit ont même la possibilité de se comporter astucieusement, tant que ce comportement ne devient pas *manifestement* abusif – voir l'art. 2 al. 2 CC, et notamment *infra* Titre VI, Chapitre 4, Section 6, Sous-section 2, § 3. Pour les rapports entre « ruse » et « droit » Voir A. PAPAUX, « Aux sources du droit : L'autorité et la ruse » in *Revue interdisciplinaire d'études juridique* 2013/1 (RIEJ), pp. 207 ss.

<sup>166</sup> Voir *infra*, dans ce même Titre, Chapitre 4, Section 1.

sens large (organisation judiciaire, procédures et arbitrages)<sup>167</sup>. Il n'est de droit matériel sans droit formel. Exprimé à l'envers, le droit matériel demeure théorique – *law in books* – sans le droit formel propre à en obtenir l'exercice concret par les autorités judiciaires – *law in action*<sup>168</sup>. Ainsi l'art. 41 CO – droit matériel – confère-t-il au lésé le droit subjectif à obtenir la réparation du dommage subi si certaines conditions sont remplies ; le droit formel indiquera quel est le juge compétent pour se prononcer sur la demande de réparation, quelle sera la voie – procédure – à suivre, etc.

---

<sup>167</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 6, Section 1, Sous-section 1.

<sup>168</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 6, Section 1, Sous-section 1.



# Chapitre 1. Le contenu des règles de droit

Le contenu des règles (de droit) varie considérablement selon les domaines du droit et l'on peut affirmer que la distinction entre droit public et droit privé<sup>169</sup> est ici – comme nous le verrons – des plus pertinentes.

## Section 1. Le contenu des règles de droit privé

Les règles de droit privé ont différents contenus. Parfois elles confèrent des droits subjectifs (sous-section 1.), ou prévoient des injonctions et des permissions (sous-section 2.). Il sied de surcroît de distinguer entre règles matérielles et règles formelles (sous-section 3.).

### Sous-section 1. Les droits subjectifs

Le but principal du droit privé consiste en l'organisation juridique des relations entre les particuliers, de leur vie privée et de la gestion de leur patrimoine.

Il s'agira de « voir » quelles sont les facultés dont dispose chaque sujet de droit<sup>170</sup> à l'endroit de ses semblables ou à l'égard d'une fraction du monde réel. Ces facultés sont dénommées, comme indiqué auparavant, *droits subjectifs*. Il s'agit dès lors de « prérogatives que leurs titulaires exercent dans leur intérêt propre »<sup>171</sup>.

La doctrine discute sans fin et depuis fort longtemps du fondement dogmatique et philosophique des droits subjectifs<sup>172</sup>. Préexistent-ils aux règles de droit ou, au rebours, en découlent-ils, en sont-ils le fruit ?<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> Sur cette distinction, voir Volume 1, Titre II, Chapitre 5, Section 2.

<sup>170</sup> Sur cette notion, voir notamment A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Editions du Seuil – Essais, Paris 2005, pp. 35 ss.

<sup>171</sup> LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 28.

<sup>172</sup> Voir notamment et pour une synthèse : E. BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, thèse d'habilitation Zürich, Mohr/Siebeck, Tübingen, 1965 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2008. Voir également le numéro 9 (1964) des *Archives de philosophie du droit (APD)*, intitulé « Le droit subjectif en question ». Voir aussi : P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, puf, Paris, 2005, p. 195 qui précise bien qu'il s'agit d'un concept « [g]uère utilisé dans le droit positif », mais qui « relève plutôt de la dogmatique ».

<sup>173</sup> MOOR, *op. cit.*, pp. 196 s.

Illustrons la problématique – procédons donc par voie inductive, *bottom-up* – en partant du droit de propriété – qui est un droit subjectif typique du droit privé –, droit subjectif dont chacun a au moins une intuition : la faculté de disposer librement de sa chose, dans les limites de la loi<sup>174</sup>. La question à résoudre, de méthodologie juridique – mais également de philosophie du droit – est la suivante : le droit de propriété est-il consubstantiel à l'être humain ou n'existe-t-il que par le ministère d'un ordre juridique qui le fait « être », le crée, lui donne vie ?

Comme souvent, ces questions sur les origines sont oiseuses – la poule ou l'œuf ? Qui pense que cette question a un intérêt se remémore Robinson seul sur son île : le droit de propriété, dit simplement « propriété », revêt-il quelque signification ? On peut en douter. La question est néanmoins pertinente dans le cas où l'homme vit *en société*, ce qui constitue la condition même d'existence du droit : *quid* par exemple de la différence entre une société capitaliste<sup>175</sup> et une société communiste<sup>176</sup> ?

---

<sup>174</sup> Art. 641 al. 1 CC. Le droit de propriété confère ainsi la faculté de tout faire avec la chose dont on est propriétaire, « dans les limites de la loi » cependant. Cela signifie que le propriétaire peut par conséquent en disposer librement, étant précisé que cette faculté vise celle de jouir de la chose, de la consommer, de la transformer – comme aussi la faculté juridique de l'aliéner et de la grever de charges : E. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Zweiter Band: Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900*, 2<sup>ème</sup> édition, Buchdruckerei Böhler & Co., Berne, 1914, p. 59. En doctrine, la propriété ainsi définie est conçue comme « propriété universelle » : B. FOËX in P. Pichonnaz/B. Foëx/D. Piotet (éditeurs), *Commentaire romand, Code civil II*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2016, n° 7 ad art. 641 CC (avec références). Il est intéressant de souligner que la version allemande de l'art. 641 al. 1 CC prévoit que la liberté du propriétaire peut être exercée « *in den Schranken der Rechtsordnung* ». La version italienne reprend la teneur allemande, car le propriétaire jouit de sa prérogative « *entro i limiti dell'ordine giuridico* ». « *Rechtsordnung* » et « *ordine giuridico* » ne se confondent pas forcément avec la « loi ». L'art. 641 al. 1 CC, en français, est un bon exemple de la réduction légaliste (tout le droit est réduit à la loi), que nous pouvons déjà rencontrer à l'art. 1 CC, notamment à sa note marginale. En effet, les restrictions à la propriété de l'art. 641 al. 1 *in fine* CC peuvent également être fondées sur la jurisprudence, voire même la coutume : FOËX, *op. cit.*, n° 22 ad art. 641 CC (avec les références) ; S. WOLF/W. WIEGAND in T. Geiser/S. Wolf (éditeurs), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 6<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2019, n° 36 ad art. 641 CC.

<sup>175</sup> Art. 641 al. 1 CC.

<sup>176</sup> Art. 25 des « Fondements » de la législation et de la procédure civile de l'ex-Union soviétique (entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1962), d'après lequel « les biens qui rentrent dans la propriété personnelle des citoyens ne peuvent être utilisés pour se procurer des revenus ne provenant pas du travail ». Voir sur ce point notamment : J. BELLON, « La

Dans le cadre plus modeste d'une introduction au droit, il nous faut cependant aborder la question de façon plus humble et regarder *ce que* cette institution « fait » (*la praxis*), sa fonction. La fonction de la propriété demeure à peu près la même au cours des temps : elle permet (faculté) au propriétaire d'exclure les autres personnes de l'accès ou de la jouissance par rapport au bien concerné.

Ce qui, dans la propriété, a changé au cours du temps et qui n'a de cesse de varier tient dans ses titulaires et dans son extension<sup>177</sup> : la tribu, le clan, la famille, une seule personne, soit une propriété collective, soit une copropriété, soit une propriété individuelle.

Que l'on se souvienne de la caractérisation du droit comme *relation* (dès l'Avant-propos). En se fondant sur cette conception réaliste, on se gardera de réduire le droit subjectif à une pure création du droit positif, qui aurait grand-peine à faire disparaître purement et simplement le droit de propriété par exemple. Toutefois, reconnaissons que le droit subjectif n'en reçoit pas moins ses contours pratiques, pragmatiques de ce droit positif.

En ce sens, le droit subjectif est une notion technique, élaborée par le droit positif<sup>178</sup>, érigée comme un avantage que ce droit positif confère à un ou quelques sujets de droit par rapport aux autres. L'affirmation d'après laquelle le droit subjectif est une notion théorique renvoie à la *Begriffsjurisprudenz*<sup>179</sup>

---

nouvelle législation civile soviétique » in *Cahiers du monde russe et soviétique*, vol. 4, n<sup>os</sup> 1-2, 1963, pp. 143-146 ; C. SALBAING/I. SALHORGNE, « Un nouveau concept de droit de propriété en Russie ? » in *Revue internationale de droit comparé* 49 (1997), pp. 543-551 ; A. CHAIGNEAU, « Le droit de propriété en Russie : l'évolution d'une catégorie juridique au gré des bouleversements politiques et économiques » in *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 38-2, 2007, pp. 77-106.

<sup>177</sup> Voir A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Presses universitaires de France, Paris, 1989.

<sup>178</sup> Étonnamment (*prima facie*), la notion de « droit subjectif » ne figure pas dans le Préambule de la Constitution fédérale. Voir parmi d'autres : A. PAPAUX in : V. Martenet/J. Dubey (éditeurs), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, Helbing Lichtenahn, Bâle, 2021, n<sup>o</sup> 35 ad Préambule, à paraître.

<sup>179</sup> Le concept de *Begriffsjurisprudenz* est employé par R. VON JHERING in : *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1884, p. 337 (réimpression par M. Leitner (éditeur), *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Linde, Vienne, 2009). Pour une analyse de la notion de « droit subjectif » chez VON JHERING, voir G. WAGNER, « Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen » in *Archiv für die civilistische Praxis* 193/4 (1993), pp. 319-347. Voir également : M. AUER, « Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant: Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds » in *Archiv für die civilistische Praxis* 208/5 (2008), pp. 584-634.

des auteurs allemands : Rudolph von Jhering identifia le « droit subjectif » comme un « intérêt juridiquement protégé »<sup>180</sup> ; pour Friedrich Carl von Savigny<sup>181</sup>, le droit subjectif est un – le – pouvoir de l'individu, fondé sur sa volonté<sup>182</sup> ; lui fait écho Bernhard Windscheid, qui considère que le droit subjectif est l'expression d'une volonté des sujets de droit reconnue par l'ordre juridique<sup>183</sup>, tandis que pour Georg Friedrich Puchta<sup>184</sup>, il s'agit d'un pouvoir sur un objet<sup>185</sup>. Dès 1878, avec August Thon, la doctrine a réduit le droit subjectif à des prétentions ou à des expectatives de prétentions (« *Anwartschaften auf Ansprüche* »)<sup>186</sup>. Dans la doctrine allemande du 19<sup>e</sup> siècle, nous trouvons déjà esquissées les deux grandes théories de classification des droits subjectifs que nous présenterons ci-après<sup>187</sup>.

---

<sup>180</sup> O. JOUANJAN, « Les aventures du sujet dans la narration villeyenne de l'histoire de la pensée juridique » in *Droit et société* 2009/1 (n° 71), p. 43. L'auteur allemand abandonna ensuite le concept même de « droit subjectif » (JOUANJAN, *eo. loc.*)

<sup>181</sup> Professeur de droit d'abord à Marburg et ensuite à Berlin : PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 503. Nous avons évoqué Friedrich Carl von Savigny à propos de la vision philosophique de l'école historique allemande (voir Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2). Von Savigny doit être également cité concernant sa vision méthodologique, présentée dans l'ouvrage *Vorlesungen über juristische Methodologie (1802-1842)*, par A. Mazzacane/J. Rückert, Vittorio Klostermann Verlag, Francfort, 2004.

<sup>182</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts, I. Band*, Veit und Comp., Berlin, 1840, p. 7: « *Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht [...]. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person. [...]. Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn* ». Voir encore à la p. 60 où von Savigny utilise la tournure « *Befugnisse der Einzelnen (das subjective Recht)* ».

<sup>183</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9<sup>ème</sup> édition, Francfort 1906, 2<sup>nde</sup> réimpression, Scientia Verlag, Aalen, 1984, p. 156: « *[das subjektive] Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft* ».

<sup>184</sup> Élève de Hegel et successeur à l'université de Berlin de von Savigny: PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 507.

<sup>185</sup> G. F. PUCHTA, *Pandekten*, 7<sup>ème</sup> édition, Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1853, §29, p. 45: « *eine rechtliche Macht über den Gegenstand* ».

<sup>186</sup> A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Hermann Böhlau, Weimar 1878, réimpression, Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. 218.

<sup>187</sup> La notion de « droit subjectif » est apparue bien avant la dogmatique allemande. L'origine du concept remonte à Guillaume d'Occam, voir : M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, puf, Paris, 2003, p. 251 ss. D'un avis divergent : S. PAHUD, *Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel. Étude de droit romain de l'époque classique*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2013, pp. 78

Pour le droit suisse, de veine pragmatique, le droit subjectif est l'expression d'un mécanisme juridique qui confère une prérogative à un sujet de droit par rapport à un nombre déterminé ou indéterminé d'autres sujets de droit.

## Sous-section 2. Les injonctions et les permissions

Certaines règles de droit privé créent un devoir juridique de nature générale ou une interdiction. D'autres offrent simplement une possibilité, une liberté qu'autrui ne doit pas entraver. Ces règles n'octroient pas, à strictement parler, une prérogative d'un sujet de droit contre d'autres : il ne s'agit donc pas de droits subjectifs<sup>188</sup>.

Par exemple :

1) « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi » (art. 2 al. 1 CC). Il ne s'agit pas d'un véritable droit subjectif, mais d'un devoir juridique de nature générale.

2) « Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui » (art. 3 al. 2 CC). Ici nous sommes confrontés à une interdiction, et non à une prérogative juridique.

3) « Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs » (art. 4 CC). La loi confère ici une règle pour sa propre application en donnant une possibilité au juge<sup>189</sup>.

4) « L'enfant âgé de 16 ans révolus a le droit de choisir lui-même sa confession » (art. 303 al. 3 CC)<sup>190</sup>. Le Code civil garantit ainsi une liberté à

---

ss. (spécialement la p. 85), qui considère que le droit romain connaissait déjà la notion de « droit subjectif ».

<sup>188</sup> La distinction entre « droit subjectif » et « permission » était déjà opérée par Guillaume d'Occam, voir : VILLEY, *op. cit.*, p. 257. Pour un aperçu des différentes catégories, voir également : LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 28.

<sup>189</sup> Sur la portée de l'art. 4 CC, voir *infra* Titre VI, Chapitre 2, Section 10.

<sup>190</sup> L'art. 49 al. 3 de la Constitution fédérale de 1874 disposait que « La personne qui exerce l'autorité paternelle ou tutélaire a le droit de disposer, conformément aux principes ci-dessus, de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de 16 ans révolus ». Sur cette matière, voir : ATF 135 I 79 ; ATF 142 I 49 ; voir aussi les art. 3 al. 1 et 14 al. 2 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE – RS 0.107), approuvée par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1996 et entrée en vigueur le 26 mars 1997.

tout enfant de 16 ans. Nous utilisons dans cet ouvrage la notion de « liberté » pour présenter la formulation de l'art. 303 al. 3 CC qui emploie, lui, le mot « droit ». La doctrine considère que la prérogative de choisir sa confession est un « droit-liberté »<sup>191</sup>. Le concept « droit-liberté » est justifié parce que la faculté conférée par l'art. 303 al. 3 CC est conçue par référence à la liberté de conscience et croyance de l'art. 15 Cst. féd., que l'enfant capable de discernement peut invoquer seul<sup>192</sup>. Certes, avant d'atteindre l'âge de 16 ans, il peut invoquer sa liberté de foi et de conscience ; ses droits doivent cependant être exercés par ses parents<sup>193</sup>, comme l'a affirmé le Tribunal fédéral<sup>194</sup>.

Ainsi, un père demanda-t-il que ses fils, scolarisés en 4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> année primaire, bénéficient d'une dispense des cours obligatoires de natation. La requête était fondée sur la liberté de conscience et de croyance. Le Tribunal fédéral – en 2008 –, en suivant les autorités cantonales, qui avaient refusé la dispense tout en prévoyant des mesures d'accompagnement, a confirmé que l'obligation de suivre les cours de natation, assortie de mesures d'accompagnement, ne constitue pas une atteinte inadmissible à la liberté religieuse<sup>195</sup>.

### Sous-section 3. Les règles matérielles et les règles formelles

Les règles formelles, pour le rappeler brièvement<sup>196</sup>, concernent la procédure.

La procédure comprend un sens large et un sens étroit. Au *sens large*, la procédure comprend les règles formelles indiquant les formes à suivre pour concrétiser un droit matériel, un contenu. Par exemple, la vente d'un bien immobilier doit s'opérer selon la forme authentique. Tandis qu'*au sens étroit*,

---

<sup>191</sup> D. MANAI-WERLI, « La fin des règles fixes en droit civil » in : A. Auer/J.-D. Delley/M. Hottelier/G. Malinverni (éditeurs), *Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2001, p. 107.

<sup>192</sup> T. ZIMMERMANN, « L'Histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse » in F. Hafner/A. Kley/V. Monnier (éditeurs), *Commentationes Historiae Ivris Helveticae, vol VIII*, Stämpfli, Berne, 2012, p. 75.

<sup>193</sup> Art. 304 al. 1 CC : « Les père et mère sont, dans les limites de leur autorité parentale, les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers ». Le droit de disposer de l'éducation religieuse de l'enfant (art. 303 al. 1 CC) fait partie de la liberté de foi et de conscience des parents (ATF 142 I 49 consid. 5.3).

<sup>194</sup> ATF 142 I 49 consid. 5.3.

<sup>195</sup> ATF 135 I 79 consid. 7.3. En 2015, le Tribunal fédéral a considéré que l'interdiction du port du voile dans une école publique, prévue dans un règlement communal, était disproportionnée, violant de la sorte l'art. 15 Cst. féd. (ATF 142 I 49).

<sup>196</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 6, Section 1.

la procédure comprend les règles formelles concernant la procédure proprement dite, à savoir les règles à suivre pour saisir les autorités<sup>197</sup>, et donc également les règles qui les organisent<sup>198</sup>.

Les règles matérielles, elles, sont constituées des règles juridiques non procédurales, des règles octroyant des contenus matériels, substantiels : c'est le droit de fond<sup>199</sup>. On y retrouve, notamment, les droits subjectifs.

## **Section 2. Le contenu des règles de droit public**

Dans cette section, le citoyen se trouve face à l'État (droit public<sup>200</sup>). Le plan est analogue à celui que nous avons esquissé pour le contenu des règles de droit privé.

### **Sous-section 1. Les droits subjectifs**

Est-il opportun, voire légitime, de parler de droits subjectifs *contre* l'État ou la collectivité publique ? Peut-on envisager également l'inverse, des droits subjectifs de l'État contre l'administré ?

---

<sup>197</sup> A titre d'exemple les art. 170 ss CC (Volume 1 Titre II, Chapitre 6, Section 1, Sous-section 1).

<sup>198</sup> Les lois d'organisation judiciaire, notamment les art. 13 ss de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).

<sup>199</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 6, Section 1, Sous-section 1.

<sup>200</sup> Sur les différents domaines du droit public, voir Volume 1, Titre II, Chapitre 5, section 4.

§ 1. *Du point de vue de l'administré*

Doctrine<sup>201</sup> et jurisprudence<sup>202</sup> admettent l'existence de droits publics subjectifs<sup>203</sup>, qui créent une relation juridique entre l'administré et l'État. L'administré aurait ainsi « le droit d'exiger de [l'État] un comportement juridique déterminé. Elle [n.d.A : la relation juridique] suppose donc que l'État constitue une personne morale »<sup>204</sup>.

Compte tenu de la particularité de la relation juridique existant entre l'administré et l'État, lequel doit notamment agir selon le *principe de la légalité*<sup>205</sup>, il est difficile de concevoir une notion homogène de « droit public subjectif »<sup>206</sup>. La jurisprudence utilise la notion de « droit public subjectif » par exemple dans la situation d'un administré au bénéfice d'une garantie de

---

<sup>201</sup> La notion de « droit public subjectif » a été conçue par Georg Jellinek, voir : G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2<sup>nd</sup>e édition, 1905, réimpression Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. Voir aussi: W. PAULY, « Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek », in : O. Jouanjan (directeur), *Figures de l'État de droit*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, pp. 297 ss ; O. JOUANJAN, « Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg Jellinek et la construction juridique de l'État moderne » in : *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande [En ligne]*, 46-1/2014, mis en ligne le 29 juillet 2019, consulté le 3 décembre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/allemande/1255> ; DOI : 10.4000/allemande.1255.

<sup>202</sup> ATF 106 Ib 371 consid. 1c ; ATF 126 I 81 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_436/2008 du 4 décembre 2008 consid. 2.1 et 2.2.

<sup>203</sup> Pour les aspects historiques de la notion, voir parmi d'autres : A. FLÜCKIGER, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration ; un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand ?* Stämpfli, Berne, 1998, pp. 19, 56 et 61 ; A.-C. FAVRE, « Cent ans de droit administratif : de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux » in *RDS 2011 II*, pp. 227 ss. notamment p. 239 note 36 et p. 246 note 87.

<sup>204</sup> A. AUER, *Les droits politiques dans les cantons suisses*, Georg, Genève, 1978, p. 14.

<sup>205</sup> Qui s'oppose au *principe de l'autonomie de la volonté* du droit privé, droit auquel la doctrine publiciste a essayé d'emprunter la notion de « droit subjectif ». Pour les positions et les différents aspects, voir notamment P. MOOR/E. POLTIER, *Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2011, p. 16.

<sup>206</sup> P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 1997, pp. 64 s. ; S. WYSS, *Das subjektive öffentliche Recht als Begriff des Bundesgerichts*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2009, pp. 150 ss. ; MOOR/POLTIER, *op. cit.*, p. 19. Il y a une conception doctrinale – théorie fonctionnelle – qui soutient qu'il n'y a pas de droits publics subjectifs de l'administré, mais que ce dont il bénéficie est la conséquence de l'organisation étatique, un « simple reflet des règles du droit [administratif] » : AUER, *op. cit.*, p. 15.

stabilité juridique<sup>207</sup> ; ainsi, le fonctionnaire public a le droit de voir respecter son traitement salarial<sup>208</sup>. A l'inverse, le titulaire d'un permis de construire ne peut bénéficier d'aucun droit public subjectif, qui lui permettrait de s'opposer avec succès à l'annulation ou à la révocation de l'octroi du permis<sup>209</sup>.

Comme exemple de « droits publics subjectifs », on rencontrera encore le droit de l'administré d'obtenir, de la part de la Confédération, le remboursement du dommage causé par un fonctionnaire fédéral dans l'exercice de ses fonctions<sup>210</sup> ; le droit de l'administré de bénéficier d'un subside de formation, si ses possibilités financières ne couvrent pas les frais de formation, l'État n'intervenant qu'à titre subsidiaire<sup>211</sup> ; ou encore, la reconnaissance d'une langue comme officielle garantit l'existence d'un droit public subjectif à son utilisation devant les autorités publiques<sup>212</sup>. Enfin, l'exercice du référendum est qualifié de « droit public subjectif »<sup>213</sup>.

Leur mécanisme paraît être celui du droit *subjectif*, au moins de manière analogique à défaut d'être identique : conférer à l'administré un droit lui permettant d'exiger une prestation de l'État.

## § 2. *Du point de vue de l'État*

L'État a le droit d'exiger des administrés certains comportements, tel le paiement des impôts, des taxes, le service militaire ou civil, etc. S'agit-il de droits subjectifs ?

---

<sup>207</sup> Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois, arrêts CDP.2015.162 et 163 du 20 janvier 2017 consid. 3c, qui précise toutefois qu'« [à] analyser la jurisprudence, il paraît toutefois difficile d'en tirer une définition [n.d.A : de la notion de droit public subjectif] ; il semble bien plutôt que, suivant un cheminement inverse, elle ait qualifié a posteriori de droits subjectifs les hypothèses où elle jugeait justifiée une protection étendue des intérêts des administrés ».

<sup>208</sup> ATF 92 I 240 consid. I.

<sup>209</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_436/2008 du 4 décembre 2008 consid. 2.2.

<sup>210</sup> Art. 3 ss de la Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF). Ce droit a été qualifié de « droit public subjectif » par le Tribunal fédéral : ATF 91 I 223 consid IV.3.

<sup>211</sup> Première Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois, arrêt 601 2020 82 du 14 août 2020.

<sup>212</sup> Alexandre PAPAUX, *La langue de la justice civile et pénale en droit suisse et comparé (Belgique, Espagne, Finlande, Canada). Etude de politique linguistique, de droit constitutionnel et de procédure*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012, p. 140.

<sup>213</sup> S. PERRENOUD, *La protection de la maternité*, Stämpfli, Berne, 2015, pp. 185 s.

Nous proposons de distinguer une approche philosophique d'une approche juridique.

Selon l'*approche philosophique*, conférer à l'État des droits subjectifs, n'est-ce point lui reconnaître trop de pouvoir sur l'administré, alors que ce n'est que dans le dessein d'accomplir des services publics que l'État reçoit des compétences ? Il n'en bénéficie jamais lui-même, à la différence des détenteurs de droits privés subjectifs. L'État cherche, au contraire, le bien-être, l'épanouissement de ses administrés.

En outre, ne peut-on pas affirmer que reconnaître des droits subjectifs à l'État, c'est le réduire à n'être qu'un particulier parmi d'autres, un simple sujet de droits, et en cela saper son autorité<sup>214</sup> ? Peut-être fallait-il en passer par là pour pouvoir attirer l'État devant les tribunaux, dits administratifs en l'occurrence, depuis le milieu du 19<sup>ème</sup> siècle.

En effet, selon l'*approche juridique* moderne<sup>215</sup>, l'État – comme toute collectivité publique – est une personne morale. Si l'on nie à l'État une personnalité juridique, il ne pourra pas bénéficier de droits subjectifs. Par fiction, le système juridique (ou le droit objectif) fait *comme si* l'État bénéficiait des mêmes prérogatives qu'une personne juridique, c'est-à-dire des droits et devoirs pouvant être examinés par un tribunal.

## Sous-section 2. Les libertés fondamentales ou les droits fondamentaux

Les libertés fondamentales sont des droits subjectifs liés à la dignité de la personne humaine, plus précisément des droits garantis par l'État et dirigés contre l'État. Elles protègent les administrés contre les ingérences du pouvoir étatique<sup>216</sup>.

Ces libertés appartiennent à l'individu, au sujet. Elles sont fondamentales non seulement parce qu'elles sont garanties par l'État via la Constitution – loi fondamentale pour tout ordre juridique de droit écrit – mais encore parce

---

<sup>214</sup> Sur la notion d'autorité, entendue comme *auctoritas*, voir Volume 1, Titre, II, Chapitre 4, Section 3, Sous-section 2, § 2.

<sup>215</sup> Sur l'État en tant que « personne » dans la philosophie contractualiste hobbesienne, voir Volume 1, Titre, II, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 4.

<sup>216</sup> LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 28 ; voir aussi l'ATF 139 I 257 consid. 5.2.2, qui traite cependant de l'art. 8 CEDH.

qu'elles concernent une finalité essentielle de l'État libéral, la liberté individuelle.

En droit suisse, nous les retrouvons aux art. 7 à 36 Cst. féd.<sup>217</sup>. La Constitution fédérale n'établit aucune hiérarchie entre les différentes libertés fondamentales<sup>218</sup>.

### Sous-section 3. Les injonctions et les défenses, voire les « devoirs »

Les injonctions arrêtées à l'endroit des particuliers sont importantes en droit public. Si ces injonctions concrétisent des interdictions concernant l'exercice des droits fondamentaux, elles doivent respecter les conditions énoncées à l'art. 36 al. 1 Cst. féd., d'après lequel il faut qu'une *base légale* – loi au sens formel, en cas de restrictions graves – le prévoie ou à défaut de celle-ci, que les atteintes aux droits fondamentaux soient justifiées par un danger sérieux, direct et imminent à l'ordre public et aux biens juridiques fondamentaux de

---

<sup>217</sup> Il s'agit de : dignité humaine (art. 7), principe de l'égalité de droit (art. 8), protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi (art. 9), droit à la vie et à la liberté personnelle (art. 10), protection des enfants et des jeunes (art. 11), droit à l'aide dans des situations de détresse (art. 12), protection de la sphère privée (art. 13), droit au mariage (art. 14), liberté de conscience et de croyance (art. 15), liberté d'opinion et d'information (art. 16), liberté des médias (art. 17), liberté de la langue (art. 18), droit à un enseignement de base (art. 19), liberté de la science (art. 20), liberté de l'art (art. 21), liberté de réunion (art. 22), liberté d'association (art.23), liberté d'établissement (art. 24), protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement (art. 25), garantie de la propriété (art. 26), liberté économique (art. 27), liberté syndicale (art. 28), garanties générales de procédure (art. 29), garantie de l'accès au juge (art. 29a), procédures judiciaires (art. 30), privation de liberté (art. 31), procédure pénale (art. 32), droit de pétition (art. 33), droits politiques (art. 34). L'art. 35 concerne la réalisation des droits fondamentaux, tandis que l'art. 36 prévoit les limitations à ces droits. Les droits fondamentaux sont aussi énumérés dans la CEDH (RS 0.101), dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, dans le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) et sont également évoqués dans le Préambule de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120, le deuxième paragraphe du Préambule dispose que les Nations Unies sont résolues « à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme »).

<sup>218</sup> ATF 142 I 195 consid. 5.6.

l'État ou de privés<sup>219</sup>. Ainsi en va-t-il des ordres de démolition d'ouvrages non conformes aux prescriptions de la police des constructions<sup>220</sup>.

Lesdites injonctions sont souvent exprimées sous formes de défenses, à l'instar en droit pénal. Les tâches conférées aux autorités publiques sont essentiellement des injonctions et des devoirs<sup>221</sup>.

#### Sous-section 4. Règles formelles et règles matérielles

La distinction est ici la même qu'en droit privé. Ainsi, l'art. 28 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité<sup>222</sup> pose les conditions matérielles auxquelles une personne a le droit d'obtenir une rente. Les modalités par lesquelles la personne concernée concrétise ce droit se retrouvent dans la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale des assurances sociales (LPGA)<sup>223</sup>, en particulier aux art. 27 ss. Concernant les principes de procédure, à savoir les règles *formelles*, le Tribunal fédéral a précisé que l'assureur doit communiquer à l'assuré, avant le début de l'expertise, le nom du médecin expert. Cette obligation s'étend au nom du médecin qui est chargé par l'expert d'établir l'anamnèse de base de la personne soumise à l'expertise, d'analyser et de résumer le dossier médical ou de relire le rapport pour vérifier la pertinence de ses conclusions<sup>224</sup>.

En matière d'assurance chômage, l'art. 17 al. 1 de la loi spécifique<sup>225</sup> dispose que « l'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit, avec l'assistance de l'office du travail compétent, entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abréger. Il lui incombe, en particulier, de chercher du travail, au besoin en dehors de la profession qu'il exerçait précédemment. Il doit pouvoir apporter la preuve des efforts qu'il a fournis ». L'assuré, s'il veut obtenir des prestations de

---

<sup>219</sup> Art. 36 Cst. féd. Voir également ATF 139 I 280 consid. 5.1 ; ATF 146 I 11 consid. 3.1.2.

<sup>220</sup> Pour un exemple, voir l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_431/2019 du 24 août 2020 consid. 2.

<sup>221</sup> Voir le Chapitre 1 du Titre 2 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD, RS 642.11) qui concerne les « Devoirs des autorités » (art. 109 à 112a) ; Art. 150 de loi vaudoise du 28 février 1956 sur les communes (LC, RSV 175.11) ;

<sup>222</sup> LAI, RS 831.20.

<sup>223</sup> LPGA, RS 830.1.

<sup>224</sup> ATF 146 V 9 consid. 4.2.3.

<sup>225</sup> Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI, RS 837.0).

l'assurance chômage, doit prouver ses recherches de travail dans un certain délai<sup>226</sup>. Il s'agit de la règle matérielle. *Jusqu'à quand* peut-il prouver ses recherches ? La règle formelle y répond : art. 39 al. 1 LPGA, qui prévoit que « Les écrits doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai à l'assureur ou, à son adresse, à La Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse »<sup>227</sup>. Ainsi, si l'assuré doit transmettre ses recherches d'emplois jusqu'au 15 novembre, il doit remettre à la poste, au plus tard le 15 novembre, son courrier. Qu'en est-il d'un courrier électronique ? Le Tribunal fédéral a jugé que l'envoi de la liste des recherches d'emploi à l'autorité par courrier électronique est admissible ; cependant, dans un tel cas, il incombe à l'assuré d'apporter la preuve que la liste est arrivée au plus tard le dernier jour du délai dans la sphère de contrôle de l'autorité<sup>228</sup>.

### **Section 3. Réflexions actuelles concernant les droits subjectifs**

Nous venons d'examiner les différents titulaires des droits subjectifs. Cependant, les catégories esquissées ne rendent pas compte de certaines évolutions actuelles de la société. D'autres « sujets » de droit sont apparus au fil du temps ou pourraient naître bientôt ; attestant que le droit est bel et bien une branche dynamique d'une part, « la plus puissante école de l'imagination » (J. Giraudoux) d'autre part. Ces titres - de gloire - méritent bien une esquisse.

#### **Sous-section 1. Les animaux**

Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2003, en Suisse, les animaux ne sont plus des choses, selon la formulation de l'art. 641a al. 1 CC. Cependant, l'art. 641a al. 2 précise-t-il que « [s]auf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux ». Le législateur a ainsi reconnu aux animaux certains intérêts juridiquement protégés.

Toutefois, la formulation négative de l'art. 641a al. 1 CC met en exergue ce que l'animal *n'est pas*, mais n'indique pas ce que l'animal *est* juridiquement.

---

<sup>226</sup> Art. 26 al. 2 de l'Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI, RS 837.02).

<sup>227</sup> Art. 39 al. 1 LPGA.

<sup>228</sup> ATF 145 V 90.

Pareille définition négative se trouve au reste consacrée dans un nombre croissant d'ordres juridiques de par le monde<sup>229</sup>.

Il existe de plus en plus de prises de positions judiciaires quant aux droits subjectifs de certains animaux, dans les pays de *common law* particulièrement. Un droit fondamental à la liberté a ainsi été examiné par des tribunaux brésiliens en faveur d'oiseaux<sup>230</sup> mais aussi d'un singe<sup>231</sup> et par la justice argentine en 2015 pour un orang-outan<sup>232</sup> et en 2016 pour un chimpanzé<sup>233</sup>. De même, le *Nonhuman Rights Project* (NhRP), porte régulièrement des cas devant les tribunaux américains tendant à la reconnaissance du droit à la vie et à l'intégrité corporelle pour les grands singes et d'autres animaux autonomes présentant des aptitudes cognitives affirmées similaires à l'homme<sup>234</sup>.

---

<sup>229</sup> Pour un survol, voir C. BLATTNER, *Protecting Animals Within and Across Borders*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 242-244.

<sup>230</sup> Par le *Supremo Tribunal Federal* (STF) le 3 octobre 1972, via la notion de l'*habeas corpus* (une garantie constitutionnelle de liberté de mouvement). En cette occasion le STF a nié l'application de l'*habeas corpus* à des animaux (en l'occurrence à des oiseaux), en arguant que « *O remédio jurídico-constitucional do habeas corpus visa a proteção da liberdade física do ser humano. A toda evidência não alcança os animais, eis que estes não se apresentam no mundo jurídico como sujeito de direito* » [Le grief juridique-constitutionnel de l'*habeas corpus* vise à protéger la liberté physique de l'être humain. De toute évidence il ne vise pas les animaux, qui ne se présentent donc pas dans le monde juridique comme des sujets de droit](décision n° 50.343 – GB, publiée in *RTJ (revista trimestral de jurisprudência)* 63 (1973), pp. 399 ss.

<sup>231</sup> Le STF, par le juge Edmundo Lúcio da Cruz, a nié l'application de l'*habeas corpus* pour le singe « Suíça » le 28 septembre 2005 (voir pour le texte de la décision : [https://iapps.courts.state.ny.us/fbem/DocumentDisplayServlet?documentId=7LmFE\\_PLUS\\_8PvRYIP1Edgx/lZw==&system=prod](https://iapps.courts.state.ny.us/fbem/DocumentDisplayServlet?documentId=7LmFE_PLUS_8PvRYIP1Edgx/lZw==&system=prod), dernier accès le 24 décembre 2019).

<sup>232</sup> L'orang-outan Sandra du zoo de Buenos Aires a été reconnue le 21 octobre 2015 comme « *personne non-humaine* » (<http://www.revistapersona.com.ar/Persona92/92Sandra.htm>, dernier accès le 24 décembre 2019).

<sup>233</sup> Le chimpanzé Cécilia a été libérée d'un zoo suite à la décision du Tribunal de Mendoza du 3 novembre 2016, car reconnue personne non humaine ayant de droits fondamentaux. Le texte de la décision, en anglais, peut être consulté à l'adresse [https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/Chimpanzee-Cecilia\\_translation-FINAL-for-website-2.pdf](https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/Chimpanzee-Cecilia_translation-FINAL-for-website-2.pdf) (dernier accès le 24 décembre 2019).

<sup>234</sup> Voir la cause *Nonhuman Rights Project pour le compte de Hercules et Leo contre Samuel Stanley et l'Université de New York à Stony Brook* (affaire n° 152736/15). Dans une ordonnance du 20 avril 2015, la juge Barbara Jaffe de la Cour suprême de l'État de New York accepte d'examiner le cas de deux chimpanzés (Hercules et Leo) « détenus » à des fins de d'expérimentation. Dans sa décision du 30 juillet 2015 cependant, la juge refuse d'accorder l'*habeas corpus* aux deux chimpanzés, non sans procéder à

Les interrogations autour du statut juridique des animaux et de leurs possibles droits subjectifs sont d'une vivante actualité. Nul doute que le champ du « droit animalier »<sup>235</sup> connaîtra de belles moissons dans les années à venir.

## Sous-section 2. L'intelligence artificielle et les algorithmes

Les titulaires des droits subjectifs ont été longtemps les seuls *individus*<sup>236</sup>, « individu » désignant une entité qui ne peut pas être divisée (« *in-divisus* »), même si son corps – humain – change continuellement<sup>237</sup>. Il s'agit des personnes *physiques*.

A ces individus, la « science juridique » a adjoint, métaphoriquement, les « personnes *morales* »<sup>238</sup>. Celles-ci agissent par l'intermédiaire de leurs *organes* ; le code civil est explicite à ce sujet : la personne morale *manifeste sa volonté* via ses organes<sup>239</sup>. A côté de la métaphore de la *personne* s'invite donc, pour compléter le raisonnement, celle de l'*organe*. La lecture

---

d'intéressantes remarques. Le dossier est accessible sur le site internet de la Cour suprême de l'État de New York, section de Manhattan, à l'adresse <http://iapps.courts.state.ny.us/iscroll/SQLData.jsp?IndexNo=152736-2015> (dernier accès le 24 décembre 2019).

<sup>235</sup> Du nom d'un ouvrage éponyme français : J.-P. MARGUÉNAUD/F. BURGAT/J. LEROY, *Le droit animalier*, Presses universitaires de France, 2016. Voir encore C. REGAD/C. RIOT/S. SCHMITT (éd.), *La personnalité juridique de l'animal*, LexisNexis, Toulon, Vol. 1, 2018 et Vol. 2 (*Préface* d'A. Papaux), 2020.

<sup>236</sup> En réalité les *citoyens* avant tout : voir Volume 1, Titre I, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2 et Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1.

<sup>237</sup> Y. N. HARARI, *Homo Deus. Une brève histoire du futur*, Éditions Albin-Michel, Paris, 2017, pp. 108 et 293.

<sup>238</sup> Le mot *societas* indique déjà à Rome une association commerciale : CICÉRON, *Pro Quintio*, III, 12. Le mot « *corporation* » vient du latin « *corpus* », corps. Et le corps physique est ce qui manque aux corporations : la métaphore est encore plus efficace. Le Tribunal fédéral a affirmé que les personnes morales sont une « création de l'ordre juridique » (ATF 138 III 337 consid. 6.1). En allemand l'expression « *personne morale* » est rendue par « *juristische Person* » et en italien par « *persona giuridica* ». Il s'avère que le mot « *personne* », dans le langage du droit, renvoie à un processus d'abstraction : S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari-Rome, 2015, p. 140. Sur l'histoire de la *personne*, voir parmi d'autres : R. ORESTANO, *Azioni, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Il Mulino, Bologne, 1978 ; Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit » dans *Le Débat* 1998/3 (N° 100), pp. 85-107.

<sup>239</sup> Art. 55 al. 1 CC : « La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes ». Les organes d'une personne morale sont par exemple le Conseil d'administration, pour une société anonyme ou le Comité, pour une association etc.

anthropomorphique paraît claire : un concept abstrait, fruit d'une convention sociale, est vêtu d'un habit reflétant les attributs humains.

Cet habit conceptuel humain est tributaire, avons-nous vu, de la *volonté*, qui est l'élément nécessaire pour pouvoir être titulaire de droits et d'obligations<sup>240</sup>. Les personnes morales expriment leur volonté – de par la loi – grâce à des personnes physiques, ses organes.

La volonté n'est pas la seule caractéristique humaine attribuée au concept abstrait de personne morale. Il y a également la *conscience*, dont une définition est difficile à donner, car « [p]ar nature, la conscience échappe à toute définition absolue. On ne peut la circonscrire que formellement : c'est la somme des valeurs définissant ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, ce qui est juste ou non, à quoi s'ajoute l'obligation contraignante pour l'individu d'agir en fonction de ces valeurs. Les décisions de conscience résultent de processus intérieurs complexes et obligent si fortement l'individu à un comportement particulier qu'elles en deviennent une question d'identité personnelle »<sup>241</sup>.

La conscience est un attribut de l'individu, rappelle l'art. 1 2<sup>ème</sup> phrase de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, affirmant que tous les

---

<sup>240</sup> Voir notamment les art. 13 et 16 CC concernant la capacité de discernement. Capacité de discernement qui est composée de deux éléments (ATF 134 II 235) : l'un intellectuel (la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé) et l'autre caractériel au sens psychologique et non psychopathologique du terme (la capacité à agir selon sa propre volonté en fonction de ladite compréhension raisonnable). Voir cependant la « jouissance des droits civils » qui est reconnue à « toute personne » : art. 11 al. 1 CC. Voir aussi l'art. 1 CO qui explicite la notion de manifestation de volonté. Dans le système du CO, la volonté peut être conçue comme le résultat de la performance psychologique des parties consistant en la pondération de différentes aspirations suivie de l'élaboration d'un point de vue en vertu et ensuite duquel le sujet se dispose à être lié juridiquement : C. ZELLWEGE-GUTNECHT/E. BUCHER in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand (éditeurs), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2019, n° 3 ad art. 1. Voir également : H. BECKER in : *Berner Kommentar, VI/1*, 2<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 1941, n° 3 ad art. 1 CO, qui précise que la manifestation [« Erklärung »] est « eine Aussage über das, was gewollt ist » ; P. JÄGGI in : *Zürcher Kommentar, V/1a*, 3<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich, 1973, n° 20 ss ad art. 1 CO ; A. VON TUHR/H. PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I*, 3<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich, 1979, pp. 157 ss ; ENGEL, *op. cit.*, pp. 123 ss. ; A. MORIN in : L. Thévenoz/F. Werro (éditeurs), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, 2<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012, n° 7-19 ad art. 1.

<sup>241</sup> Passage tiré du Message du Conseil fédéral du 22 juin 1994 concernant la loi fédérale sur le service civil (Loi sur le service civil, LSC), FF 1994 III 1625.

êtres humains « sont doués de raison et de conscience ». Des décennies plus tôt, le 7 juillet 1915, le Tribunal fédéral soulignait que « La vie, la volonté, la conscience d'une personne morale sont d'un tout autre ordre que celles d'une personne physique ; il est impossible de les ramener à un processus physiologique et psychologique se déroulant dans l'être collectif lui-même ; ce n'est pas en lui, c'est dans les êtres humains qui sont ses organes que se trouve le siège des perceptions et des volitions qui lui sont attribuées comme étant les siennes propres »<sup>242</sup>.

Ainsi, dans la sphère juridique, la conscience relève-t-elle du for intérieur : « [c]'est l'instance éthique intérieure devant laquelle les individus s'engagent envers eux-mêmes. La conscience est le siège des décisions morales prises en fonction des normes fondamentales que représentent les convictions individuelle »<sup>243</sup>.

De nos jours, de nouvelles métaphores apparaissent suite à l'émergence de l'informatique et de l'« intelligence artificielle »<sup>244</sup> : « agent intelligent », « avatar », etc.<sup>245</sup>. Le monde juridique est confronté avec des logiciels qui sont capables d'imiter certaines fonctions humaines, voire de les mieux accomplir<sup>246</sup>. L'être humain est-il dès lors obsolète ?<sup>247</sup> Mais, s'il est obsolète, comment concevoir, métaphoriquement, ces nouvelles technologies ?

---

<sup>242</sup> ATF 41 I 212, p. 214. La jurisprudence a d'ailleurs développé ces attributs humains ; voir récemment (avec un résumé) : ATF 138 III 337 qui admet qu'une personne morale peut faire valoir en justice une demande en réparation du tort moral en application de l'art. 49 CO.

<sup>243</sup> *Ibidem*. La conscience exprime ainsi « une obligation intérieure et contraignante pour l'individu » (extrait de la décision sur recours de la Commission de recours du Département fédéral de l'économie du 20 avril 2000 dans la cause K. c / l'Organe d'exécution du service civil, n° 99/5C-025 du 22 avril 2000, *JAAC 64 (2000)*, n° 126, consid. 2.1).

<sup>244</sup> « Intelligence » en anglais signifie « 1. The ability to learn, understand and think in a logical way about things, the ability to do this well » ; et encore « 2. Secret information that is collected about a foreign country [...], the people that collect this informations », voir S. WEHMEIR (éditrice), *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 7<sup>ème</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2000, ad "intelligence", p. 676. La traduction française par « intelligence » est donc partiellement erronée.

<sup>245</sup> D. BOURCIER, « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? » in : *Droit et société 2001/3 (n°49)*, p. 849.

<sup>246</sup> BOURCIER, *eo. loc.* Voir également : P. GILLIÉRON, *La transformation numérique du monde du droit*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2019.

<sup>247</sup> À ce sujet, voir : G. ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen. Band I: Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, 4<sup>ème</sup> édition, C. H. Beck, Munich,

Les algorithmes – à savoir des suites d'instructions qui permettent à un ordinateur d'exécuter une tâche, qui consiste en la résolution d'un problème<sup>248</sup> – et l'intelligence artificielle<sup>249</sup> – soit des applications et des programmes<sup>250</sup> qui permettent, entre autres et si on se limite au domaine juridique, d'analyser des contrats ou de proposer une justice « prédictive »<sup>251</sup> basées sur des décisions de jurisprudence précédentes<sup>252</sup> – interrogent les assises du concept de sujet de droit : il s'agissait d'abord de l'être humain uniquement, auquel ont été ajoutées les personnes morales. La prochaine évolution inclura-t-elle les logiciels, suites de 0 et 1 ?

Ces nouveaux venus conduisent à repenser la notion même du *titulaire* de droits subjectifs<sup>253</sup>. Une machine peut-elle être titulaire de droits et

---

2016 (Le titre français est édifiant: *L'obsolescence de l'homme*); IDEM, *Die Antiquiertheit des Menschen. Band II: Über die Zerstörung des Lebens im Zeitalter der dritten industriellen Revolution*, 4<sup>ème</sup> édition, C. H. Beck, Munich, 2018. Voir aussi: RODOTÀ, *op. cit.*, p. 199: “*La persona di nuovo consegnata all'astrazione, disincarnata, ridotta a fantasma tecnologico?*”.

<sup>248</sup> C. DUBOIS/F. SCHOENAERS, « Les algorithmes dans le droit : illusions et (r)évolutions. Présentation du dossier » in : *Droit et Société 2019/3 (n° 103)*, p. 503.

<sup>249</sup> Il n'existe pas de définition univoque d'« intelligence artificielle ». Pour un aperçu des définitions, voir notamment : OCDE, *Artificial Intelligence in Society*, OECD Publishing, Paris, 2019, pp. 22 ss (accessible à l'adresse : <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/eedfee77-en.pdf?expires=1600870153&id=id&accname=ocid195770&checksum=AE28E746D3FEE7F664544F291C7A685A>, dernier accès le 28 février 2021) ou encore le « Rapport du groupe de travail interdépartemental « Intelligence artificielle » au Conseil fédéral » du 13 décembre 2019, pp. 18 ss. (accessible à l'adresse : <https://www.sbf.admin.ch/sbf/fr/home/politique-fri/fri-2021-2024/themes-transversaux/numerisation-fri/intelligence-artificielle.html>, dernier accès le 28 février 2021).

<sup>250</sup> Il faut de plus mentionner le thème du « *machine learning* » et des « systèmes experts ». Par le « *machine learning* », le logiciel « plonge dans les données en suivant des instructions élémentaires. L'algorithme identifie lui-même certains schémas, puis avec le temps les rattache à tels ou tel résultats. En un sens, il apprend » : C. O'NEIL, *Algorithmes. La bombe à retardement*, traduit de l'anglais par S. Marty, Les Arènes, Paris, 2018, p. 121 ; un système expert est « système informatique qui a pour finalité de simuler l'activité d'un expert humain et de traiter de problèmes qui mettent en jeu une rationalité limitée » : BOURCIER, *op. cit.*, p. 855.

<sup>251</sup> Sur cette notion, voir *infra*, dans ce même volume, Partie VI, Chapitre 2, Section 11.

<sup>252</sup> DUBOIS/SCHOENAERS, *op. cit.*, p. 504.

<sup>253</sup> I. ASIMOV, dans sa nouvelle « Le Correcteur » [in : *Le défilé des robots*, J'ai lu, Paris, 2009], nous présente le robot correcteur EZ-27, appelé « Easy ». Ce dernier doit témoigner dans un procès ouvert suite à des corrections qu'il a introduites dans un livre du professeur pour lequel il travaillait. Certes, nous sommes dans la science-fiction,

obligations ? La question se pose puisque les ordinateurs permettent aujourd'hui de dissocier l'intelligence (entendue ici comme puissance de calcul) de la conscience. Une machine – extraordinairement intelligente (par sa mémoire, sa rapidité de computation, sa capacité à résoudre des problèmes logiques complexes, etc.), mais non consciente – agit cas échéant plus efficacement que les hommes. Toutefois, cette efficacité est relative aux tâches confiées aux machines, qui consistent à reconnaître des *patterns*<sup>254</sup>, à savoir des *modèles* prototypiques<sup>255</sup> qui, d'un côté, sont des simplifications de la réalité<sup>256</sup> et, de l'autre, ne peuvent pas épuiser une justice raisonnant en degrés, selon le « plus-ou-moins », procédant à des pondérations non prédictibles des arguments (suivant le symbole de la balance), une justice rendue de surcroît à l'occasion d'un cas, de *ce cas-ci*, devant épouser la singularité concrète de telle espèce tout en en assurant la commensurabilité à la généralité abstraite de la loi<sup>257</sup>.

Faudra-t-il reconnaître aux algorithmes, aux logiciels, à l'intelligence artificielle la personnalité juridique ? Certes, rien ne s'y opposerait, métaphoriquement. Comme nous l'avons évoqué ci-avant, les personnes *morales* sont des sujets de droit *créés* par l'ordre juridique<sup>258</sup>. En prolongeant la métaphore anthropomorphe, nous pourrions évoquer des personnes *numériques, digitales*.

La personnalité implique cependant, comme nous l'avons vu ci-avant, intelligence et conscience, à savoir l'expression d'une volonté. Est-ce qu'un algorithme *manifeste* une volonté qui lui est propre ? Comme l'indique son étymologie, l'« *intelligence* » (artificielle) n'est pas uniquement l'habilité à

---

mais admettre qu'un robot puisse devoir rendre des comptes ne signifie-t-il pas, à revers, lui reconnaître des droits subjectifs ? Voir à ce sujet, notamment : BOURCIER, *op. cit.*, pp. 847 ss.

<sup>254</sup> HARARI, *Homo Deus*, p. 314.

<sup>255</sup> PAPAUX, *Introduction à la philosophie du "droit en situation". De la codification légaliste au droit prudentiel*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2006, pp. 194 ss. ; O'NEIL, *op. cit.*, pp. 36, 40 et 66 ; F. BOHNET/S. MARIOT, « E-Procès civil en Suisse » in *RDS 139 (2020) I*, p. 217.

<sup>256</sup> O'NEIL, *op. cit.*, p. 38, qui rappelle qu'un modèle ne peut pas « embrasser toute la complexité du monde réel ni toutes les nuances de la communication humaine ».

<sup>257</sup> PAPAUX, *Introduction*, p. 201 ; BOHNET/MARIOT, *op. cit.*, p. 217. Voir également : A. FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple*, Stämpfli, Berne 2019, p. 509. Le résultat du raisonnement judiciaire est, lui, « le plus souvent » binaire : légal ou illégal, permis ou interdit.

<sup>258</sup> ATF 138 III 337 consid. 6.1.

comprendre, mais aussi l'assemblage de donnée<sup>259</sup> ; un assemblage opéré *artificiellement* (dans un premier temps en tous les cas) c'est-à-dire par l'intermédiaire de la personne physique qui introduit les données dans la machine<sup>260</sup>. Rien ne permet d'affirmer qu'une machine puisse exprimer une volonté ou puisse disposer d'une conscience telles que le droit les consacre usuellement. Mais le droit et les machines évoluent ; la question de l'éventuelle personnalité juridique des machines se posera de toute évidence au législateur et à la doctrine<sup>261</sup>.

### Sous-section 3. La Nature

Parmi les réflexions actuelles concernant la notion de « sujet de droit », nous devons mentionner les préoccupations environnementales. Celles-ci posent la question de la nature comme sujet de droit<sup>262</sup>.

Emblématiques, selon nous, ces deux exemples, parmi tant d'autres désormais :

---

<sup>259</sup> « *Intelligence* » en anglais signifie certes « *the ability to learn, understand and think in a logical way about things, the ability to do this well* », mais également « *secret information that is collected about a foreign country [...], the people that collect this informations* » (S. WEHMEIR (éd.), *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 7<sup>ème</sup> édition, Oxford, Oxford University Press, 2000, ad "intelligence", p. 676).

<sup>260</sup> O'NEIL, *op. cit.*, p. 15.

<sup>261</sup> Pour un aperçu des questions qui peuvent se poser voir notamment : P. DUMOUCHEL, « Intelligence, Artificial and Otherwise » in : *Forum philosophicum* 24 (2019), n° 2, pp. 241 ss. Dans cet article, l'auteur compare l'intelligence humaine et l'intelligence artificielle et les distingue en se concentrant sur trois aspects : la personnification (« *embodiment* »), l'autonomie (« *autonomy* ») et le jugement (« *judgment* »). Cette comparaison devrait permettre de mieux comprendre les promesses et les limites de l'intelligence artificielle actuelle, ainsi que la place qu'il faudrait lui accorder dans la culture et la société.

<sup>262</sup> Voir notamment : M.-A. HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? » in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2011/1 (66<sup>e</sup> année), pp 173-212 (<https://www.cairn.info/revue-Annales-2011-1-page-173.htm>, dernier accès le 3 décembre 2019) ; M.-A. HERMITTE, « Nature (sujet de droit) » in D. Bourg/A. Papaux (directeurs), *Dictionnaire de la pensée écologique*, Presses Universitaires de France, Paris 2015, pp. 688-692 (citée HERMITTE, *Nature*) ; R. BELAÏDI, « Entre théories et pratiques : la nature, sujet de droit dans la constitution équatorienne, considérations critiques sur une vieille antienne » in *Revue québécoise de droit international Année 2018* 1-1 pp. 93-124 ([https://www.persee.fr/doc/rqdi\\_0828-9999\\_2018\\_hos\\_1\\_1\\_2298](https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2018_hos_1_1_2298), dernière consultation le 3 décembre 2019).

Dans la Constitution de l'Équateur de 2008, les droits de la Nature – appelée *Pacha Mama* – sont traités aux art. 71 ss. L'art. 71 al. 2 prévoit que « *Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda* »<sup>263</sup>. Tout un chacun peut ainsi exiger, de l'autorité judiciaire, le respect des droits de la Nature. Droits qui sont explicités à l'article suivant : « *La naturaleza tiene derecho a la restauración* » (art. 72). La Nature a donc le *droit* à être restaurée.

En 2017, les autorités néozélandaises ont adopté le « *Te Awa Tupui (Whanganui River Claims Settlement) Bill* ». Ce texte juridique concerne le fleuve Te Awa Tupua – le plus long fleuve navigable de la Nouvelle Zélande – dont l'art. 14(1) précise que « *Te Awa Tupua is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person* »<sup>264</sup>.

A nos latitudes, le 15 décembre 2017 Lisa Mazzone a déposé un postulat intitulé « *Doter les glaciers d'une personnalité juridique et aménager des voies de droit. Une opportunité pour notre pays?* », par lequel le Conseil fédéral aurait été chargé de rendre un rapport sur la possibilité de doter les glaciers suisses d'une personnalité juridique propre et de prévoir d'éventuelles voies de droit pour sanctionner les violations de cette personnalité<sup>265</sup>. Le Conseil fédéral, à titre de réponse, le 14 février 2018, a d'abord rappelé les principes de l'ordre juridique suisse relatifs à la notion de personnalité juridique. Pour l'Exécutif, cette personnalité « est intrinsèquement liée à la personne physique en tant qu'individu »<sup>266</sup>. Concernant les personnes morales, le Conseil fédéral

---

<sup>263</sup> « Toute personne, communauté, peuple ou nation pourra exiger de l'autorité publique le respect des droits de la nature. Dans l'application et l'interprétation de ces droits, les principes énoncés dans la Constitution sont respectés, cas échéant » [eu égard à la spécificité de ce sujet de droit], selon notre traduction.

<sup>264</sup> « Te Awa Tupua est une personne au sens du droit et a tous les droits, pouvoirs, devoirs et responsabilités d'une personne juridiquement reconnue ». Voir également C. J. IORNS MAGALLANES, « Nature as an Ancestor: Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand (2015) » in *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement*, hors-série 22, septembre 2015, en ligne : <https://journals.openedition.org/vertigo/16199> (dernier accès le 3 mars 2020).

<sup>265</sup> Postulat n° 17.4312 (accessible à l'adresse <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20174312>, dernier accès le 28 février 2021).

<sup>266</sup> Avis du Conseil fédéral du 14 février 2018 sur le postulat n° 17.4312 (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20174312>, dernier accès le 28 février 2021).

souligne que la personnalité de ces entités dépend de la considération qu'elles « poursuivent toujours un but intrinsèque »<sup>267</sup>. Aux glaciers, comme aux autres choses (juridiques)<sup>268</sup>, manque la personnalité – a conclu le Conseil fédéral – parce qu'ils « ne poursuivent pas de but intrinsèque »<sup>269</sup>. Le postulat a été ensuite classé, du fait que le Conseil national n'a pas conclu son examen dans un délai de deux ans<sup>270</sup>. Le sort de la personnalité juridique des glaciers est donc scellé.

L'association ID Eau - Association imagination durable pour l'eau et le développement durable<sup>271</sup> - a proposé, le 9 mai 2020, de donner une personnalité juridique au Rhône, depuis le glacier en Valais jusqu'à son delta en France<sup>272</sup>. Une sensibilisation a été menée entre le 18 septembre et le 3 octobre 2020<sup>273</sup>. Le temps dira si le Rhône bénéficiera d'un statut qui, pour l'heure, a été refusé aux glaciers.

Certes, nombre d'interrogations méthodologiques ne sont pas résolues, notamment ce qu'il convient exactement d'entendre par « Nature »<sup>274</sup>, qui a la qualité pour agir, à qui doit revenir les possibles dommages et intérêts en cas d'action en responsabilité, etc. Cependant, la question de la

---

<sup>267</sup> Avis du Conseil fédéral du 14 février 2018 sur le postulat n° 17.4312 (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20174312>, dernier accès le 28 février 2021). Le Conseil fédéral rappelle également que la personnalité morale est « une catégorie juridique limitée (art. 52 CC) ».

<sup>268</sup> Les animaux constituent une catégorie spéciale : voir la sous-section 1 qui précède ainsi que l'avis du Conseil fédéral du 14 février 2018 sur le postulat n° 17.4312 (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20174312>, dernier accès le 28 février 2021).

<sup>269</sup> Avis du Conseil fédéral du 14 février 2018 sur le postulat n° 17.4312 (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20174312>, dernier accès le 28 février 2021).

<sup>270</sup> Art. 124 al. 4 Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl, RS 171.10).

<sup>271</sup> Association inscrite au Registre du commerce vaudois le 3 octobre 2018 (n° IDI CHE-191.852.718).

<sup>272</sup> Voir à ce sujet notamment : <https://www.appeldurhone.org>; <https://www.rts.ch/play/radio/priise-de-terre/audio/lappel-du-rhone-pour-une-reconnaissance-juridique-du-rhone?id=11274994&fbclid=IwAR3xaKKwDa0u8ytItrtX8HLanZOKmRdmCDNiW8McuV2vQ7YDtZgW0Z6sS4Q> (dernier accès le 28 février 2021).

<sup>273</sup> <https://www.rts.ch/play/radio/priise-de-terre/audio/lappel-du-rhone-pour-une-reconnaissance-juridique-du-rhone?id=11274994&fbclid=IwAR3xaKKwDa0u8ytItrtX8HLanZOKmRdmCDNiW8McuV2vQ7YDtZgW0Z6sS4Q> (dernier accès le 28 février 2021).

<sup>274</sup> M.-A. HERMITTE, *Nature*, p. 688.

« personnification »<sup>275</sup> juridique de la Nature est désormais posée. Gageons qu'il est plus difficile de *personnifier* un être inanimé qu'un animal<sup>276</sup> ; à ce titre, en effet « on voit mal comment plaider l'intérêt de la nappe [pétrolière] elle-même, à ne pas être déflorée »<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> Selon les métaphores mises en exergue ci-avant.

<sup>276</sup> HERMITTE, *Nature*, p. 688.

<sup>277</sup> HERMITTE, *Nature*, p. 688.



## Chapitre 2. Les droits privés subjectifs

### Section 1. Le rapport de droit

Dans leur acception moderne, les droits subjectifs créent un rapport de droit. Si nous affinons leur analyse sur cette base, nous pouvons en donner deux définitions différentes :

- 1) une faculté conférée par une règle de droit à un sujet de droit d'exiger un certain comportement d'un autre sujet de droit. Le rapport de droit ainsi créé met l'accent sur les *sujets* de la relation ;
- 2) une faculté conférée par une règle de droit à un sujet de droit d'agir sur une chose ou sur une situation juridique ou sur la volonté d'autrui. Le rapport de droit ainsi créé met l'accent sur l'*objet* du droit en question.

De ces deux définitions découlent deux types<sup>278</sup> de classification différents des droits subjectifs, selon que l'on se place du point de vue des *sujets* de droit ou de l'*objet* du droit.

#### Sous-section 1. La théorie des deux sujets

Cette théorie<sup>279</sup> affirme que tout droit subjectif repose sur un rapport entre d'une part le sujet *actif* titulaire du droit, l'agent juridique qui jouit ou peut jouir de l'avantage procuré par le droit ; d'autre part le sujet *passif* destinataire du droit, le patient (celui qui « pâtit ») juridique qui se trouve limité dans ses droits, contraint, obligé de supporter les conséquences du droit subjectif<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Pour ENGEL, *op. cit.*, p. 28, il y a également les *capacités*, à savoir « la faculté universelle, celle de faire des actes juridiques valables ». Il cite, par exemple, la capacité de conclure des contrats.

<sup>279</sup> Voir parmi d'autres : E. ROGUIN, *La science juridique pure, tome I*, Librairie F. Rouge & Cie, Librairie de l'Université, Lausanne, 1923, p. 509. Sur la théorie de Roguin, voir S. PINA, « La recherche d'une science pure du droit. L'œuvre méconnue d'Ernest Roguin face à la théorie de Hans Kelsen » in : *Droits 2014/2 (n°60)*, pp. 191-204 ; C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 4<sup>ème</sup> édition, Delachaux & Niestlé, Neuchâtel, 1967, pp. 102 s.

<sup>280</sup> Ce sujet est *passif*, car il pâtit [de *pathos*].

## La mise en œuvre du droit objectif

Par exemple, le contrat de bail à loyer<sup>281</sup> met en relation un bailleur et un locataire. Le bailleur doit concéder l'usage d'un bien et le locataire doit en contrepartie payer un loyer. Il en découle que :

- concernant la mise à disposition du bien, le locataire, qui a le droit d'utiliser le bien, est le sujet actif du rapport juridique, le bailleur en est le sujet passif ;
- concernant le paiement du loyer, le bailleur, qui a le droit de recevoir l'argent, est le sujet actif du rapport juridique, le locataire en est le sujet passif.

Dès lors, pour toute règle de droit dont on affirme qu'elle crée un droit subjectif, on doit pouvoir déterminer l'existence de deux sujets, chacun pouvant être du reste multiple (copropriétaires, héritiers, etc.).

### Sous-section 2. La théorie du droit (subjectif) sur l'objet

Dit de façon synthétique, cette théorie<sup>282</sup> affirme que le droit subjectif connaît un *titulaire*, lequel exerce sa prérogative (sa puissance, son pouvoir) sur un certain *objet*. Ce lien – variable – est l'essence même du rapport de droit.

Or, l'*objet* dont il est question ici, est une catégorie générale qui recoupe les notions de « chose », de « meuble », d'« immeuble » ou encore de « volonté d'autrui ». Ainsi, par exemple, le droit de propriété confère à son titulaire la maîtrise la plus exclusive, dans les limites de la loi, sur une chose au sens juridique<sup>283</sup>. Le *titulaire* (le propriétaire) exerce sa prérogative (le droit d'en disposer) sur l'*objet* (une chose).

---

<sup>281</sup> Art. 253 ss CO.

<sup>282</sup> DU PASQUIER, *op. cit.*, p. 104.

<sup>283</sup> Art. 641 al. 1 CC.

### Sous-section 3. Le droit suisse : un mixte des deux théories

La seconde théorie, plus récente, présente deux faiblesses dogmatiques :

1) elle ne passe pas le « test Robinson »<sup>284</sup> : le droit n'a de sens que s'il y a présence d'autrui ; sans présence actuelle ou potentielle d'autrui, il n'y a pas de droit, car il est, par essence, relation entre deux ou plusieurs personnes<sup>285</sup> ;

2) elle favorise une « chosification » ou « réification » de la volonté d'autrui qui peut devenir un simple objet.

Le droit suisse, comme toujours pragmatique, opère une synthèse des deux théories.

## Section 2. La classification des droits subjectifs

### Sous-section 1. Classification selon la théorie des deux sujets : droits absolus et droits relatifs

Le critère de distinction réside dans le *nombre* des sujets passifs<sup>286</sup>.

#### § 1. Définitions

Le *droit absolu* est un droit subjectif qui confère à son titulaire (sujet actif) la faculté d'interdire à *tout* sujet de droit d'adopter un comportement susceptible de nuire à l'exercice de cette prérogative. Le droit est absolu, parce qu'il existe « dans le seul intérêt » du titulaire<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> Voir à ce sujet : C. CHAPPUIS, « La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel : vers un droit subjectif absolu à être informé ? » in : C. Chappuis/B. Winiger (éditeurs), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2009, p. 28. Voir déjà Volume 1, Introduction, p. 1.

<sup>285</sup> Ainsi également : DU PASQUIER, *op. cit.*, p. 104.

<sup>286</sup> DU PASQUIER, *op. cit.*, pp. 108 s. ; ATF 52 II 370 consid. 2 : « *lediglich sog. relative Rechte erzeugt worden sind, d. h. Rechte, die dem Gläubiger nur gegenüber einer bestimmten Person: dem zu einem bestimmten Verhalten verpflichteten Schuldner, zustehen. [...] Im Gegensatz hiezu wirken die sog. absoluten Rechte (wie Persönlichkeits- und dingliche Rechte) ihrem In-halte nach gegen jedermann, d. h. sie begründen für jedermann die Verpflichtung, sich störender Einwirkungen auf sie zu enthalten.* ».

<sup>287</sup> LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 46.

## La mise en œuvre du droit objectif

Le sujet actif est ainsi autorisé à imposer sa volonté à un nombre *indéfini* de sujets passifs. Autrement dit, même à défaut de toute relation juridique spécifique, l'ordre juridique impose le respect général de ces droits<sup>288</sup>, d'où l'expression « *erga omnes* », c'est-à-dire « à l'égard de tous ». Par exemple, le droit de propriété est un droit absolu, car tout un chacun doit respecter la propriété d'autrui (art. 641 al. 2 CC) : il y a un sujet actif (le propriétaire) et un nombre illimité de sujets passifs.

A l'inverse, le *droit relatif*, appelé également droit personnel, lorsqu'on l'oppose au droit dit « réel »<sup>289</sup>, ne crée de rapport de droit qu'entre un nombre *limité* de sujets actifs et sujets passifs. Les exemples types en sont l'obligation et le contrat.

La prérogative du sujet actif ne s'exerce que par rapport à un petit nombre *déterminé* de sujets passifs. A l'exemple du contrat de bail à loyer (art. 253 ss CO) ; par ce contrat le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire, moyennant un loyer. Il s'en suit que (i) pour l'obligation de céder l'usage de la chose, le locataire est le sujet actif, le bailleur le sujet passif et (ii) pour le paiement du loyer, le locataire est le sujet passif, le bailleur le sujet actif. Il n'y a pas d'autres intervenants à la relation juridique<sup>290</sup>.

### § 2. *Objets des deux catégories de droits subjectifs*

Les *droits absolus* permettent d'imposer à quiconque (*erga omnes*) de s'abstenir de quelque chose ; mais de quoi précisément ? On distingue traditionnellement *quatre* types d'objets différents :

- 1) L'identité de la personne : les droits de la personnalité ;
- 2) Une autre personne : droit de puissance (autorité parentale)<sup>291</sup> ;

---

<sup>288</sup> P.-H. STEINAUER, *Les droits réels, tome I: Introduction à l'étude des droits réels/Possession et registre foncier/Dispositions générales sur la propriété/Propriété par étages*, 6<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2019, p. 44 n° 4.

<sup>289</sup> Voir *infra*, Section 2, Sous-section 3, § 2.

<sup>290</sup> Il sied toutefois de préciser que « bailleur » et « locataire » peuvent être « pluriels » (cobailleurs et colocataires).

<sup>291</sup> A. RUGGIERO, *L'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce. Etude de droit positif suisse de l'Avant-projet de révision du code civil suisse du 28 janvier 1992 avec un aperçu des solutions en droit français et en droit italien*, thèse de licence Lausanne, Imprimerie Chablot S.A, Tolochenaz, 1994, p. 49 ; P. VEZ in P. Pichonnaz/B. Foëx (éditeurs), *Commentaire romand, CC I*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, n<sup>os</sup> 2 et 13

- 3) Une chose : les droits réels (propriété, gage, usufruit, etc.) ;
- 4) Une idée : droit de la propriété intellectuelle et droit d'auteur.

---

ad art. 296 CC ; I. SCHWENZER/M. COTTIER in : T. Geiser/C. Fountoulakis (éditeurs), *Basler Kommentar, ZGB I*, 6<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2018, n<sup>os</sup> 3 s. ad art. 296 CC ; ATF 108 II 344 consid. 1b. Le Code civil de 1907 évoquait la « puissance paternelle » (FF 1904 IV 1, p. 36), tandis que la révision du 25 juin 1976 a remplacé ce syntagme par « autorité parentale » (voir : FF 1974 II 1, n<sup>o</sup> 323.1 p. 70, car la notion de « puissance paternelle » rappelait l'idée de *patria potestas* du droit romain). Cette dernière terminologie a enfin été reprise lors de la révision du 21 juin 2013. Le changement d'approche se remarque également dans le lexique légal : le Code de 1907 disposait que « L'enfant est soumis, pendant sa minorité, à la puissance paternelle » (art. 273 al. 1 première phrase aCC : FF 1907 VI 497), tandis que le Code de 1976 prévoyait que « L'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale » (art. 296 al. 1 aCC : RO 1977 237), enfin, dans la version actuellement en vigueur « L'autorité parentale sert le bien de l'enfant » (art. 296 al. 1 CC). Le bien de l'enfant est donc mis au premier plan. Cependant, déjà en 1974 l'autorité parentale était moins une puissance qu'une direction, car elle était le « pouvoir de prendre des décisions pour les enfants mineurs » (FF 1974 II 1, n<sup>o</sup> 323.21 p. 73). L'évolution de la conception du concept d'« autorité parentale » est également soulignée par la doctrine (SCHWENZER/COTTIER *op. cit.*, n<sup>o</sup> 3 ad art. 296, qui évoquent le passage d'un « *Herrschaftsrecht* » à un « *Pflichtrecht* ») et par la jurisprudence (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 ; ATF 142 III 1 consid. 3.3 ; ATF 136 III 356). La vision d'une autorité parentale comme droit absolu des parents est de plus limitée par la Convention relative aux droits de l'enfant conclue à New York le 20 novembre 1989 (RS 0.107), dont les art. 5, 18 et 27 mettent l'accent sur la *parentalité* et non pas sur l'*autorité*. Voir aussi la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96), conclue à La Haye le 19 octobre 1996 (RS 0.211.231.011) qui met l'accent sur la *responsabilité parentale*, concept qui comprend cependant aussi l'« autorité parentale » (art. 1 ch. 2 CLaH96). La CLaH96 insiste sur l'« intérêt supérieur de l'enfant » qui est un concept « souple et adaptable. Il devrait être ajusté et défini au cas par cas, en fonction de la situation particulière de l'enfant ou des enfants concernés, selon les circonstances, le contexte et les besoins des intéressés » (Observation générale n<sup>o</sup> 14 (2013) du 29 mai 2013, du Comité des droits des enfants, sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), IV 3). Pour le Conseil fédéral les syntagmes « bien de l'enfant » et « intérêt supérieur de l'enfant » sont synonymes : Conseil fédéral, avis du 15 mai 2019 concernant l'interpellation n<sup>o</sup> 19.3184 « Bien de l'enfant » déposée par Karl Vogler le 20 mars 2019. La conception de l'*autorité* des parents sur les enfants pourrait dès lors être repensée, car ces derniers reçoivent une nouvelle place dans la société (voir également : Observation générale n<sup>o</sup> 5 (2003) du 27 novembre 2003, du Comité des droits des enfants, concernant les mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), I 10, p. 4).

## La mise en œuvre du droit objectif

Les *droits relatifs* s'articulent autour d'un unique objet : la *prestation*, à savoir un comportement actif du sujet passif déterminé ou un comportement passif – une abstention – du sujet passif. Ainsi, dans l'exemple du bail à loyer, la prestation du bailleur consiste en la mise à disposition de la chose louée, tandis que la prestation du locataire vise le paiement du loyer.

Le titulaire du droit relatif est le *créancier*, le sujet passif ou redevable de l'obligation en est le *débiteur*. Il y a donc entre eux un rapport d'obligation, parfaitement délimité quant aux sujets concernés. Le droit est ici *relatif*, car il implique une *relation* entre, par exemple, deux personnes seulement. Il ne lie que ces personnes. Un adage latin le formule avec pénétration et brièveté : la prestation est « *res inter alios acta* », par conséquent, « *aliis nec nocet nec prodest* »<sup>292</sup>.

Encore plus pertinent, cette théorie – des deux sujets – confère des contenus identiques au droit dont bénéficie le sujet actif et au devoir dont est redevable le sujet passif. L'un et l'autre visent la prestation<sup>293</sup>.

### Sous-section 2. Classification selon l'objet du rapport : droits de jouissance et droits de compétence

#### § 1. Définitions

Les *droits de jouissance* confèrent à leur titulaire un avantage direct sur un objet soit une portion du monde extérieur.

Les *droits de compétence* octroient à leur titulaire des moyens d'organiser ses relations juridiques.

#### § 2. Subdivision des droits de jouissance et des droits de compétence

##### Sous-§ 1. Les droits de jouissance

Parmi les droits de jouissance, il est possible de distinguer les droits de maîtrise des droits de créance et des droits corporatifs.

---

<sup>292</sup> La prestation est une chose conclue entre certaines personnes, qui ne peut ni nuire ni profiter à des tiers, les « autres » (*alios, aliis*).

<sup>293</sup> DU PASQUIER, *op. cit.*, p. 103.

Les deux premiers – *maîtrise* et *créance* – peuvent être catégorisés selon deux critères :

1) *Selon l'intensité* des liens existant par rapport à l'avantage confié. On distinguera ainsi le *droit de maîtrise* – le droit qui permet de jouir d'un bien à l'exclusion de toute autre personne, à savoir le droit qui confère l'avantage le plus exclusif par rapport à tous – du *droit de créance* – le droit qui confère une faculté par rapport à la volonté d'un nombre limité de sujets de droit passifs, le droit qui permet d'exiger d'une personne déterminée un comportement bien déterminé.

2) *Selon l'objet* sur lequel s'exerce l'avantage. Les droits de maîtrise s'exercent sur sa propre personne (droits de la personnalité), sur une chose (droits réels), sur une idée (droits de la propriété intellectuelle). Quant aux droits de créance, ils s'exercent sur la volonté d'une autre personne.

Les *droits corporatifs*, quant à eux, sont liés à l'appartenance du titulaire à un groupe de personnes : société, communauté. Ils peuvent aussi bien comprendre des droits de la personnalité (droits aux relations personnelles, droit à la filiation et droit de la filiation) que des droits de créance (droit à l'entretien, droit aux dividendes), ainsi que des droits sur autrui (autorité parentale). Du fait de l'appartenance à un groupe, les droits corporatifs comportent des faisceaux de droits et obligations.

## **Sous-§ 2. Les droits de compétence**

En ce qui concerne les droits de compétence, on peut distinguer les *droits de gestion des droits formateurs*.

Les *droits de gestion*, permettent à un sujet de droit d'accomplir des actes juridiques qui produisent leurs effets directement à l'égard d'une autre personne. C'est la qualité de représentant (art. 32 ss CO) ou encore d'organe d'une personne morale (art. 55 CC) : les effets de l'acte juridique rejaillissent immédiatement sur le représenté, respectivement la société.

Les *droits formateurs*, confèrent à leur titulaire le pouvoir, par manifestation unilatérale de volonté, de créer, modifier et supprimer une situation ou un fait

juridique (on peut distinguer les droits formateurs générateurs<sup>294</sup>, modificateurs<sup>295</sup> et résolutoires<sup>296</sup>).

### Sous-section 3. Autres classifications possibles

Nous avons traversé les classifications les plus courantes en droit suisse des droits subjectifs. Cependant, que nous disent-elles sur la *nature* des droits subjectifs, sur l'*objet* sur lequel ils portent, sur le rapport de droit impliqué, sur le *contenu* de ces droits subjectifs? Assez peu de chose concrète (*pragmata*). C'est pourquoi il est judicieux d'aborder d'autres classifications plus pragmatiques, lesquelles, sans remettre en cause les deux grandes classifications, leurs donnent plus de chair, de contenu, en les considérant par le prisme de différents contextes.

#### § 1. *Droits patrimoniaux vs droits non-patrimoniaux*

Pour distinguer entre droit patrimonial et droit non-patrimonial ou extrapatrimonial, il sied de répondre à l'interrogation suivante : le droit en question peut-il être exprimé en argent, reçoit-il un équivalent monétaire? Si la réponse est affirmative, alors le droit sera patrimonial ; si elle est négative, le droit sera extrapatrimonial. Par exemple, la notion de « cause patrimoniale » utilisée dans le Code de procédure civile fédéral n'y est pas définie. La jurisprudence a dû combler cette lacune. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, si la demande en justice porte de manière prépondérante sur un objectif de nature économique, nous sommes face à une cause patrimoniale<sup>297</sup>. Ce n'est pas seulement le cas lorsque les conclusions portent sur une somme en argent, mais également quand la décision a des conséquences économiques directes, ou qu'indirectement une valeur litigieuse peut être calculée<sup>298</sup>.

Le patrimoine dont il est question ici s'entend en un sens comptable, c'est-à-dire qu'il englobe l'ensemble des actifs et des passifs d'une personne.

---

<sup>294</sup> Par exemple : un droit d'option.

<sup>295</sup> Par exemple : le droit du locataire à la réduction de loyer suite à un défaut.

<sup>296</sup> Par exemple : résilier un contrat de bail (art. 266 ss CO) ou de travail (art. 335 ss CO).

<sup>297</sup> ATF 139 II 404 consid. 12.1.

<sup>298</sup> ATF 135 II 172 consid. 3.1.

Les droits *patrimoniaux* sont par conséquent les droits qui peuvent être évalués en argent. On peut circonscrire de la sorte les principaux droits patrimoniaux :

- les droits réels ;
- les créances, dont la prestation peut être évaluée en argent (le prix dans la vente, un loyer, la valeur d'une chose à livrer)<sup>299</sup> ;
- les droits des sociétaires dans les sociétés commerciales et la qualité de membre d'une telle société<sup>300</sup>.

*A contrario*, par *droits non-patrimoniaux* (ou *extra-patrimoniaux*), sont entendus les droits subjectifs *non* susceptibles d'une évaluation monétaire<sup>301</sup>. Parmi ces droits se trouvent notamment les droits de la personnalité. Ces derniers n'ont en effet pas de valeur économique *per se*, puisqu'ils sont

---

<sup>299</sup> Voir à ce sujet l'art. 97 CO qui, en cas d'inexécution ou mauvaise exécution d'une prestation prévoit que le débiteur doit réparer le *dommage*, à savoir la diminution involontaire du patrimoine (voir ATF 139 V 176 consid. 8.1.1). Cette définition du dommage remonte à A. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1924, p. 69. Le Tribunal fédéral en a repris la définition le 29 mai 1945 (ATF 71 II 86 consid. 4), sans citer VON TUHR, mais uniquement H. OSER/W. SCHÖNENBERGER in : *Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 1: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*, 2<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich, 1929 [n° 14 ad art. 43 CO].

<sup>300</sup> Voir notamment la note marginale de l'art. 656f CO libellée « 4. Droits patrimoniaux ».

<sup>301</sup> Voir par exemple l'art. 10:301 des Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle qui traite du préjudice extra-patrimonial, dont le §1 dispose que « Selon l'étendue de sa protection (Art. 2:102), la violation d'un intérêt peut justifier la compensation d'un dommage extra-patrimonial. Il s'agit notamment des cas où la victime a souffert d'un préjudice corporel ou encore d'une atteinte à la dignité humaine, la liberté ou à d'autres droits de la personnalité. Un préjudice extra-patrimonial peut également ouvrir droit à compensation aux proches d'une victime ayant subi une atteinte mortelle ou non mortelle mais très sérieuse » (le texte de ces principes peut être consulté sur le site <http://www.egtl.org> (dernier accès le 28 février 2021). Voir également T. M. KADNER GRAZIANO, « Les Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle (Principles of European Tort Law) - Forces et faiblesses » in : B. Winiger (éditeur). *La responsabilité civile de demain/Europäisches Haftungsrecht morgen*. Schulthess, Zurich, 2008, p. 238).

étroitement, intimement liés à leur titulaire<sup>302</sup>. Ou encore, plus spécifiquement, le droit à l'honneur qui est en effet un droit de la personnalité<sup>303</sup>.

La notion de « droit patrimonial » permet de relever une distinction fondamentale, difficile à tenir tant nos esprits sont habitués, ataviquement, à les confondre : la *propriété*, pour le juriste, n'est pas la *chose*, mais le *droit* sur la chose. Ainsi, l'actif du patrimoine n'est-il pas constitué par les choses elles-mêmes, mais par l'ensemble des droits sur ces choses. Dans le langage courant nous sommes habitués à utiliser, dans ce contexte, des raccourcis. Ainsi, par exemple, nous disons « ma voiture », formule qui juridiquement signifie « la voiture sur laquelle j'exerce mon droit de propriété ». Nous confondons la chose et le droit subjectif sur cette chose<sup>304</sup>.

En revanche, il est sans doute vrai que la valeur de ces droits n'est pas sans lien avec la valeur propre des objets ou des biens en question. Par exemple, si je suis propriétaire d'un tableau de maître, mon droit de propriété vaut le montant qui pourrait être obtenu par la vente du tableau. Si j'ai ce tableau en prêt, sa valeur est nulle juridiquement pour moi, car il ne fait pas partie de mon patrimoine ; je n'ai aucun droit réel sur ce tableau<sup>305</sup>. La dissociation entre la valeur du droit et la valeur propre du tableau devient manifeste en cas de vol :

---

<sup>302</sup> N. JEANDIN, in : P. Pichonnaz/B. Foëx (éditeurs), *Commentaire romand, Code civil I*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, n° 15 ad art. 28. La distinction entre « droit patrimonial » et « extra-patrimonial », concernant les droits de la personnalité, peut ne pas être absolue. Certains droits de la personnalité fondent une prétention – accessoire – de nature patrimoniale (le droit à l'image d'un sportif : JEANDIN, *eo. loc.*) ou une prétention en dommages-intérêts lors d'une atteinte (art. 28a al. 3 CC). Cette dernière ne vise pas à rétablir la victime dans ses droits, mais à lui fournir une compensation pour le préjudice subi : A. MEILI in : T. Geiser/C. Fountoulakis (éditeurs), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 6<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2018, n° 16 ad art. 28a CC ; Jeandin, *op. cit.*, n° 19 ad art. 28a CC.

<sup>303</sup> L. RIEBEN/M. MAZOU, in : A. Macaluso/L. Moreillon/N. Queloz (éditeurs), *Commentaire romand, Code pénal II*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2017, n° 1 ad Intro. aux art. 173-178 CP.

<sup>304</sup> La confusion est encore plus patente entre possession et propriété. Ainsi, l'expression « ma voiture » peut ne pas signifier l'existence d'un droit subjectif de propriété (absolu, de jouissance, de maîtrise) sur la chose si je ne bénéficie que d'un *leasing* : je n'ai pas la propriété de la voiture, mais une simple maîtrise de fait, à savoir la possession (voir l'art. 919 ss CC).

<sup>305</sup> J'ai cependant – vu le prêt à usage, contrat régi par les art. 305 ss CO – un droit subjectif (relatif, de jouissance, de créance) à pouvoir garder et utiliser le tableau jusqu'au moment où j'en ai accompli l'usage convenu, ou par l'expiration du temps durant lequel cet usage aurait pu avoir lieu (art. 309 al. 1 CO). Je devrai ensuite le restituer au prêteur du tableau.

si mon tableau est assuré, mon patrimoine se composera désormais de sa valeur d'assurance, valeur qui peut être sensiblement plus faible que la valeur propre. Mon *droit* de propriété a perdu de sa valeur, cependant que le tableau, la *chose* entre les mains du voleur, garde potentiellement toute sa valeur vénale, même s'il devient, à coup sûr, plus difficile à vendre.

Nombre d'écueils pavent la voie du droit : le fait que la valeur d'un droit ne soit pas aisée à établir ne signifie aucunement que ce droit n'est pas patrimonial. Par exemple, que vaut le droit à obtenir un certificat de travail ? Et pourtant, celui-ci a une valeur pécuniaire<sup>306</sup>. Ou encore, que vaut un droit au partage successoral ? Il s'agit également d'un droit de nature pécuniaire<sup>307</sup>. Ou encore une action tendant à l'annulation d'une décision de l'assemblée d'une propriété par étages ? A nouveau, il s'agit d'un droit patrimonial<sup>308</sup>. Ou encore le transfert, à un État tiers, de données qui concernent un ancien employé d'une banque vise-t-il un droit patrimonial de l'intéressé ? Le Tribunal fédéral ne l'a pas admis<sup>309</sup>.

Nous avons répondu au *comment* de la distinction. Cependant le cœur vivant du droit bat du « *pour-quoi* » ? Quel est le *but* de la distinction ?

Inclure ou exclure des droits de tel patrimoine est certes déterminant pour appliquer le droit fiscal, lequel, par définition, ne porte que sur du patrimoine ; mais cela est aussi déterminant pour le droit des successions ou encore pour le droit des poursuites et des faillites<sup>310</sup>. Cela a aussi son importance lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence d'un tribunal<sup>311</sup> ou la procédure à suivre<sup>312</sup>.

---

<sup>306</sup> ATF 116 II 379 consid. 2b, qui précise que les contestations concernant l'établissement ou la formulation de certificats de travail sont de nature pécuniaire, confirmé à l'ATF 142 III 145 consid. 6.1. Voir sur le sujet : voir P. DIETSCHY, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, N 169 ss.

<sup>307</sup> ATF 102 II 176.

<sup>308</sup> ATF 140 III 571 consid. 1.1.

<sup>309</sup> ATF 142 III 145 consid. 6.

<sup>310</sup> Voir *infra* le sous-§ 5 « Droits saisissables vs droits non saisissables ». Voir aussi l'ATF 144 III 198.

<sup>311</sup> Les compétences judiciaires sont fixées en fonction de la *valeur litigieuse*, voir notamment : art. 51 *cum* art. 74, 85 LTF ; art. 4 al. 2, 5 al. 1 let. d, 8 al. 1 et 91 ss CPC.

<sup>312</sup> En matière civile, les litiges qui ne sont pas de nature patrimoniale sont soumis à la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC), sous exceptions des cas prévus par l'art. 243 al. 2 CPC (ATF 142 III 145 consid. 4). Le Tribunal fédéral a dû se prononcer, en 2016, sur la question de la nature *patrimoniale* ou *non-patrimoniale* de la transmission d'informations bancaires au Département de la Justice (DoJ) américain. Le Tribunal

*Brevitatis causa*, en droit suisse, la distinction au sein des droits subjectifs entre droits patrimoniaux et droits non-patrimoniaux, peut s'expliquer comme suit : les droits patrimoniaux recouvrent les droits réels, les droits personnels (ou de créance) et les droits de la propriété intellectuelle (brevets, etc.). Les droits non-patrimoniaux regroupent les droits de la personnalité et certains droits de la famille (mariage, filiation)<sup>313</sup>.

§ 2. *L'opposition entre droits réels et droits personnels : portée et conséquences*

Les *droits réels*, avons-nous vu, sont des droits absolus dont l'objet est une chose au sens juridique. Lorsqu'on les oppose aux *droits personnels*, on entend souligner que ces derniers, en tant que droits relatifs ou droits de créance, ont pour objet une certaine prestation exigible d'un certain débiteur.

Leur opposition permet de mettre en exergue leurs caractéristiques respectives.

**Sous-§ 1. *Numerus clausus* des droits réels**

Les droits réels sont en nombre *limité*, comme leur contenu du reste. Il s'agit du principe du *numerus clausus* des droits réels<sup>314</sup>.

Pourquoi ? Quelle est la *ratio iuris* de cette limitation ? Les droits réels sont des droits absolus, et qui dit droit absolu dit obligation passive universelle, *erga omnes* ; considéré ce lourd effet à l'égard des tiers, et pour ne pas précipiter dans l'incertitude l'ensemble des sujets passifs, il faut arrêter la liste et les contenus de ces droits<sup>315</sup>. D'où cet autre principe : celui de la publicité des droits réels, figurant dans un registre public, appelé le registre foncier<sup>316</sup>.

---

fédéral a considéré que cette transmission n'était pas de nature patrimoniale (ATF 142 III 145 consid. 6.5).

<sup>313</sup> Le droit de la famille connaît aussi des droits patrimoniaux, notamment les contributions d'entretien. Voir entre autres : P. PICHONNAZ/A. RUMO-JUNGO (éditeurs), *Droit patrimonial de la famille*, Schulthess, Zurich, 2004.

<sup>314</sup> ATF 144 III 88 consid. 5.2. Voir aussi : P.-H. STEINAUER, *Les droits réels, tome III*, 4<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2012, n° 3081; J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, *Sachenrecht*, 5<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich, 2017, n° 1868.

<sup>315</sup> Voir ATF 116 II 275 consid. 3b.

<sup>316</sup> Art. 970 CC : <sup>1</sup> Celui qui fait valoir un intérêt a le droit de consulter le registre foncier ou de s'en faire délivrer des extraits. <sup>2</sup> Toute personne a accès aux informations suivantes du grand livre : 1. la désignation de l'immeuble et son descriptif ; 2. le nom et l'identité du propriétaire, 3. le type de propriété et la date d'acquisition. <sup>3</sup> Le Conseil fédéral détermine quelles autres indications, en matière de servitudes, de charges

Celui-ci bénéficie de la foi publique<sup>317</sup>, à savoir que les droits qui y sont inscrits<sup>318</sup> font foi pour les tiers.

Ce principe découle de l'art. 9 CC, dont l'al. 1 indique que « Les registres publics et les titres authentiques font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée », tandis que l'al. 2 dispose que « La preuve que ces faits sont inexacts n'est soumise à aucune forme particulière ». L'art. 9 CC confère ainsi une force probante *accrue* à certains registres – publics – et documents – titres authentiques – dans la mesure où elle est nécessaire pour garantir l'accomplissement du droit civil<sup>319</sup>. En d'autres termes, l'art. 9 CC facilite la preuve des faits figurants dans lesdits registres et documents<sup>320</sup>. Il s'agit d'une *présomption* – la loi présume l'exactitude de certains faits – qui

---

foncières et de mentions, peuvent être mises à la disposition du public sans justification d'un intérêt particulier. Ce faisant, il tient compte de la protection de la personnalité [voir les art. 26 à 34 de l'Ordonnance sur le registre foncier (ORF) du 23 septembre 2011, RS 211.432.1].<sup>4</sup> Nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription portée au registre foncier. La *publicité* n'est cependant pas absolue, car d'après l'art. 656 al. 2 CC, celui qui acquiert un immeuble par occupation, succession, expropriation, exécution forcée ou jugement en devient toutefois propriétaire avant l'inscription, mais il n'en peut disposer dans le registre foncier qu'après que cette formalité a été remplie. Il en découle que les acquisitions des droits indiqués se vérifient en dehors du registre foncier (l'inscription au registre foncier est ainsi dite *déclarative*). Le principe de la publicité a des corollaires importants : 1) la responsabilité du Canton pour la tenue du registre foncier (art. 955 al. 1 CC) ; 2) le conservateur du registre foncier, exceptées les simples erreurs d'écriture, ne peut rectifier de son chef les documents, cette opération nécessite le consentement des intéressés (voir l'art. 977 al. 1 et 3 CC et les art. 140 à 143 ORF) ; à défaut de consentement, il devra s'adresser au juge ; 3) une mise à jour constante et précise (voir les art. 81 à 83 ORF).

<sup>317</sup> Art. 9 al. 1 CC : Les registres publics et les titres authentiques font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée ; art. 973 al. 1 CC : Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier est maintenu dans son acquisition. Le principe de la foi publique comprend non seulement le grand livre, mais aussi les pièces justificatives, dans la mesure où elles précisent la portée de l'inscription (art. 971 al. 2 CC repris par l'art. 738 al. 2 CC) : arrêt du Tribunal fédéral 5A\_372/2017 du 2 novembre 2017 consid. 5.2.

<sup>318</sup> Art. 972 CC : <sup>1</sup> Les droits réels naissent, prennent leur rang et reçoivent leur date par l'inscription dans le grand livre ; <sup>2</sup> L'effet de l'inscription remonte à l'époque où elle a été faite dans le journal, moyennant que les pièces justificatives prévues par la loi aient été jointes à la demande ou, en cas d'inscription provisoire, que la légitimation complémentaire ait eu lieu en temps utile ; <sup>3</sup> Dans les cantons où l'acte authentique est dressé par le conservateur au moyen d'une inscription dans le recueil des titres, celle-ci remplace l'inscription au journal.

<sup>319</sup> ATF 100 Ib 465 consid. 5b; ATF 138 III 150 consid. 5.1.2.

<sup>320</sup> ATF 112 II 23 consid. 4.

est *réfragable*<sup>321</sup> : elle peut être renversée en prouvant la fausseté ou l'incomplétude des indications figurant dans les registres publics et les titres authentiques.

### **Sous-§ 2. Le droit de suite des droits réels**

Le droit réel comporte un *droit de suite*, c'est-à-dire que le titulaire du droit peut récupérer *sa* chose, si elle se trouve en mains d'un possesseur<sup>322</sup>. Le titulaire du droit réel peut ainsi faire reconnaître son droit par toute personne qui a eu en mains l'objet concerné par le droit réel. En d'autres mots, plus simples, le droit réel *suit* le bien<sup>323</sup>.

### **Sous-§ 3. Le droit de préférence des droits réels**

Le droit réel implique également un *droit de préférence* sur la chose<sup>324</sup>. Le titulaire d'un droit réel a le droit de se satisfaire, avant tous les autres titulaires de droits personnels, sur le résultat éventuel de la vente des biens du débiteur. Admettons que B. bénéficie d'un droit de gage – à savoir un droit réel limité conférant à son titulaire une garantie – sur un bien appartenant à A. et que ce dernier l'a loué à C. Si B. n'est pas désintéressé par A., il peut demander que le gage soit « réalisé », à savoir que le bien soit vendu (aux enchères). C., qui n'a que la possession du bien, ne peut pas s'opposer à cette vente.

### **Sous-§ 4. La concurrence entre titulaire de différents droits**

La concurrence entre les titulaires de droit. Si plusieurs titulaires de droit personnel sont en concurrence, ils sont mis sur *ped d'égalité* dans le cadre du paiement (« désintéressement »), alors que les titulaires de droit réel sont

---

<sup>321</sup> ATF 118 II 32 consid. 3c; ATF 127 III 248 consid. 3c.

<sup>322</sup> Voir notamment l'art. 641 al. 2 CC, d'après lequel le propriétaire « peut [...] revendiquer [sa chose] contre quiconque la détient sans droit [...] ».

<sup>323</sup> FOËX, *op. cit.*, n° 6 ad Intro. aux art. 641-645 CC.

<sup>324</sup> Voir notamment les art. 198 et 219 al. 1 LP. Voir également pour un cas d'application : ATF 141 IV 360 consid. 3.2, dans lequel le Tribunal fédéral a précisé que l'État, en cas de séquestre pénal de biens d'un condamné visant à garantir l'exécution d'une créance compensatrice (art. 71 CP), n'a aucun droit de préférence sur le produit de la réalisation desdits biens.

traités par ordre chronologique, c'est-à-dire *par rang*. Le principe a son propre brocard en latin « *prior tempore, potior iure* »<sup>325</sup>.

Les deux exemples suivants illustrent la situation :

1) A. doit CHF 1'000.- à son vendeur B. pour un livre d'art. A. emprunte encore CHF 1'000.- à C. pour acquérir des gravures. Ni B. ni C. n'étant payés, ils poursuivent A. et saisissent ses biens. La vente de ces biens rapporte CH 1'500.- nets. Chaque créancier (B. et C.) recevra CHF 750.-<sup>326</sup> quand bien même les créances (droits personnels) ont pris naissance à des moments différents.

2) Supposons que A. mette en gage un de ses biens auprès de B. en garantie des CHF 1'000.- puis constitue ultérieurement un autre gage sur ce même bien en garantie du prêt des CHF 1'000.- obtenu auprès de C.<sup>327</sup>. Si B. et C. requièrent successivement la réalisation du gage, dont la vente atteint CHF 1'500.-, B. obtiendra *ses* CHF 1'000.- et C. n'aura que le reliquat, soit CHF 500.-<sup>328</sup>

### § 3. *Droits strictement personnels vs droits non strictement personnels*

Par *droits strictement personnels* nous entendons les droits subjectifs intimement liés aux sentiments humains les plus profonds, tels les biens de la personnalité ou l'aménagement des relations familiales<sup>329</sup>. Ils doivent être

<sup>325</sup> Voir les art. 812 al. 2 CC, 893 CC ; ATF 137 III 444 consid. 4.3 ; ATF 132 III 539 consid. 3.1 ; ATF 119 III 32.

<sup>326</sup> La créance totale était de CHF. 2'000.- dont chaque créancier était titulaire de la moitié (CHF. 1'000.- chacun). Lors de la répartition du produit de la vente, chaque créancier aura droit à la moitié, jusqu'à concurrence de sa créance.

<sup>327</sup> Voir l'art. 886 CC pour le cas d'un gage sur objet mobilier. Voir également, parmi d'autres : B. FOËX, *Le contrat de gage mobilier*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 1997.

<sup>328</sup> Plus un certificat d'insuffisance de gage (art. 158 LP).

<sup>329</sup> Nous sommes conscients que la notion de « droits strictement personnels » donne lieu à de nombreuses divergences d'interprétation et de terminologie. Voir sur ces points, notamment : R. FANKHAUSER in : T. Geiser/C. Fountoulakis (éditeurs), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 6<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2018, n° 2 ad art. 19c ; P.-H. STEINAUER/C. FOUNTOLAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Stämpfli, Berne, 2014 ; PH. MEIER/E. DE LUZE, *Droit des personnes*. Articles 11-89a CC, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2014 ; M. COTTIER, « L'enfant sujet de droit : bilan mitigé de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse » in : A. Leuba/M.-L. Papaux von Delden/B. Foëx (éditeurs), *Le droit en*

distingués soigneusement des droits patrimoniaux. La notion de « droits strictement personnels » comporte deux volets, l'un *absolu* et l'autre *relatif* pour demeurer simple<sup>330</sup>.

Les droits strictement personnels *absolus* sont ceux que les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils – les mineurs notamment – peuvent exercer seules<sup>331</sup>, tandis que les droits strictement personnels *relatifs* sont ceux pour lesquels le représentant légal a le pouvoir de représenter le titulaire de ces droits<sup>332</sup>.

A l'inverse, les droits *non* strictement personnels ne présentent pas ce lien intime avec les attributs profonds de la *personne*<sup>333</sup>.

§ 4. *Droits cessibles, droits incessibles, droits transmissibles, droits intransmissibles*

Un droit subjectif est *cessible* quand il peut être transmis volontairement par son titulaire *de son vivant* à un tiers. Par exemple : je vends tel bien dont je suis propriétaire.

---

*question : Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Schulthess, Genève, 2017, pp. 81-100.*

<sup>330</sup> Art. 19c CC.

<sup>331</sup> Par exemple : les fiançailles (art. 90 CC), la conclusion d'un partenariat enregistré (art. 3 LPart), le mariage (art. 94 al. 1 CC), la reconnaissance d'un enfant (art. 260 CC), ainsi que les actions relatives au testament et au pacte successoral (art. 467, 468, 509 CC). Une personne *incapable* de discernement ne pourra pas exercer ses droits strictement personnels absolus : ni toute seule – lui faisant défaut la capacité de discernement – ni par l'intermédiaire de son représentant légal – les droits sont ici absolus.

<sup>332</sup> Par exemple : les actions en protection de la personnalité (art. 28 ss CC), la requête en changement de nom (art. 30 al. 1 CC). Pour plus d'exemples, Voir MEIER/DE LUZE, *op. cit.*, pp. 86 ss et pp. 99 ss.

<sup>333</sup> Voir RJN 2017 p. 276 : locataire sous curatelle de portée générale qui fait l'objet d'une demande d'expulsion de l'appartement qu'elle prenait à bail. La locataire estime que l'expulsion constitue une atteinte à sa personnalité, justifiant qu'elle puisse agir seule (sauvegarde de ses droits strictement personnels). Le Tribunal cantonal neuchâtelois a considéré que « La participation à une procédure d'expulsion ne relève pas de l'exercice de droits strictement personnels. Les exemples mentionnés ci-dessus montrent bien que les droits qu'un locataire peut tirer de son bail – y compris après la fin de celui-ci – ne relèvent pas de tels droits. L'expulsion d'un logement entraîne certes des conséquences quant à la possibilité pour l'ex-locataire d'aller dans ce logement et d'y rester, mais n'a pas d'incidence sur ce que la loi a voulu protéger en consacrant la liberté de mouvement. » (consid. 3e).

Un droit subjectif est *transmissible* lorsque le *décès* de son titulaire n'entraîne pas la disparition du droit, mais sa transmission aux héritiers, suivant le célèbre brocard : « le mort saisit le vif », illustrant le principe de la succession légale (voir l'art. 560 CC). Par exemple : mon droit de propriété est transmissible (héréditairement), et échoit à mes héritiers.

D'où les distinctions suivantes, par cette « science des nuances » qu'est le droit : le droit strictement personnel absolu n'est – en principe – ni cessible ni transmissible. Les droits patrimoniaux sont généralement cessibles et transmissibles, mais la loi peut cependant prévoir d'autres solutions. Ainsi le droit à l'entretien du conjoint divorcé (art. 130 CC) est-il incessible, en principe<sup>334</sup> et s'éteint-il au décès non seulement du bénéficiaire, mais aussi du débiteur. Un droit peut être non-cessible mais transmissible, comme le droit à la réduction (dans le droit successoral)<sup>335</sup>.

### § 5. *Droits saisissables vs droits insaisissables*

Cette opposition reçoit son sens de la LP<sup>336</sup>. Cette loi tend, entre autres, à la réalisation des valeurs patrimoniales d'un débiteur en vue du désintéressement d'un ou plusieurs créanciers. Seuls les droits patrimoniaux peuvent être saisis.

<sup>334</sup> En effet, si le conjoint, qui y est obligé, refuse de verser la contribution d'entretien, une institution de droit public en fait l'*avance* au conjoint créancier (art. 131a al. 1 CC), et, dans cette hypothèse, la prétention à la contribution d'entretien passe avec tous les droits qui lui sont rattachés à la collectivité publique (art. 131a al. 2 CC). L'art. 131a al. 2 CC instaure une *subrogation* : cela permet, par exemple, à la collectivité publique d'intenter une action en entretien (ATF 123 III 161 consid. 4b) ou, en présence d'un titre d'entretien, de demander l'avis aux débiteurs, à savoir la possibilité offerte au juge, lorsqu'un époux ne satisfait pas à son devoir d'entretien, de prescrire aux débiteurs de cet époux – d'habitude à son employeur – d'opérer tout ou partie de leurs paiements en mains du conjoint créancier, pour les contributions futures (art. 177 CC : arrêt du Tribunal fédéral 5A\_882/2010 du 16 mars 2011, consid. 3). La solution est analogue en cas de contribution d'entretien due à des mineurs : art. 290 et 293 CC.

<sup>335</sup> La réduction est le droit (subjectif) dont est titulaire l'héritier qui, lors de la succession, ne reçoit pas le montant de sa réserve (à savoir la part de la succession qui est garantie pour certains héritiers [art. 471 CC]). Il peut ainsi attaquer certains actes du défunt dans le but de reconstituer sa réserve (voir les art. 522 ss CC). S'il meurt, ses propres héritiers en bénéficieront.

<sup>336</sup> Voir notamment : HJ. PETER, *Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Stämpfli, Berne, 2010 ; S. MARCHAND, *Précis de droit des poursuites*, 2<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2013 ; W. STOFFEL/I. CHABLOZ, *Voies d'exécution*, 3<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2016.

Toutefois, la loi déclare certains droits patrimoniaux *insaisissables*<sup>337</sup> jusqu'à hauteur d'un *certain montant*<sup>338</sup> ou pour une *certaine durée*<sup>339</sup>, voire les deux.

Lorsqu'il s'agit d'un droit réel, portant par définition sur une chose, les autorités de poursuite saisiront la chose elle-même car c'est elle qui confère sa valeur au droit réel la concernant. Toutefois, le législateur a déclaré insaisissables un certain nombre de choses, quand bien même le droit réel la concernant est saisissable : les autorités de poursuite laisseront ainsi au poursuivi un lit, pour dormir<sup>340</sup>. Cependant, si le débiteur dort dans un lit de collection Louis X (dont il est propriétaire), ce lit n'est pas indispensable, il lui suffit en effet d'un lit standard. Par conséquent, les autorités de poursuite saisiront le lit Louis X (le droit réel portant sur celui-ci) et le remplaceront par un lit normal<sup>341</sup>. Le lit Louis X sera réalisé pour désintéresser les créanciers.

---

<sup>337</sup> Voir l'art. 92 LP.

<sup>338</sup> Voir l'art. 93 al. 1 LP et la notion de « minimum vital ». A ce sujet, voir aussi les lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (minimum vital) établies dans le cadre de la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse (publiées in BISchK 2009 pp. 196 ss).

<sup>339</sup> Voir l'art. 93 al. 2 LP qui prévoit que la saisie des revenus indiqués à l'al. 1 est limitée à une année.

<sup>340</sup> Art. 92 al. 1 ch. 1 LP. L'art. 92 al. 1 ch. 1 à 11 LP dresse une liste d'autres objets déclarés insaisissables, notamment les animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain (ch. 1a), les objets et livres du culte (ch. 2), etc. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un cheval qui est gardé à une certaine distance du domicile de son détenteur, mais dont celui-ci – ou sa famille – prend soin personnellement, comme il le ferait chaque jour d'un animal domestique vivant dans sa maison (ou directement à côté), doit être qualifié d'animal qui vit en « milieu domestique » : ATF 143 III 646. De plus, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral évoque cette question dans le contexte particulier de la LP, à propos de laquelle se pose la question de savoir si la notion d'animal « vivant en milieu domestique » ne devrait pas être interprétée de manière plus étroite, afin de mieux protéger les intérêts des créanciers, mais il n'offre aucune réponse (ATF 143 III 646 consid. 3.4). Sur cet arrêt et sur la question laissée ouverte par le Tribunal fédéral, voir notamment : C. MÜLLER, « Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_241/2016 » in : Newsletter rcassurances.ch décembre 2017 ([https://www.publications-droit.ch/files/analyses/rcassurances/1a\\_17\\_decembre\\_Analyse\\_4A\\_241\\_2016.pdf](https://www.publications-droit.ch/files/analyses/rcassurances/1a_17_decembre_Analyse_4A_241_2016.pdf), dernier accès le 10 novembre 2020).

<sup>341</sup> Art. 92 al. 3 LP : « Les objets mentionnés à l'al. 1, ch. 1 à 3, sont saisissables lorsqu'ils ont une valeur élevée; ils ne peuvent cependant être enlevés au débiteur que si le créancier met à la disposition de ce dernier, avant leur enlèvement, des objets de remplacement qui ont la même valeur d'usage, ou la somme nécessaire à leur acquisition ».

§ 6. *Droits réels mobiliers vs droits réels immobiliers*

Le droit absolu de maîtrise que constitue le droit réel varie en fonction de la nature de la chose sur laquelle il porte. Le droit suisse distingue très classiquement deux types de choses : les immeubles et les meubles<sup>342</sup>.

Les *immeubles* sont définis limitativement à l'art. 655 CC. Il s'agit, selon l'art. 655 al. 2 CC, des 1) biens-fonds, 2) des droits distincts et permanents, immatriculés au registre foncier, 3) des mines et 4) des parts de copropriété d'un immeuble.

Les *meubles* reçoivent leur définition à l'art. 713 CC, d'après lequel il s'agit des choses qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, ainsi que les forces naturelles qui sont susceptibles d'appropriation et ne sont pas comprises dans les immeubles.

Il y a quelques années, le sens commun s'est révolté contre la qualification des *animaux* comme « meuble », c'est-à-dire comme « chose », concept qui ne semble guère être porteur d'affectivité. C'est pourquoi le législateur suisse a décidé le 4 octobre 2002, avec entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2003, de *découper le monde* autrement et de sortir les bêtes du règne sans âme des choses pour *en faire* (*construire* juridiquement) une catégorie propre : « animaux ». Ainsi l'art. 641a al. 1 CC dispose que « Les animaux ne sont pas des choses. », donc ni chose mobilière, ni chose immobilière. Toutefois, leur ancienne appartenance transparaît encore clairement à l'al. 2, d'après lequel : « Sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux ».

---

<sup>342</sup> Sur ces notions, voir notamment : P.-H. STEINAUER, *Les droits réels* (tome I, 6<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne 2019 ; tome II, 5<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne 2020 ; tome III, 4<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne 2012).

Et parmi ces animaux – « non-choses » – le législateur *sélectionne* encore ceux « qui vivent en milieu domestique »<sup>343</sup> et qui bénéficient d'un traitement spécial, « de faveur », par rapport au régime normal des « choses »<sup>344</sup>.

§ 7. *Droit de propriété et droits réels restreints*

Les droits réels se subdivisent suivant l'*étendue* de l'avantage dont bénéficie le titulaire<sup>345</sup>.

La *propriété* est le droit réel le plus parfait, le plus complet comprenant l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* de la chose, soit le droit d'user, de jouir et d'abuser de la chose (c'est-à-dire la détruire) selon la « bonne » volonté du titulaire du droit<sup>346</sup>. Mais cela « dans les limites de la loi »<sup>347</sup>. Il peut donc dissocier la jouissance de sa chose de la propriété. Ainsi en va-t-il lorsqu'il la loue : le propriétaire cède la jouissance moyennant un certain prix – appelé loyer<sup>348</sup> – pour l'usage conféré au locataire. Il peut également prêter la chose. Il peut en disposer : la vendre, l'échanger, la donner, la détruire.

A côté du droit de propriété (se confondant avec la chose<sup>349</sup>), il se trouve des droits réels qui confèrent à leur titulaire des *avantages moins étendus* que ceux émanant de la propriété. Dès la deuxième partie du Livre IV du CC, à partir de l'art. 730 CC, le code traite des « autres droits réels » : ce sont les droits réels restreints.

---

<sup>343</sup> Art. 651a, 722 al. 1<sup>bis</sup>, 728 al. 1<sup>bis</sup> CC; art. 42 al. 3 CO, art. 43 al. 1<sup>bis</sup> CO; art. 92 al. 1 ch. 1a LP. Sur cette notion, voir notamment la note 340 *supra* et également le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 25 janvier 2002 (FF 2002 3885) ainsi que l'Avis du Conseil fédéral du 27 février 2002 (FF 2002 5418) concernant l'initiative parlementaire « Les animaux dans l'ordre juridique suisse » (Initiative Marty).

<sup>344</sup> Conformément à l'art. 651a al. 2 CC, il est aussi concevable d'obtenir une sorte de contribution d'entretien pour les animaux domestiques dans le cadre des procédures en droit matrimonial. Voir notamment : première Chambre civile du Tribunal d'appel tessinois, arrêt n° 11.2010.85 du 1<sup>er</sup> décembre 2011 c. 4b.

<sup>345</sup> Voir *supra* la note 342.

<sup>346</sup> R. HAAB in: *Zürcher Kommentar, IV/1*, 2<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich, 1977, n° 6 ad art. 641 CC; P. LIVER, *Das Eigentum – Schweizerisches Privatrecht, V/1*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 1977, p. 16.

<sup>347</sup> Art. 641 al. 1 *in fine*. CC.

<sup>348</sup> Art. 253 ss CO.

<sup>349</sup> Voir aussi *supra* après la note 340.

Ces droits réels restreints *coexistent* avec le droit de propriété sur le même objet. Ainsi du :

- 1) droit d'usufruit : l'usufruitier a le droit de jouissance complet sur la chose<sup>350</sup>, ce qui signifie qu'il peut soit utiliser lui-même la chose, soit la louer<sup>351</sup> ;
- 2) droit d'habitation : le droit d'habitation confère à son titulaire le droit de demeurer dans une maison ou d'en occuper une partie ; il est incessible et intransmissible<sup>352</sup> ;
- 3) droit de gage : le droit de gage confère à son titulaire une garantie sur une chose du propriétaire grevé.
- 4) servitudes de toutes sortes<sup>353</sup> : le fonds qui bénéficie de la servitude est appelé fonds *dominant*, celui qui doit respecter la servitude est appelé fonds *servant*.

Relevons enfin que les droits réels, de propriété comme les autres droits réels, dits « restreints », sont mobiliers ou immobiliers suivant qu'ils portent sur des meubles ou des immeubles.

---

<sup>350</sup> Art. 745 al. 2 CC.

<sup>351</sup> Art. 755 CC : possession, usage, jouissance et gestion de la chose.

<sup>352</sup> Art. 776 al. 1 et 2 CC.

<sup>353</sup> Art. 781 al. 1 CC : Le propriétaire peut établir, en faveur d'une personne quelconque ou d'une collectivité, d'autres servitudes sur son fonds, à la condition que le fonds se prête à une jouissance déterminée, par exemple, pour des exercices de tir ou pour un passage.



## Chapitre 3. Les choses. Ou ce sur quoi portent les droits subjectifs

Nous avons abordé, comme dernière classification (§7 ci-avant), les droits subjectifs sur les choses *selon l'étendue* de l'avantage conféré. Il sied, maintenant, d'analyser *sur quoi* portent ces droits subjectifs, savoir les *choses*.

Il ne s'agit pas ici de présenter exhaustivement la théorie, voire les théories, et la doctrine concernant les choses (*res*<sup>354</sup>)<sup>355</sup>, mais plus simplement d'*introduire* à cette catégorie générale et de fixer un certain vocabulaire juridique.

### Section 1. Généralités : classer pour distinguer

Lorsque le citoyen « standard » se trouve confronté aux choses, plus exactement aux droits *sur* les choses, le droit de propriété apparaît, le plus souvent, « par défaut ». Si vous affirmez « j'ai une voiture », votre interlocuteur comprendra quasi automatiquement que vous êtes propriétaire de cette automobile, de sorte que si d'aventure vous souhaitez signifier autre chose par cette expression, il vous faudra être plus précis et dire par exemple « j'ai *loué* une voiture », « j'ai une voiture en *prêt* », « en *leasing* » ou « en *dépôt* »<sup>356</sup>.

Dans la vie courante, les personnes n'ont souvent qu'une « maîtrise de fait » – à savoir, en langage juridique, une « possession »<sup>357</sup> –, il sied par conséquent de bien distinguer la *propriété* de la *possession*. Toutefois, le fait d'avoir la possession d'une chose – possession qui est également protégée par la loi<sup>358</sup> – peut justifier une *présomption* de propriété<sup>359</sup>. Pourquoi ?

Nous venons de le voir : entendant quelqu'un affirmer qu'il « a » une voiture, on suppose quasi automatiquement qu'il en est le propriétaire. La présomption de propriété attachée à la possession offre ainsi une protection juridique à une

---

<sup>354</sup> Dont on tire l'adjectif « réel ».

<sup>355</sup> Voir notamment les ouvrages du professeur STEINAUER cités à la note 342.

<sup>356</sup> L'exemple de la voiture est tiré de : LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 27.

<sup>357</sup> Art. 919 al. 1 CC : « Celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession. ».

<sup>358</sup> Art. 926-929 CC.

<sup>359</sup> Art. 930 al. 1 CC : « Le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire. ».

supposition factuelle, pour faire face pragmatiquement et efficacement aux interactions de la vie courante : si vous roulez en scooter ou si vous mordez dans un sandwich, on ne vous demande pas en tout temps de justifier, preuve à l'appui, que vous êtes propriétaire de ces biens. Jusqu'à preuve du contraire, cette titularité est présumée, puisque, factuellement, vous le conduisez respectivement le mâchonnez.

Cependant, la même affirmation – « J'ai une voiture » – prononcée entre juristes est plus délicate quant à son interprétation : le juriste pourra partir de l'idée, pourra *présumer*, que l'auteur de l'expression est titulaire d'un droit réel de propriété sur cette automobile<sup>360</sup>. En précisant « pourra présumer », nous prenons conscience de l'importance de la bonne foi en droit<sup>361</sup> : celle-ci requiert que l'on signale, cas échéant expressément, que l'on possède sans être propriétaire. En effet, si l'on possède la voiture au titre d'une location ou d'un prêt, les relations juridiques avec les tiers sont toutes autres qu'en cas de propriété. Par exemple, le locataire ou l'emprunteur ne pourra pas, en principe, transférer la propriété de la chose qu'il a en usage<sup>362</sup>.

## Section 2. La classification des choses

L'ordre étant l'âme même du droit, et les distinctions son ressort, les choses au sens juridique peuvent être classées comme suit :

- 1) Les *immeubles*, énumérés à l'art. 655 al. 2 CC :
  - a) les biens-fonds ;
  - b) les droits distincts et permanents, immatriculés au registre foncier<sup>363</sup> ;
  - c) les mines ;
  - d) les parts de copropriété d'un immeuble.
  
- 2) Les *meubles*, évoqués à l'art. 713 CC. Selon cet article, les meubles sont les choses qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, ainsi que les forces

---

<sup>360</sup> Cet exemple nous montre également l'importance du *contexte* pour le travail interprétatif. Sur ces points, voir *infra* le Titre VI, Chapitre 2.

<sup>361</sup> Pour plus de détails sur la bonne foi, voir *infra* le Titre VI, Chapitre 4.

<sup>362</sup> Sous réserve de l'art. 933 CC, en vertu duquel « L'acquéreur de bonne foi auquel une chose mobilière est transférée à titre de propriété ou d'autre droit réel par celui auquel elle avait été confiée, doit être maintenu dans son acquisition, même si l'auteur du transfert n'avait pas l'autorisation de l'opérer. ».

<sup>363</sup> Un droit de superficie, notamment (art. 779 al. 3 CC).

naturelles qui sont susceptibles d’appropriation et ne sont pas comprises dans les immeubles.

3) Les *choses fongibles*, soit des choses désignées habituellement dans les affaires par leur nombre, leur poids ou leur mesure et qui sont remplaçables les unes par les autres : des « articles de série » (un ordinateur, des écouteurs, etc.), du blé, 1 kg de farine, 1 litre de lait, des pièces de monnaie et des billets de banque, etc.<sup>364</sup> L’usage des affaires détermine si une chose est fongible ou non.

4) Les *choses de genre*. Contrairement aux choses fongibles, elles sont partiellement déterminées par la volonté des parties qui en précise certains caractères généraux<sup>365</sup>. Il s’agit d’une chose générique, non encore individualisée<sup>366</sup>. Par exemple : un ordinateur ou des écouteurs d’une certaine marque spécifique, un exemplaire de l’autobiographie de Malcolm X, un lingot d’or (peu importe lequel). Dès lors, une chose fongible peut, par la volonté des parties, devenir une chose de genre.

5) Le *corps certain*. Il s’agit de choses individualisées par les parties et non par l’usage des affaires. Le critère de distinction entre chose de genre et corps certain est dès lors subjectif<sup>367</sup> : la volonté des parties. Sont des corps certains : cette voiture de la marque Z, couleur bleu Schtroumpf, avec aileron, pneus 20”, châssis rabaisé, pot d’échappement de la marque Y<sup>368</sup> ; les mémoires

<sup>364</sup> Voir notamment les art. 206 al. 1 (cet article s’applique également aux choses de genre (voir n° 4) : ATF 121 III 453), 312, 466, 481 al. 3, 484 al. 1, 973a al. 1 et 2, 973b al. 1 et 973c al. 1, 1152 al. 1 CO. Sont des choses fongibles également : « les briques, tuiles, peintures, portes et fenêtres préfabriquées, installations sanitaires, etc., » (ATF 131 III 300 consid. 4.2).

<sup>365</sup> Art. 71 al. 1 CO.

<sup>366</sup> B. FOËX in : P. Pichonnaz/B. Foëx/D. Piotet (éditeurs), *Commentaire romand, Code civil II*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2016, n° 36 ad Intro aux art. 641-645 CC.

<sup>367</sup> FOËX, *op. cit.*, n° 38 ad Intro. aux art. 641-645 CC.

<sup>368</sup> Concernant la vente d’une voiture et la distinction chose de genre et corps certain, voir ATF 91 II 344. Il s’agissait de l’achat d’« *ein fabrikneues Auto, Marke Rambler, Modell Classic, rot* ». Le Tribunal fédéral a considéré qu’il y avait, à l’origine, l’achat d’une chose de genre qui a été modifiée, par la suite, en un achat d’un corps certain lorsque le véhicule a été remis à l’acquéreur. Certes, au début il s’agissait d’une voiture de série qui, sans être identifiée par le numéro du moteur et du châssis, était simplement décrite selon la marque, le modèle et la couleur, c’est-à-dire selon le genre. Comme le stock de véhicules présentant ces caractéristiques est régulièrement limité par le constructeur et le vendeur, la chose était de genre. Cependant, lors de la remise du véhicule et de la carte grise correspondante, dans laquelle les numéros de moteur et de châssis sont

d'Ernesto « Che » Guevara signées de sa main en 1959 après la révolution. Ici, la chose est spécifiée<sup>369</sup> ou individualisée<sup>370</sup>. Ainsi, une chose fongible – des billets de banque – peut devenir un corps certain – tel billet n° 123.

6) Les *choses consommables*. Ce type de choses mobilières se détruisent, juridiquement parlant, par l'usage qui en est fait. Autrement dit, le but de cette chose est d'être consommée ou aliénée. Par exemple : une denrée alimentaire, les médicaments, l'argent.

7) Les *choses divisibles*. Celles-ci peuvent être décomposées en plusieurs choses de même nature économique, ceci sans perte notable de valeur. Par exemple : une somme d'argent<sup>371</sup>, un terrain libre de construction et assez grand. Au contraire, une chose sera indivisible si le partage implique un changement de nature (par exemple : démontage d'un piano) ou une diminution sensible de valeur (coupe d'un diamant en plusieurs pierre)<sup>372</sup>.

8) Les *choses simples* et les *choses complexes*. La *chose simple* forme un tout homogène et infrangible (comme une pièce de monnaie, par exemple). Une *chose* est dite *complexe* en revanche lorsqu'elle est la réunion d'éléments conservant leur propre existence physique mais qui forment un tout fonctionnel et original dont les parties ne sont plus des « choses distinctes » juridiquement : une voiture, une montre, etc. Tous les éléments essentiels et constitutifs de la chose complexe en sont les *parties intégrantes*<sup>373</sup> (le moteur de la voiture) ; les éléments non essentiels sont des *accessoires*<sup>374</sup> (la radio dans la voiture).

---

indiqués, une désignation exacte est faite, ce qui fait que la voiture devient un corps certain (consid. 4).

<sup>369</sup> F. HOHL in : L. Thévenoz/F. Werro (éd), *Commentaire Romand, CO I*, 2<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012, n° 3 ad art. 71; FOËX, *op. cit.*, n° 37 ad Intro. aux art. 641-645 CC.

<sup>370</sup> Art. 185 al. 2 CO.

<sup>371</sup> Même si les pièces et les billets sont, en eux-mêmes, indivisibles.

<sup>372</sup> Les exemples sont repris de FOËX, *op. cit.*, n° 39 ad Intro. aux art. 641-645 CC.

<sup>373</sup> Voir l'art. 642 al. 2 CC : « En fait partie intégrante ce qui, d'après l'usage local, constitue un élément essentiel de la chose et n'en peut être séparé sans la détruire, la détériorer ou l'altérer. ».

<sup>374</sup> Voir l'art. 644 al. 2 CC : « Sont des accessoires les objets mobiliers qui, d'après l'usage local ou la volonté clairement manifestée du propriétaire de la chose principale, sont affectés d'une manière durable à l'exploitation, à la jouissance ou à la garde de celle-ci et qu'il y a joints, adaptés ou rattachés pour le service de la chose. ».

9) Les *forces naturelles*. Elles sont considérées comme des choses juridiques<sup>375</sup> dans la mesure où elles sont « susceptibles d'appropriation »<sup>376</sup>, à savoir s'offrent à la maîtrise humaine. Par exemple : l'eau, l'électricité, l'énergie nucléaire, voire l'air<sup>377</sup>.

10) En conclusion de cette liste, relevons le cas particulier des animaux, considérés par analogie comme des choses juridiques (art. 641a al. 2 CC)<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> En réalité, la jurisprudence (ATF 47 II 440) et la doctrine (voir notamment : B. FOËX, *Le contrat de gage mobilier*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 1997, n° 512 p. 188 ; STEINAUER, *Les droits réels, tome I, op. cit.*, n° 114) considèrent que les forces naturelles sont *assimilées* (analogie) aux choses mobilières.

<sup>376</sup> Art. 713 CC.

<sup>377</sup> Voir aussi : T. LARGEY, *Le statut juridique de l'air. Fondements pour une théorie de l'air en tant que chose commune en droit suisse et international*, Stämpfli, Berne, 2017.

<sup>378</sup> Voir *supra* Titre V, Chapitre 1, Section 3, § 1.



## Chapitre 4. Naissance, modification, transfert, extinction des droits subjectifs en droit privé

Les droits subjectifs figurent dans des règles de droit, lesquelles explicitent comment ces droits subjectifs peuvent venir à l'existence (juridique), à quelles conditions ils se forment et évoluent dans l'ordre juridique.

### Section 1. La structure de la règle de droit consacrant un droit subjectif

Les règles juridiques qui confèrent des droits subjectifs sont souvent structurées de la même façon<sup>379</sup> : elles posent une *condition de fait* (qui a une pertinence juridique ou *Tatbestand*) et en tirent une *conséquence (juridique ou Rechtsfolge)*. Les droits subjectifs découlent des faits juridiques assumés par les règles juridiques.

L'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_214/2013 du 5 août 2013 consid. 5.2.2 déplie avec soin le rapprochement entre « *Tatbestand* » et « *Rechtsfolge* » lors du raisonnement juridique : « L'application de la règle de droit au cas particulier s'opère au moyen d'un syllogisme judiciaire. La majeure de ce syllogisme énonce la règle de droit. Celle-ci posée, le juge ou l'arbitre doit vérifier, par le procédé de la subsumption, si l'hypothèse qu'elle prévoit – le *Tatbestand* – est réalisée dans le cas concret. C'est la mineure du syllogisme. Pour la poser, le juge ou l'arbitre doit procéder, au préalable, à la constatation des faits pertinents au regard de la règle de droit entrant en ligne de compte ; il le fera en appréciant les preuves qui lui ont été fournies. Enfin, le rapprochement de la majeure et de la mineure lui permettra de tirer une conclusion, c'est-à-dire d'attribuer aux faits retenus la conséquence juridique prévue par la règle de droit [*Rechtsfolge*]. A l'exception de l'établissement des faits, l'ensemble de

---

<sup>379</sup> Nous montrons ici le schéma, le standard, issu de la tradition romaine (voir notamment. Ulpianus, D. 48, 8, 10 : « *Si quis dolo insulam meam exusserit, capitis poena plectetur quasi incendiarius.* » [Si quelqu'un par dol a brûlé ma maison, il sera puni d'une peine capitale, comme incendiaire.]). Parfois, la formulation des règles juridiques varie. Ainsi, à titre d'exemple, l'art. 470 al. 1 CC (« Celui qui laisse des descendants, ses père et mère, son conjoint ou son partenaire enregistré, a la faculté de disposer pour cause de mort de ce qui excède le montant de leur réserve ») ou encore l'art. 540 al. 1 CC (« Sont indignes d'être héritiers ou d'acquérir par disposition pour cause de mort : [...] »).

cette démarche appartient au domaine du droit. Ainsi en va-t-il de la subsumption, s'agissant du point le plus délicat : cette opération consiste à placer sous la lumière de la notion légale un ou plusieurs faits matériels, à engager cette notion dans la réalité concrète. ». Encore plus emblématique l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_15/2020 du 5 mai 2020 consid. 1.3.1 : « *Das Gesetz ist klar: Ist der Tatbestand erfüllt, so soll die Rechtsfolge eintreten* ».

Ainsi, il faut que le fait juridique soit réalisé pour que le droit subjectif qui y est attaché prenne naissance, soit transformé ou supprimé. Par exemple, l'art. 252 al. 1 CC prévoit qu'« À l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance ». Le fait appréhendé par le droit est ici la *naissance* – l'acte d'accoucher – duquel découle<sup>380</sup> une situation juridique : le rapport de filiation.

Les faits juridiques peuvent être multiples, comme à l'art. 13 CC qui dispose que « Toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils ». Ici, la conséquence juridique – l'exercice des droits civils – repose sur deux faits juridiques, cumulatifs, à savoir la majorité<sup>381</sup> et la capacité de discernement<sup>382</sup>.

Autrement dit, un certain fait social est suivi d'un certain effet social, le tout étant exprimé en langage juridique. Nous devons dès lors nous concentrer sur

---

<sup>380</sup> La structure de la phrase présente, en réalité, la conséquence juridique d'abord (la « filiation ») et le fait générateur après (« la naissance »). La même structure se retrouve à l'art. 3 al. 1 CC, voir *infra* Titre VI, Chapitre 4, section 6, Sous-section 3, § 2.

<sup>381</sup> Majorité qui, elle-même, est en réalité, nous paraît être une conséquence juridique. Selon l'art. 14 CC, le fait (juridique) d'avoir 18 ans implique (conséquence juridique) d'être considéré par le droit comme majeur. Par ailleurs, l'âge de la majorité n'est pas fixe, mais peut varier en fonction du législateur. Voir, à ce sujet, le changement intervenu, dans le droit suisse, dès le 1<sup>er</sup> janvier 1996. Jusqu'au 31 décembre 1995, la majorité était fixée à 20 ans (FF 1993 I 1093 ; RO 1995 1126).

<sup>382</sup> La capacité de discernement est une notion bicéphale : selon l'art. 16 CC « Toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi ». Or, d'après le Tribunal fédéral « Les constatations relatives à l'état de santé mentale d'une personne, la nature et l'importance d'éventuels troubles de l'activité de l'esprit, le fait que la personne concernée pouvait se rendre compte des conséquences de ses actes et pouvait opposer sa propre volonté aux personnes cherchant à l'influencer, relèvent de l'établissement des faits. En revanche, la conclusion que le juge en a tirée quant à la capacité, ou non, d'agir raisonnablement, relève du droit et le Tribunal fédéral la revoit librement » (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_465/2019 du 4 octobre 2019, consid. 4.4). Voir sur la capacité de discernement : S. GROS, La capacité de discernement de l'adulte en droit privé. Aspects matériels et procéduraux, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2019.

Naissance, modification, transfert, extinction des droits subjectifs en droit privé

les différents faits juridiques, à savoir les conditions de naissance des droits subjectifs.

## **Section 2. Les différents faits juridiques**

Parmi les faits juridiques, le juriste distingue fondamentalement les faits de la nature des faits de l'homme.

### **Sous-section 1. Les faits de la nature**

Seuls sont pris en considération par l'ordre juridique les faits de la nature auxquels le droit attache des conséquences juridiques

Le droit ne s'intéresse pas comme tel à la pluie ou aux éboulements. Cependant, entre voisins, le droit discipline un certain comportement, à savoir que « Le propriétaire est tenu de recevoir sur son fonds les eaux qui s'écoulent naturellement du fonds supérieur, notamment celles de pluie, de neige ou de sources non captées »<sup>383</sup>. De même, « les glissements de terrain ne modifient pas les limites des immeubles »<sup>384</sup>.

L'écoulement du temps, comme tel, n'intéresse pas non plus le droit. Cependant, dans un cadre juridique donné, cet écoulement du temps va revêtir la plus grande importance. Le juriste, pénétré de finitude, s'intéresse aux conséquences attachées à l'écoulement du temps et aux actes pour les éviter. En effet, selon le Tribunal fédéral, « au terme d'une période facilement déterminable, la personne impliquée dans la survenance d'un événement dommageable ou ses héritiers doivent pouvoir se sentir à l'abri de prétentions

---

<sup>383</sup> Art. 689 CC.

<sup>384</sup> Art. 660 al. 1 CC.

juridiques »<sup>385</sup>. Pour garantir cette protection, la loi instaure la prescription<sup>386</sup> et la péremption<sup>387</sup>.

## Sous-section 2. Les faits de l'homme

De manière fort classique, le droit, considérant l'homme, y distingue un corps et une âme, soit des faits physiques et des faits psychiques. Tout homme étant un sujet pour le droit (art. 11 CC), nombre de ses faits physiques et psychiques intéressent le droit car ils sont ou peuvent être juridiquement pertinents, à savoir entraîner des conséquences en droit.

Parmi les faits physiques nous pouvons citer la naissance (art. 252 al. 1 CC) et l'âge<sup>388</sup>. Dans la catégorie des faits psychiques, mentionnons la capacité de discernement (art. 13 CC) ou la « volonté de devenir propriétaire » lors de l'occupation d'une chose sans maître (art. 718 CC).

Parmi les faits de l'homme, nous trouvons également ses *actions*, que nous pouvons rattacher aux faits psychiques, en ce qu'elles découlent de la *volonté* de l'être humain. Le droit procède ainsi à une lecture extensive de la notion de « fait » : il n'y catégorise pas seulement des circonstances de pur fait – la naissance par exemple – mais y inclut des comportements et des déclarations de l'homme<sup>389</sup>. Ces actions peuvent être contraires au droit, dites alors *actes illicites*, ou conformes au droit, dites alors *actions juridiques*, dont les espèces les plus connues sont les actes juridiques.

---

<sup>385</sup> ATF 136 III 6 consid. 5.3.5.

<sup>386</sup> La *prescription* a pour effet de paralyser les créances par suite de l'écoulement du temps. Le droit subsiste, mais le titulaire ne peut plus le faire valoir en justice. Toutefois, si le débiteur paie une dette prescrite, il paie un dû (art. 63 al. 2 CO). En effet, même si la dette est prescrite, elle reste une obligation, fût-elle affaiblie (ATF 133 III 6 consid. 5.3.4). Cette obligation affaiblie est définie, en langage juridique, une obligation naturelle ou imparfaite (ATF 133 III 6 consid. 5.3.4). On voit bien que ce qui est paralysé, par l'écoulement du temps – prescription – est le droit d'agir et non pas l'obligation en tant que telle.

<sup>387</sup> La *péremption*, au contraire, implique l'extinction de la créance elle-même suite à l'écoulement du temps.

<sup>388</sup> Sous l'angle de la majorité (art. 14 CC), du régime de retraite (art. 21 al. 1 LAVS), d'entrée au cinéma (selon les recommandations émises par la Commission nationale du film et de la protection des mineurs), etc.

<sup>389</sup> ENGEL, *op. cit.*, p. 136.

§ 1. *Les actes illicites*

Les *actes illicites*<sup>390</sup> sont des comportements de l'homme contraires à une règle de droit, auxquelles le droit attache des conséquences juridiques si elles causent un dommage à autrui. De tels actes entraînent la *responsabilité* de leur auteur. Grâce à cette responsabilité, le lésé pourra exercer un droit subjectif à la réparation du dommage contre l'auteur de l'acte illicite.

Ainsi l'art. 41 al. 1 CO prévoit de façon générale que « [c]elui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Dans ce cas (mieux cette *classe* d'occurrences), il ne s'agit point de droit pénal (centré sur la peine et la réhabilitation sociale) mais de responsabilité civile (centré sur la réparation pécuniaire individuelle), celle-ci étant engagée si quatre conditions sont remplies : 1) l'existence d'un acte illicite, 2) une faute de l'auteur, 3) l'existence d'un dommage à autrui et 4) un rapport de causalité (dite naturelle et adéquate) entre l'acte illicite et le dommage<sup>391</sup>.

Toutefois, compte tenu de l'évolution de la société, il a été considéré que cette responsabilité peut être engagée non seulement par des actes illicites fautifs, *responsabilité subjective*, mais également par des actes illicites non fautifs. Il s'agit alors d'une *responsabilité objective*. Dans le cas d'actes illicites non fautifs, le simple fait de créer un état dangereux suffit, si le résultat se produit, à engendrer la responsabilité. En bref, la simple survenance du dommage suffit à déclencher la responsabilité<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> Voir notamment, pour une définition plus étendue : ATF 144 I 318 consid. 5.5. Pour plus de détails, voir aussi : F. WERRO, *La responsabilité civile*, 3<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2017.

<sup>391</sup> Par exemple ATF 137 III 539 consid. 5.2.

<sup>392</sup> La responsabilité objective se décline, en simple et aggravée. La responsabilité objective simple repose sur le manque de diligence d'une personne désignée par la loi ou sur le défaut d'une chose déterminée (notamment l'art. 58 CO prévoyant la responsabilité du propriétaire d'ouvrage, voir à ce sujet, parmi d'autres, l'arrêt du Tribunal fédérale 4A\_38/2018 du 25 février 2019 consid. 3.1 : « Cette disposition institue une responsabilité objective simple, laquelle ne repose pas, contrairement à d'autres normes de ce type, sur la violation objective du devoir de diligence du propriétaire, mais sur le seul état défectueux de l'ouvrage : le propriétaire répond indépendamment de la question de savoir si lui ou un de ses auxiliaires a commis une violation de son devoir de diligence, donc également pour cas fortuit. »). La responsabilité objective aggravée, aussi appelée responsabilité à raison du risque, vise l'ensemble des activités créant des dangers particuliers (l'utilisation des explosifs

## La mise en œuvre du droit objectif

Pour conclure, nous pouvons constater que la *faute* renvoie à la vie psychique<sup>393</sup> donc à un « fait de l'homme », auquel doit s'ajouter une action de l'homme, à savoir un comportement – *acte illicite* – pour que naisse un droit subjectif à la réparation.

### § 2. *Les actions juridiques*

Les actions juridiques (au sens large) – dont il n'existe point de définition dans le Code civil ni dans le Code des obligations – sont des comportements, qui peuvent être des actions ou des omissions, conformes au droit et qui entraînent des conséquences juridiques<sup>394</sup>.

Les comportements sans conséquence juridique ne constituent donc pas des actions juridiques<sup>395</sup>. Ainsi, si Paolo dédie un poème d'amour à Francesca ; si Virgile donne un conseil d'ami à Dante ; si Thésée demande pardon à Ariane pour sa trahison.

En revanche, le droit s'intéresse en première ligne aux comportements ayant des conséquences juridiques<sup>396</sup>. Ceux-ci peuvent être de deux sortes, soit que 1) la volonté ne joue aucun rôle sur la conséquence juridique en ce sens qu'elle

---

notamment [art. 27 al. 1 LExpl] : ATF 131 III 61 ; le fait de détenir un véhicule automobile [art. 58 LCR]). Ce type de responsabilité « fait abstraction du comportement du responsable ou de l'auteur du dommage : elle est donnée dès que survient un dommage découlant de la réalisation d'un risque caractérisé » : C. CHAPPUIS/F. WERRO, « La responsabilité civile : à la croisée des chemins » in *RDS 122 (2003)* p. 345.

<sup>393</sup> On distingue entre « faute objective » – à savoir tout manquement à la diligence raisonnablement attendue de l'auteur dans les circonstances de temps et de lieu où il s'est trouvé (Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, affaire HC/2017/1032 du 15 décembre 2017, consid. 5.2) – et « faute subjective » – l'intention et la négligence (Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, affaire HC/2017/1032 du 15 décembre 2017, consid. 5.2 avec référence).

<sup>394</sup> ENGEL, *op. cit.*, p. 137.

<sup>395</sup> Le droit distingue cependant entre « actes de complaisance » et situations contractuelles. Le critère de démarcation entre les deux n'est parfois pas simple. Le Tribunal fédéral considère que pour distinguer entre acte de complaisance et contrat, il sied d'examiner les circonstances concrètes du cas, notamment le genre de la prestation, ses fondements et ses buts, son exécution et les intérêts de chaque partie (ATF 116 II 695 : monteur de chauffage qui exécute des travaux pour le frère de sa compagne ; ATF 137 III 539 : mère qui confie la garde de ses enfants à une voisine).

<sup>396</sup> Affirmation résonnant peu ou prou comme une tautologie... analogue à celle planant sur la troisième approche de la définition du droit, l'approche juridique (Volume 1, Titre II, Chapitre 3).

Naissance, modification, transfert, extinction des droits subjectifs en droit privé

n'est pas recherchée comme telle<sup>397</sup>, soit que 2) la volonté porte sur le résultat juridique<sup>398</sup>.

Nous pouvons alors esquisser la différence entre 1) l'action juridique (au sens strict) et 2) l'acte juridique. Dans ce dernier, la conséquence juridique est recherchée pour elle-même, elle constitue la finalité propre de l'acte : faire un testament, passer un contrat, etc.<sup>399</sup>.

Au vu de l'importance des actes juridiques dans la vie courante du droit, une subdivision propre leur est consacrée (Section 3).

### Sous-section 3. Synthèse logique et graphique de la nomenclature des faits juridiques

En résumant, nous pouvons soutenir que le *genre* visé par les règles de droit sont les *faits juridiques* (*Tatbestände*), à savoir tous les faits produisant un effet juridique en vertu d'une disposition légale<sup>400</sup>. Ce genre est composé de deux *espèces*, les faits de la nature et les faits de l'homme. Tant les faits de la nature – pluie, grêle, écoulement du temps – que les faits humains – naissance, mort, incapacité de discernement – ici concernés emportent des conséquences juridiques.

De surcroît, parmi l'espèce « faits de l'homme », nous constatons la présence de deux *sous-espèces*, les faits physiques – naissance, décès, etc. – et les faits psychiques – actes qui présupposent une certaine volonté. Ces derniers se distinguent encore en actes illicites – comportements contraires au droit – et actions juridiques (au sens large) – comportements conformes au droit. À l'intérieur de la classe (sous-sous-espèce) des actions juridiques (au sens

---

<sup>397</sup> Par exemple, en cas d'acquisition de la propriété de la chose perdue (art. 720 et 722 CC) ou de spécification (art. 726 CC).

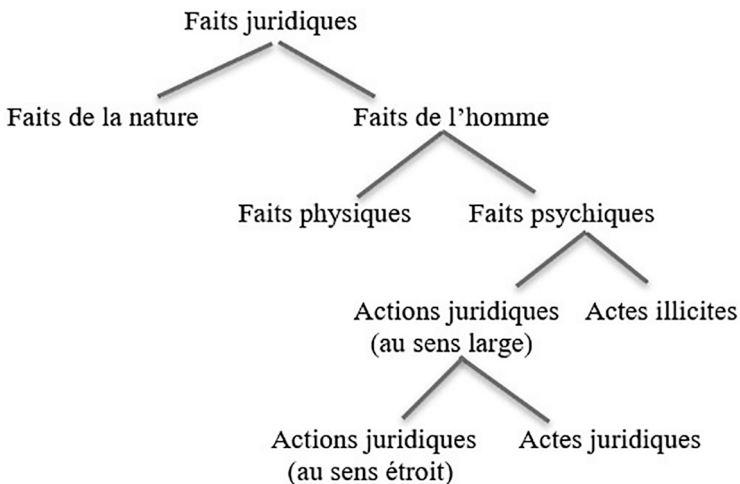
<sup>398</sup> Par exemple, l'avis des défauts dans la vente (art. 201 CO).

<sup>399</sup> La nomenclature utilisée peut varier au sein de la doctrine, sans que la substance des figures juridiques n'en soit altérée. La taxinomie dépend de l'intention des auteurs, ici de simple pédagogie. Il a par exemple été défendu que les actions juridiques (*Rechtshandlungen*) sont des comportements volontaires conformes au droit produisant un effet juridique *en vertu de la loi*, alors que les actes juridiques produisent un effet juridique *en vertu de la volonté* de son auteur ou de ses auteurs : A. VON TUHR/H. PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band I*, 3<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich, 1974, §23 p. 174.

<sup>400</sup> La formule « disposition *légale* » est à entendre de façon générique, exprimant « le plus souvent » ; d'autres sources du droit peuvent évidemment opérer ici.

large), nous retrouvons des comportements dont le résultat est recherché comme tel par la personne concernée – acte juridique – et des comportements dont le résultat se manifeste indépendamment de toute volonté délibérée – action juridique (au sens étroit).

Résumant cette nomenclature sous la forme graphique d'un arbre de Porphyre<sup>401</sup> :



<sup>401</sup> Depuis la nuit des temps (occidentaux à tout le moins), les hommes tentent d'enserrer la luxuriance du réel dans des formes logiques. La plus classique procède de la division en *genres* et *espèces* (nous passons sur le troisième terme, la *différence spécifique*, qui permet leur enchaînement logique mais pose de redoutables difficultés cognitives), de Platon (théorie de la division) à Porphyre en passant par le grand logicien qu'était Aristote (*l'Organon*). Les arbres de Porphyre s'avèrent toutefois incapables d'épuiser le réel, pas plus que de le catégoriser de façon intégralement cohérente. Cette incomplétude logique se manifeste ici dans la catégorie « actions juridiques » utilisée à deux reprises. Nul humain ne peut échapper à de telles approximations logiques, et même jusqu'à la contradiction, comme le démontre le « paradoxe de Russel » : « si l'on imagine un ensemble comme un catalogue mentionnant ses éléments. Certains catalogues se mentionneront eux-mêmes, d'autres non. Mais le catalogue de tous les catalogues qui ne se mentionnent pas eux-mêmes [...] est un concept contradictoire : car ce *super* catalogue ne peut pas, de par sa définition, se mentionner lui-même ; mais alors c'est qu'il devrait pourtant se mentionner lui-même... » (G.-G. GRANGER, *La*

### Section 3. Les actes juridiques

#### Sous-section 1. Définition de l'acte juridique

L'*acte juridique* est une notion utilisée dans le Code civil<sup>402</sup> et dans le Code des obligations<sup>403</sup>, pour ne citer que le droit privé. Cependant, la loi n'en fournit aucune définition. En l'absence de définition légale ou jurisprudentielle, il sied de consulter la doctrine<sup>404</sup>.

Selon Pierre Engel, les actes juridiques consistent en une « manifestation de volonté d'une ou plusieurs personnes tendant à produire un effet de droit et qui produit cet effet si toutes les conditions posées par le droit objectif sont remplies »<sup>405</sup>. Ariane Morin précise que ce type d'acte « consiste en une manifestation de volonté (*Willenserklärung*), qui vise à produire un effet juridique (création, modification, transfert ou extinction d'un droit ou d'un rapport de droit) correspondant à la volonté exprimée »<sup>406</sup>. Plus synthétique Claude Du Pasquier, pour lequel l'acte juridique est « la manifestation de volonté destinée et apte à produire des effets juridiques, c'est-à-dire, selon la définition classique, à créer, transmettre, modifier ou éteindre un droit »<sup>407</sup>.

---

*science et les sciences*, puf, Paris, 1993, p. 123) En d'autres termes, s'il ne se mentionne pas, alors il doit y figurer ; et s'il y figure, il ne devrait pas se mentionner.

<sup>402</sup> Voir notamment pour le singulier « acte juridique » : art. 392 ch. 1, art. 418, 650 al 1, 712d al. 3, 974 al. 2 CC et 18 al. 3 T.f. CC ; au pluriels « actes juridiques » : 55 al. 2, 89a al. 6 ch. 8, 89a al. 7 ch. 5, 168, 169 al. 1, 374 al. 2 ch. 1, 374 al. 3, 408 al. 1, 806 al. 3, 960 al. 1 ch. 3 CC, 248 T.f. CC.

<sup>403</sup> Au singulier, « acte juridique » : art. 33 al. 2, 34 al. 1, 35 al. 1, 77 al. 1, 216c al. 1, 684 al. 2 ; au pluriel « actes juridiques » : 33 al. 1, 40a al. 2, 348b al. 2, 396 al. 2, 535 al. 3, 564 al. 1, 585 al. 2.

<sup>404</sup> En tant que source d'inspiration, indique l'art. 1 al. 3 CC. La science juridique allemande avait examiné de manière approfondie « l'acte juridique » (ENGEL, *op. cit.*, p. 140). Nous retrouvons aujourd'hui encore cette analyse, devenue du droit positif, ancrée aux §104-185 du Code civil allemand (BGB), qui se réfèrent aux « *Rechtsgeschäfte* » (Abschnitt 3, Buch 1). Le travail de la science juridique allemande se retrouve aussi dans le Code civil brésilien de 2002, qui consacre une sorte de partie générale de l'acte juridique (« *negócio jurídico* »), aux art. 104 à 114, ainsi que 185 à 188.

<sup>405</sup> ENGEL, *op. cit.*, p. 136.

<sup>406</sup> MORIN, *op. cit.*, n° 5 ad art. 1 CO.

<sup>407</sup> DU PASQUIER, *op. cit.*, p. 97.

Ces diverses nuances engagent à exposer les grandes distinctions, soit la taxinomie générale des actes juridiques, certes sans en livrer les détails, mais en montrant les ressorts afin d'en saisir l'ordre, la logique générale.

## Sous-section 2. La classification des actes juridiques

### § 1. *Acte uni-, bi- ou multilatéral*

Cette classification repose sur le *nombre* de volontés concourant à la perfection de l'acte.

L'acte est *unilatéral* lorsque la volonté d'une seule personne suffit à parfaire l'acte, à l'accomplir. Par exemple : le testament ; l'exercice d'un droit formateur, telle la résiliation ou la révocation.

L'acte *bi-* ou *multilatéral* n'est parfait que par l'intervention de deux ou plusieurs manifestations de volonté concordantes. Par exemple : les contrats ou les décisions d'une assemblée générale.

### § 2. *Acte entre vifs ou acte à cause de mort*

Le critère de la distinction réside dans le *moment* auquel les parties veulent que l'acte juridique déploie ses effets.

L'acte *entre vifs* doit déployer ses effets du vivant du ou des auteurs, quand bien même l'un des auteurs viendrait à mourir avant que ne se soient produits tous les effets de l'acte. Les contrats sont par essence des actes qui se passent du vivant des parties<sup>408</sup>.

L'acte *à cause de mort* est destiné à ne produire ses effets qu'après la mort du disposant et du fait même de cette mort. Ainsi le testament, acte renfermant les dernières volontés du défunt, déploie ses effets après le décès de celui qui l'a voulu, le *de cuius*.

---

<sup>408</sup> Voir notamment : art. 311 CO (« Le prêt à usage finit par la mort de l'emprunteur ») ; art. 338 al. 1 CO (« Le contrat prend fin au décès du travailleur »). Il se peut également que certains contrats déploient des effets *après* la mort de l'un ou de l'autre des cocontractants, voir notamment l'art. 405 al. 1 CO (« Le mandat finit par la perte de l'exercice des droits civils, par la faillite, par la mort ou par la déclaration d'absence soit du mandant, soit du mandataire, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire »).

Sur le papier, la distinction paraît claire, en pratique elle se révèle souvent délicate<sup>409</sup>. Le Tribunal fédéral a précisé que la délimitation ne doit pas se faire de manière schématique, sur la base d'un critère abstrait, mais qu'elle devait résulter d'une appréciation de toutes les circonstances du cas concret<sup>410</sup>. Par exemple : un contrat relatif à un droit d'emption<sup>411</sup> ne pouvant être exercé qu'après le décès de l'obligé a été qualifié par le Tribunal fédéral d'acte entre vifs<sup>412</sup> ; ou la question de la participation au bénéfice résultant de la liquidation du régime matrimonial en faveur du conjoint survivant, telle qu'examinée par le Tribunal fédéral, qui en réalité ne tranche pas la question (« Il n'y a pas lieu d'examiner, en l'espèce, la question de la qualification juridique des conventions prévoyant une répartition du bénéfice autre que celle prévue par la loi »<sup>413</sup>), tout en rappelant que selon une jurisprudence constante cette attribution, concernant le régime de l'union des biens, avait été considérée comme un acte à cause de mort<sup>414</sup>.

### § 3. *Acte pour soi ou acte pour autrui*

Le critère réside dans la *personne* du sujet de droit dont la situation juridique est affectée par l'acte.

L'acte est *pour soi* lorsqu'il modifie la situation juridique (ou le patrimoine) de son auteur.

L'acte est *pour autrui* lorsqu'il modifie la situation juridique (notamment le patrimoine) d'une personne autre que l'auteur de l'acte. Les actes accomplis par le représentant légal ont des effets directs sur le représenté. Ils sont dès lors « pour autrui ».

---

<sup>409</sup> Voir, parmi d'autres : P. PIOTET, « De la distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort », in : *JdT 1968 I*, p. 354 ss.

<sup>410</sup> ATF 99 II 268. Encore et toujours le droit comme « science » de la nuance... et de l'approximation.

<sup>411</sup> Le droit d'emption est le droit conféré par le propriétaire actuel d'un immeuble à une personne, lui permettant d'acheter, par simple déclaration unilatérale, le bien immobilier en question, à un prix convenu et pendant une certaine durée.

<sup>412</sup> ATF 99 II 268 consid. 3g.

<sup>413</sup> ATF 137 III 113 consid. 4.3.

<sup>414</sup> ATF 137 III 113 consid. 4.2.2.

§ 4. *Acte d'enrichissement ou acte d'appauvrissement*

Le critère consiste dans l'*effet* sur le *patrimoine* de l'auteur de l'acte. Comme le patrimoine est composé d'actifs et de passifs, les actes ici examinés peuvent influencer sur l'un ou l'autre élément du patrimoine.

Ainsi, par les *actes d'enrichissement*, le patrimoine s'améliore. Cet accroissement vient soit 1) d'une augmentation de l'actif passant par des actes d'acquisition<sup>415</sup>, soit 2) d'une diminution du passif, passant par des actes de libération<sup>416</sup>.

A rebours, par les *actes d'appauvrissement*, le patrimoine s'amoindrit. C'est le cas soit 1) par une diminution de l'actif résultant d'actes de disposition (« *Verfügungsgeschäfte* »)<sup>417</sup>, soit 2) par une augmentation du passif résultant d'actes générateurs d'obligation (« *Verpflichtungsgeschäfte* »)<sup>418</sup>. Les actes de disposition, pour être valables, doivent reposer sur une *cause*<sup>419</sup>. Cette cause sera souvent un acte générateur d'obligation<sup>420</sup>.

---

<sup>415</sup> Recevoir une donation (art. 239 CO), conclure un contrat qui nous place dans la position de créancier.

<sup>416</sup> La remise de dette (art. 115 CO), l'exécution d'une prestation due.

<sup>417</sup> Accomplir une donation manuelle, constituer un droit réel restreint.

<sup>418</sup> La conclusion d'un contrat qui nous place dans la position de débiteur.

<sup>419</sup> Si la *cause* – acte générateur d'obligation – de l'acte de disposition (transférer la propriété) est nulle (art. 19, 20 CO) ou si elle est annulée selon les art. 21 et 23 ss. CO, le transfert de propriété tombe. Le vendeur peut récupérer la chose au moyen d'une revendication (art. 641 al. 2 CC) ou en cas d'immeubles par une action en rectification du registre foncier (art. 975 al. 1 CC) ou par une relation contractuelle de liquidation (« *aus vertraglichem Rückabwicklungsverhältnis* » : ATF 137 III 243 consid. 4.4.5). L'acheteur peut exiger la restitution du prix sur la base de l'art. 62 al. 2 CO ou sur la base d'une relation contractuelle de liquidation).

<sup>420</sup> Ainsi, à titre d'exemple, la cession de la propriété d'un bien – acte de disposition – repose sur un contrat (donation, vente) – acte générateur d'obligation. Voir, en matière immobilière, les art. 974 al. 2 et 975 al. 1 CC. En matière mobilière, le Tribunal fédéral a lié l'efficacité de l'acte de disposition à la validité de l'acte générateur d'obligation (ATF 55 II 302 consid. 2). Ainsi, à titre d'exemple : ATF 103 III 97 consid. 2b « [...] visant ainsi à empêcher que, durant la période intermédiaire entre la conclusion du contrat et l'inscription au registre foncier, donc entre l'acte générateur d'obligation et l'acte de disposition [...] », voir aussi : 128 III 370 consid. 4b : « [...] l'acte générateur d'obligation – ou la conclusion du contrat de vente – et l'acte de disposition – soit le transfert de propriété en exécution du contrat [...] » ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_248/2015 du 15 janvier 2016 consid. 5.1 : « La cession est un acte de disposition volontaire qui repose sur un acte générateur d'obligation souvent bilatéral (*pactum de cedendo*).

§ 5. *Acte formel ou acte informel*

Le droit subordonne, parfois, la validité d'un acte juridique au *respect* d'une certaine *forme*.

Un *acte formel* repose sur le respect d'une forme précise. Le testament est un acte formel<sup>421</sup>, car sa validité est soumise, par le Code civil, au respect soit de la forme olographe<sup>422</sup> soit de la forme authentique<sup>423</sup>. Le non-respect de la

---

<sup>421</sup> Art. 498 CC : « Les testaments peuvent être faits soit par acte public, soit dans la forme olographe, soit dans la forme orale ». Les formes les plus fréquentes sont l'acte public et la forme olographe. Le testament oral est réservé aux cas dans lesquels le testateur se trouve dans l'impossibilité de tester dans l'une des deux formes mentionnées, notamment s'il est en danger imminent de mort (art. 506 CC). L'avant-projet de révision du droit des successions (qui peut être consulté à l'adresse <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2016.html#DFJP>, avec le rapport explicatif, dernier accès le 28 février 2021) prévoyait également la forme *audiovisuelle*, faite grâce à un appareil (notamment un *smartphone*), permettant au testateur en danger de mort imminent d'enregistrer ses dernières volontés. Cette possibilité ne figure plus dans le projet (FF 2018 5865) ni dans le texte voté ensuite par les Chambres le 18 décembre 2020 (FF 2020 9617).

<sup>422</sup> Art. 505 al. 1 CC : « Le testament olographe est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : la date consiste dans la mention de l'année, du mois et du jour où l'acte a été dressé » ou par acte authentique (art. 499 ss CC).

<sup>423</sup> Testament public de l'art. 499 CC : « Le testament public est reçu, avec le concours de deux témoins, par un notaire, un fonctionnaire ou toute autre personne ayant qualité à cet effet d'après le droit cantonal. ».

forme prescrite entraîne, en principe, la *nullité* de l'acte entre vifs (art. 11 CO)<sup>424</sup> et l'*annulabilité* de l'acte à cause de mort (art. 520 et 521 CC)<sup>425</sup>.

Un *acte informel* peut être accompli sans respecter une forme spécifique, soit oralement, tacitement<sup>426</sup> ou par actes concludants<sup>427</sup>. Le *standard*, en matière

---

<sup>424</sup> Le principe est exprimé à l'art. 11 al. 2 deuxième phrase CO, tandis que la première phrase réserve « une disposition [légale] contraire ». La *nullité* présente les caractéristiques suivantes : elle a une portée absolue, c'est-à-dire qu'elle vaut contre quiconque et n'importe qui peut l'invoquer ; un acte nul ne peut pas être guéri ; la nullité a un effet *ex tunc*, ce qui signifie que l'acte nul ne déploie aucun effet juridique dès le départ ; et elle est constatée d'office. Il y a des exceptions présentées en doctrine concernant le non-respect de la forme authentique, qui ne devrait pas entraîner sans réserve la nullité du contrat, un tel vice pouvant être guéri par l'exécution du contrat. Dans ce cas, l'invocation d'un vice de forme pour demander la restitution des prestations exécutées peut constituer un abus manifeste de droit (voir *infra*, Titre VI, Chapitre 4, Section 6, Sous-section 2, § 3 ; voir également : C. CHAPPUIS, « L'abus de droit en droit suisse des affaires » in : P. Ansel/G. Aubert/C. Chappuis (éditeurs), *L'abus de droit : comparaisons franco-suisse*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Saint-Etienne, 2001, pp.82 ss ; dans l'ATF 140 III 200 consid. 4.2, le Tribunal fédéral a considéré que ne commet pas un abus de droit celui qui invoque la nullité pour vice de forme d'un précontrat de vente immobilière non exécuté).

<sup>425</sup> Le droit successoral repose sur l'idée, exprimée en latin, du *favor testamenti*, à savoir que l'acte à cause de mort reste valable tant qu'il n'est pas contesté. Par conséquent, la sanction d'un éventuel vice de forme est l'annulation. L'*annulation* doit être demandée dans un certain délai (en matière successorale, une année à compter du jour où celui qui se plaint du vice de forme a eu connaissance de la disposition viciée et de la cause d'annulation et, dans tous les cas, par dix ans dès la date de l'ouverture de l'acte : art. 521 al. 1 CC). La doctrine et la jurisprudence reconnaissent qu'en cas de vices graves entraînant l'inefficacité (« *Unwirksamkeit* ») du testament, il n'est pas nécessaire d'introduire une action formatrice (« *Gestaltungsklage* ») en annulation selon l'art. 520 CC, mais il sied de présenter une action – imprescriptible – en constatation (« *Feststellungsklage* ») : M. LENZ in : D. Abt/T. Weibel (éditeurs), *Praxiskommentar – Erbrecht*, 4<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhan, Bâle, 2019, n° 19 ad art. 498 CC ; ATF 129 III 580, qui a traité du cas d'une disposition testamentaire ajoutée sous la signature du testateur. Une telle clause est valable, pour autant qu'il soit établi que l'adjonction émane du testateur lui-même et qu'elle reflète sa volonté.

<sup>426</sup> Art. 1 al. 2 et 6 CO.

<sup>427</sup> Par exemple, le locataire qui, sans avoir formellement conclu de contrat avec le bailleur, reçoit l'usage d'une chose et paie une redevance (loyer) : voir entre autres les arrêts du Tribunal fédéral 4A\_188/2012 du 1<sup>er</sup> mai 2012 et 4A\_691/2014 du 1<sup>er</sup> avril 2015. Voir également sur ce sujet : M. MONTINI, « Conclusion du contrat de bail par actes concludants : quelques réflexions » in *Newsletter Bail.ch juin 2012*. Le droit du travail contient une disposition qui explicite exemplairement la figure méthodologique de l'« acte concludant » : l'art. 320 al. 2 CO dispose que « Il [le contrat de travail] est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire ». Voir parmi

contractuelle, est l'absence de forme imposée, comme l'illustre, de manière pédagogique, l'art. 11 al. 1 CO, qui dispose : « La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi »<sup>428</sup>.

## Section 4. Les contrats

Nous venons de voir, lors de la présentation des différents actes juridiques, qu'il y a une catégorie est récurrente en droit suisse, celle des contrats. Nous avons également relevé que le contrat est l'acte générateur d'obligations par excellence<sup>429</sup>. Emblématique est à cet égard la formulation de l'art. 1 al. 1 CO selon laquelle « Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté ». Le contrat est ainsi l'expression d'au moins deux manifestations de volonté, c'est-à-dire – en reprenant la définition donnée par Pierre Engel – que le contrat est le résultat d'au moins deux actes juridiques.

Le contrat est une figure qu'on rencontre souvent en droit privé, mais pas exclusivement. Il est donc fort utile d'en connaître les classifications pour pouvoir se repérer dans les multiples ramifications du droit.

### Sous-section 1. Les contrats unilatéraux ou les contrats bilatéraux ou les contrats multilatéraux

Le critère de distinction réside en le *nombre de parties s'obligeant* dans le contrat.

Dans le *contrat unilatéral*, une seule partie s'oblige envers l'autre. L'autre simplement accepte mais ne s'oblige pas. Dans la donation, le donateur transfère la propriété (donation manuelle, art. 242 CO) – ou promet de la céder (promesse de donation, art. 243 CO) – sans recevoir aucune contrepartie de la part du donataire, qui ne s'oblige point<sup>430</sup>. Il doit seulement *accepter* le cadeau

---

d'autres : A. VION, « L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats », in *SJ 2013 II*, pp. 29 ss.

<sup>428</sup> Sont des contrats dits formels notamment la vente immobilière (art. 216a CO), le contrat d'apprentissage (art. 344a CO).

<sup>429</sup> Ci-avant vers la note 418.

<sup>430</sup> Art. 239 al. 1 CO : « La donation est la disposition entre vifs par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre sans contre-prestation correspondante ». La figure juridique de la donation a une histoire intéressante pour la méthodologie. A Rome, elle était, jusqu'au IV<sup>e</sup> siècle après J.-C., une *cause* de l'acte (gratuit) de

qui lui est offert (art. 241 CO). En bonne science de la nuance, un contrat *unilatéral* constitue bien un acte juridique *bilatéral*, puisque deux manifestations de volonté réciproques et concordantes sont nécessaires pour sa formation. Dans la donation, par exemple, la volonté du donataire d'accepter le cadeau est indispensable pour la formation du contrat<sup>431</sup>. Ainsi, le contrat est parfait lorsque le donateur s'engage envers le donataire à lui remettre gratuitement un bien et que le donataire accepte<sup>432</sup>. Cependant, pour éviter que le donateur ne s'engage à la légère, le législateur prévoit que les promesses de donation qu'il fait soient sujettes au respect d'une certaine forme – écrite, pour la plupart des engagements (art. 243 al. 1 CO) ; par acte authentique, si le donateur promet de donner un immeuble ou un droit réel restreint (art. 243 al. 2 CO). Dans ce cas, la loi utilise l'expression « promesse de donation » (art. 243 CO), expression qui, pour le Tribunal fédéral « n'est pas entièrement satisfaisante, parce qu'elle fait croire à tort qu'il ne s'agit pas d'un contrat, mais d'un acte unilatéral »<sup>433</sup>. La donation – comme contrat – se manifeste sous deux formes : la donation manuelle (la conclusion du contrat coïncide avec son exécution) et la promesse de donner (dès qu'elle exécutée, il y a une donation manuelle : art. 243 al. 3 CO).

Dans le *contrat bilatéral*, les deux parties s'obligent réciproquement : il vise l'échange de deux prestations. Chaque partie y est donc créancière et débitrice pour la prestation et la contreprestation. Leurs obligations, bien que réciproques, ne sont toutefois pas nécessairement ni simultanées ni sur pied d'égalité.

---

disposition – *mancipatio* ou *traditio* – et elle est devenue un véritable *contrat* uniquement sous l'empereur Constantin, le 3 février 323. Voir le texte de la constitution impériale in FV 249, C. Th. 8, 12, 1, C. 8, 53, 25. Sur l'évolution de la donation, voir également : G. G. ARCHI, *La donazione, Corso di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1960.

<sup>431</sup> Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans un arrêt du 4 décembre 2009, la donation « suppose donc un accord des parties sur un transfert patrimonial à titre gratuit (art. 1 al. 1 CO). En conséquence, la donation doit être acceptée (ATF 110 II 156 consid. 2d p. 161). L'acceptation peut intervenir par actes concluants (art. 1 al. 2 CO) et, comme la donation ne présente que des avantages pour le donataire, elle peut être tacite (art. 6 CO) » : ATF 136 III 142 consid. 3.3.

<sup>432</sup> ATF 136 III 142 consid. 3.3.

<sup>433</sup> ATF 136 III 142 consid. 3.3.

On qualifie dès lors de *contrat bilatéral parfait* ou *synallagmatique*<sup>434</sup> le contrat dont les prestations s'échangent l'une l'autre<sup>435</sup> ou, autrement dit, sont dans un rapport d'échange<sup>436</sup>. Les deux prestations naissent l'une de l'autre et doivent être exécutées simultanément (au même temps)<sup>437</sup> et sont sur pied d'égalité (selon la volonté des parties).

En revanche, le *contrat bilatéral imparfait* est le contrat dans lequel les prestations sont certes réciproques, mais ne se situent pas dans un rapport d'échange, soit parce que les prestations naissent à des moments différents soit parce qu'elles ne sont pas de même valeur. Autrement dit, il y a dans ce cas une prestation principale et une prestation dépendante<sup>438</sup>, accessoire<sup>439</sup>, voire secondaire<sup>440</sup>.

Les *contrats multilatéraux*, soit ceux dans lesquels plus de deux parties s'obligent mutuellement, sont réciproques mais non synallagmatiques<sup>441</sup> : chacun s'oblige envers tous les autres dans l'intention de poursuivre un but

---

<sup>434</sup> Le mot « synallagma » apparaît, dans sa dimension juridique, dans deux textes du Digeste : ULPANUS, D. 2, 14, 7, 2 ; ULPANUS, D. 50, 16, 19. Sur la notion de *synallagma* voir parmi d'autres : H. BENHÖR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, de Gruyter, Hambourg 1965 ; C. I. DESPOTOPOULOS, « La notion de synallagma chez Aristote » in : *Archives de philosophie du droit 13 (1968)*, pp. 115 ss. ; A. BISCARDI, « Quod Graeci 'synallagma' vocant » in : *Labeo 29 (1983)*, pp. 127 ss.

<sup>435</sup> ATF 137 III 303 consid. 2.1.2 (contrat de travail : « L'intérêt de l'employeur est de recevoir le travail et l'intérêt de l'employé est de toucher son salaire »).

<sup>436</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_391/2017 du 26 mars 2018 consid. 3.1 (contrat de bail à loyer).

<sup>437</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_498/2016 du 31 janvier 2017 consid. 4.2.1 : « contrat synallagmatique (ou bilatéral parfait) [...], qui sont promises l'une en échange de l'autre, soit celles qui dépendent l'une de l'autre pour leur naissance et leur exécution » ; A. VEUILLET in : S. Abbet/A. Veillet (éditeurs), *La mainlevée de l'opposition. Commentaire des articles 79 à 84 LP*, Stämpfli, Berne, 2017, n° 144 ad art. 82 LP.

<sup>438</sup> C. MÜLLER, *Contrats de droit suisse*, Stämpfli, Berne, 2012, p. 17 n° 73 (cité : MÜLLER, *Contrats*). Voir notamment le contrat de prêt à usage (art. 305 ss CO), dont la prestation principale consiste à mettre à disposition un objet, la prestation dépendante vise à rembourser le prêt.

<sup>439</sup> Dans le mandat gratuit, la prestation principale est la fourniture des services convenus, tandis que l'obligation accessoire consiste à rembourser les frais (art. 402 CO).

<sup>440</sup> MORIN, *op. cit.*, n° 66b ad art. 1 CO.

<sup>441</sup> Sur la portée juridique et philosophique de la distinction entre « réciprocité » (justice distributive) et « synallagmaticité » (justice commutative), voir PAPAUX, *Introduction*, pp. 220 ss, en particulier 231-235 ; IDEM, entrée « Contrat naturel », in D. Bourg/A. Papaux (directeurs), *Dictionnaire de la pensée écologique*, Presses Universitaires de France, Paris 2015, pp. 211 ss.

commun<sup>442</sup>. Ils tendent à créer une communauté d'intérêts, comme une société, commerciale par exemple.

## Sous-section 2. Les contrats gratuits ou les contrats onéreux

Pour comprendre cette opposition, il sied de se placer *du point de vue du débiteur*, en se posant la question suivante : le débiteur reçoit-il une contrepartie ?

On qualifiera de *gratuit* le contrat dans lequel le débiteur n'obtient pas d'avantage en contrepartie de sa prestation. La donation est le contrat gratuit par excellence : la gratuité de l'acte – élément objectif de la donation<sup>443</sup> – est réalisé lorsque le donataire ne fournit pas pour le don qu'il reçoit de contre-prestation en faveur du donateur (art. 239 al. 1 CO)<sup>444</sup>. Dans le prêt à usage le prêteur cède gratuitement<sup>445</sup> l'utilisation d'un bien à l'emprunteur, qui devra le rendre après s'en être servi (art. 305 al. 1 CO). De même, dans le mandat, qui est par principe gratuit, une rémunération étant due seulement si la convention ou l'usage en prévoit une (art. 394 al. 3 CO)<sup>446</sup>.

---

<sup>442</sup> MÜLLER, *op. cit.*, p. 18 n° 74.

<sup>443</sup> La donation a un élément subjectif, l'*animus donandi*, à savoir le donateur a conscience et volonté d'accomplir une attribution à titre gratuit en faveur du donataire (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_32/2020 du 8 juin 2020 consid. 3.3 avec références).

<sup>444</sup> Sur le rapport entre l'élément gratuit et une éventuelle composante onéreuse dans la donation, notamment la donation avec charge : D. CERUTTI, *Tra gratiità e onerosità : la donazione gravata da un onere. Studio di diritto romano e di diritto svizzero*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2008.

<sup>445</sup> La gratuité du prêt à usage remonte aux rapports d'amitiés existants dans les sociétés antiques, à Rome en particulier : CERUTTI, *op. cit.*, p. 42 avec références. Pour le Tribunal fédéral, le prêteur accomplit « une libéralité en cédant l'usage gratuitement » : ATF 125 III 363 consid. 2d.

<sup>446</sup> Voir l'art. 394 al. 3 CO d'après lequel « Une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une ». Historiquement le mandat (formé de *manus* et *dare* : A. WALDE, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, 3<sup>ème</sup> édition (par J. B. Hofmann), vol. II, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1954, pp. 24 s.) était considéré comme un devoir moral, un « office » (*officium*), et donc un acte de complaisance ayant comme base l'amitié (PAULUS, D. 17, 1, 1, 4. Voir sur ces devoirs moraux qui gouvernaient la société romaine, notamment : CICÉRON, *Des devoirs [De officiis]*, Les Belles Lettres, Paris, 2014). Voir également : P. VEYNE, *Le pain et le cirque, sociologique historique d'un pluralisme politique*, Seuil, Paris, 1995 ; M. HÉNAFF, *Le prix de la vérité : le don, l'argent, la philosophie*, Seuil, Paris, 2002). La rémunération du mandataire – même si elle n'est pas un élément essentiel ni nécessaire du mandat – est devenue aujourd'hui la règle, alors que la gratuité est l'exception : B.

On qualifiera d'*onéreux* le contrat dans lequel le débiteur reçoit un avantage en contrepartie de sa prestation. Il y a alors contreprestation. Par exemple : la plupart des contrats bilatéraux et multilatéraux, comme le contrat de vente (délivrance et cession de la propriété d'une chose moyennant le paiement du prix), le contrat de bail à loyer (cession de l'usage d'une chose en échange d'un loyer).

Les juristes débutants prêteront la meilleure attention à ce que, suivant les définitions qui précèdent – qui sont aussi schématiques que relatives –, un *contrat gratuit* est composé d'au moins un *acte juridique* onéreux. En effet, pareil contrat fait naître au moins une obligation – donc un acte juridique onéreux – à la charge d'une partie<sup>447</sup>. Ainsi, la donation est certes un contrat gratuit, mais un acte juridique onéreux pour le donateur, car il doit une prestation (fournir l'objet de la donation) et un acte juridique gratuit pour le donataire, car il ne doit aucune contreprestation. Le contrat de prêt à usage ou de prêt d'argent sans intérêts sont certes des contrats gratuits, néanmoins ils contiennent deux actes juridiques onéreux, car chaque partie assume une obligation : celle de livrer l'objet ou l'argent et celle de le rendre.

### Sous-section 3. Les contrats formels ou les contrats informels

La classification s'opère ici en fonction de la *forme requise* par la loi pour le contrat. Le propos est parallèle à celui tenu pour la même opposition au titre des actes juridiques.

De par la loi, les contrats peuvent être soumis, pour leur validité juridique, au respect d'une forme précise<sup>448</sup>. Le contrat est alors *formel* et les parties ne peuvent pas se soustraire au respect de la forme légale, le vice de forme

---

CHAPPUIS, « De l'interdiction de la multidisciplinarité au *pactum de palmario* en passant par l'instigation à un acte illicite : la jurisprudence récente sur la profession d'avocat » in : P. Pichonnaz/F. Werro (éditeurs), *La pratique contractuelle 6, Symposium en droit des contrats*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2018, p. 98. Pour un auteur, la gratuité serait « tombée en désuétude » : G. GEISSBÜHLER, *Le recouvrement privé de créances : aspects contractuels et protection du débiteur*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2016, p. 55.

<sup>447</sup> MÜLLER, *Contrats*, p. 23 n° 95 précise que le contrat gratuit n'est jamais synallagmatique ; il sera ou unilatéral ou bilatéral imparfait.

<sup>448</sup> Forme écrite : cession de créance (art. 165 al. 1 CO) ; promesse de donner (art. 243 al. 1 CO) ; contrat d'apprentissage (art. 344a al. 1 CO) ; contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347a al. 1 CO), etc. Forme authentique : vente immobilière (art. 216 al. 2 CO).

entraînant tout bonnement la nullité du contrat. Cependant, les parties peuvent toujours choisir une forme plus exigeante, plus lourde, que celle requise par la loi. Par exemple, une forme authentique en lieu et place de la forme écrite ou la forme écrite lorsque la loi n'exige aucune forme spécifique.

Lorsque la loi n'impose aucune forme, le contrat sera qualifié d'*informel* : un simple engagement oral suffit à le former<sup>449</sup>. Ces contrats peuvent aussi être conclus de manière tacite<sup>450</sup> ou par actes concludants<sup>451</sup>.

En conséquence, nombre de contrats sont oraux<sup>452</sup>, même lorsque des sommes importantes sont en jeu, ce que le commun des mortels ignore généralement. Reste ouverte, bien évidemment, la question de la *preuve* de l'engagement. Il s'agit néanmoins d'une autre problématique.

---

<sup>449</sup> Par exemple : la remise de dette (ATF 131 III 586 consid. 4.2.3.4).

<sup>450</sup> Art. 6 CO : « Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable ». Par exemple, « la donation ne présente que des avantages pour le donataire, elle peut être tacite (art. 6 CO [...]) » (ATF 144 III 93 consid. 5.1.2 ; sur la donation acceptée tacitement, voir aussi : ATF 136 III 142 consid. 3.3 ; ATF 110 II 156 consid. 2d) ; ATF 128 III 212 consid. 3b/cc : « La décision de l'employeur de libérer le travailleur de son obligation de fournir ses services se caractérise comme une remise de dette, qui constitue un acte de disposition n'exigeant aucune acceptation expresse (voir l'art. 115 et l'art. 6 CO [...]) ». Toutefois, concernant des factures, le Tribunal fédéral a indiqué qu'« Assimiler une facture à une lettre de confirmation entre commerçants, nécessitant une réaction en cas de désaccord, procéderait d'une interprétation trop extensive de l'art. 6 CO (ATF 88 II 89 consid. 3c). Il serait contraire à l'expérience générale de la vie de présumer que le destinataire d'une facture est disposé à en payer le montant. Celui qui reçoit une facture quelconque ne saurait être astreint à protester sans délai dès réception, sans quoi il serait censé avoir accepté de payer le prix demandé. L'art. 6 CO n'est pas pertinent en pareil cas ; le silence gardé à réception d'un relevé de compte ou d'une facture inexacte ou mal fondée ne vaut donc pas acceptation (ATF 112 II 500 c. 3b) » : arrêt du Tribunal fédéral 4A\_691/2014 du 1<sup>er</sup> avril 2015 consid. 5 avec les références citées.

<sup>451</sup> Par exemple payer un loyer suite à la mise à disposition d'une chose : arrêt du Tribunal fédéral 4A\_691/2014 du 1<sup>er</sup> avril 2015 consid. 5 ; payer une prime d'assurance pour un contrat de prévoyance : arrêt du Tribunal fédéral 9C\_275/2012 du 14 mai 2013 consid. 7.2.

<sup>452</sup> Contrats de vente mobilière, de donation manuelle, de bail à loyer, de travail, etc.

Relevons, enfin, qu'en principe, il n'y a pas de repentir ou de délai de réflexion pour revenir sur son accord une fois donné, à moins que la loi ne le prévienne expressément<sup>453</sup>.

#### Sous-section 4. Les contrats nommés ou les contrats innommés

Ce critère de classification distingue les contrats selon le degré d'*autonomie* des parties.

Les *contrats nommés* sont ceux dont le contenu fait l'objet d'une réglementation légale expresse. Le siège de la matière est principalement la partie spéciale du Code des obligations<sup>454</sup>. Nous en trouvons aussi dans le Code civil<sup>455</sup> ainsi que dans des lois spéciales<sup>456</sup>.

Les *contrats innommés*<sup>457</sup> sont ceux qui ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique et dont le contenu dépend de l'autonomie des parties, de la liberté contractuelle, en vertu de laquelle les individus peuvent se lier par toutes sortes d'obligations dont ils déterminent librement la portée, dans la limite traditionnelle des art. 19 et 20 CO : ces accords ne doivent être ni illicites, ni immoraux, ni impossible quant à leur objet.

Méthodologiquement, les contrats innommés peuvent être scindés en deux espèces :

---

<sup>453</sup> Voir notamment les art. 40a ss CO (Droit de révocation en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables) ; art. 250 CO (révocation d'une promesse de donner). La Suisse ne connaît pas la règle européenne des 14 jours pour se rétracter en cas de commande en ligne (directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011, JO L 304/64, art. 9). Toutefois, le code de déontologie du commerce à distance de l'Association Suisse de Vente à Distance prévoit un droit de rétractation de 14 jours pour les commandes en ligne (art. 3.4 ; le code est accessible à l'adresse <https://handelsverband.swiss/wp-content/uploads/2018/02/code-de-deontologie-des-le-1-1-16.pdf>), qui n'engage cependant que les membres de l'association.

<sup>454</sup> Notamment les contrats de bail à loyer (art. 253 ss CO), de travail (art. 319 ss CO).

<sup>455</sup> Notamment le contrat de mariage (art. 182 ss CC), le contrat de partage successoral (art. 607 ss CC).

<sup>456</sup> Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), du 2 avril 1908 (RS 221.229.1) ; Loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC), du 23 mars 2001 (RS 221.214.1).

<sup>457</sup> Comme par exemple le contrat de prévoyance (ATF 128 V 50 consid. 3a), le contrat d'abonnement téléphonique (ATF 129 III 604 consid. 2), les garanties bancaires (ATF 131 III 511 consid. 2.1).

(a) les *contrats mixtes*, qui sont des contrats innommés dont le contenu reprend celui de deux ou plusieurs contrats nommés. Par exemple, le contrat de conciergerie est-il une combinaison d'un contrat de bail et d'un contrat de travail<sup>458</sup> ;

(b) les *contrats sui generis*, qui sont des contrats dont le contenu échappe aux dispositions sur les contrats nommés. A titre d'exemple, le contrat de remise de commerce<sup>459</sup>, le contrat de *leasing*<sup>460</sup>, le contrat de licence<sup>461</sup> ou encore le contrat de gérance d'immeubles<sup>462</sup>. Dans la mesure où les contrats ne ressortissent à aucune typologie connue, l'un des problèmes cruciaux qu'ils posent réside dans leur interprétation en cas de litige<sup>463</sup>.

Dans le même esprit, mentionnons encore les *contrats composés*. Un contrat est composé (ou complexe ou couplé ; « *zusammengestzter Vertrag* », « *Vertragsverbindung* ») lorsque l'accord réunit plusieurs contrats distincts, mais dépendants entre eux. Par exemple, une promesse de vente et d'achat assortie d'un contrat de bail à terme fixe jusqu'à la vente définitive de l'appartement en question<sup>464</sup>.

---

<sup>458</sup> Le contrat de conciergerie est dès lors régi par le droit du contrat de travail pour ce qui a trait à l'activité de conciergerie et par le droit du bail pour la cession de l'usage du logement mis à disposition du concierge. En revanche, pour la résiliation, le régime contractuel applicable dépendra de la prestation prépondérante, voir notamment : ATF 131 III 566 consid. 3.1.

<sup>459</sup> ATF 129 III 18 consid. 2.1 : « La remise de commerce est un contrat *sui generis*, parce que, en raison de la diversité des prestations, elle ne peut pas être qualifiée de vente mobilière ». Les prestations qui peuvent être visées par le contrat de remise de commerce sont le transfert du mobilier, de l'agencement, du matériel, des installations, ainsi que la cession du contrat de bail, de la clientèle, de l'enseigne, etc.

<sup>460</sup> ATF 119 II 236 consid. 4. Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_404/2008 du 18 décembre 2008 consid. 4.1.2, dans lequel notre Haute Cour reprend les considérations doctrinales partagées entre une qualification du *leasing* comme contrat mixte ou comme contrat *sui generis*.

<sup>461</sup> ATF 92 II 299 consid. 3a. Cependant, dans l'ATF 115 II 255 consid. 2a le Tribunal fédéral l'a qualifié de contrat mixte.

<sup>462</sup> ATF 106 II 157.

<sup>463</sup> Fort heureusement, il y a infiniment moins de litiges qu'il n'y a de contrats passés et exécutés à satisfaction.

<sup>464</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_335/2018 du 9 mai 2019 consid. 4.2. Pour une analyse supplémentaire concernant cet arrêt, voir également : A. GANDOY, « Invalidité ex tunc d'un contrat composé pour cause d'erreur (TF 4A\_335/2018) » in *Droit du bail 2019*, pp. 35 ss. ; P. PICHONNAZ, « Commentaire de l'arrêt du TF 4A\_335/2018 du 9 mai 2019, Le contrat complexe et la mise en œuvre du principe «centre de la gravité de la relation

## Sous-section 5. Les contrats de négociation ou les contrats d'adhésion

Lorsque deux ou plusieurs personnes veulent passer un contrat, elles entreprennent des pourparlers et discutent des *modalités* de leur engagement. Il se peut toutefois que les parties, en pratique l'une d'entre elles (généralement la partie faible), ne soient pas libre d'en choisir les modalités. D'où la distinction entre contrats de négociation et contrat d'adhésion.

Dans un *contrat de négociation*<sup>465</sup>, chaque élément du contrat peut théoriquement faire l'objet d'une discussion et d'un accord négocié entre les parties.

Dans un *contrat d'adhésion*<sup>466</sup> en revanche, les clauses sont déjà élaborées par l'une des parties, avant même l'ouverture des pourparlers<sup>467</sup>. Il n'est alors d'autres choix pour l'autre partie que d'adhérer aux contenus et modalités proposés ou de refuser d'entrer dans le contrat<sup>468</sup>. Le contrat d'assurance constitue un exemple idoine de ce genre de situation, car ce type de contrat est généralement assorti de conditions générales<sup>469</sup>, dont l'une des parties – le preneur d'assurance en l'occurrence – ne peut pas discuter le contenu<sup>470</sup>. Le contrat d'adhésion apparaît de la sorte comme une limitation de la liberté contractuelle, justifiée pour des raisons de sécurité financière et économique

---

contractuelle», en particulier en cas d'invalidation pour cause d'erreur » in *Baurecht/Droit de la construction 2019*, pp. 333 ss. ; A. KOLLER, « Anfechtung und Rückabwicklung verbundener Verträge » in *AJP/PJA 2020*, pp. 562 ss.

<sup>465</sup> Voir notamment N. KUONEN, « Le contrat de négociation : Un aperçu de ses principales clauses et de leur sanction » in *Jusletter* du 7 juillet 2008.

<sup>466</sup> Voir notamment P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion*, thèse Lausanne, 1974.

<sup>467</sup> A.-S. DUPONT, « Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance » in : F. Bohnet (éditeur), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012, pp. 103 s.

<sup>468</sup> Nous n'abordons pas ici la question de la validité des conditions générales annexées au contrat. Voir notamment : N. KUONEN, « Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du Phénix » in *SJ 2014* pp. 1 ss ; P. PICHONNAZ/A.-C. FORNAGE, « Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales » in *RSJ/SJZ 2010* pp. 285 ss. Voir également l'art. 8 LCD.

<sup>469</sup> Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_213/2014 du 26 juin 2014 consid. 2.3.2.

<sup>470</sup> I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Bern, 2016, §44.01 et §44.03, affirme que l'absence de négociation individuelle est l'élément décisif pour savoir si l'on est ou non en présence de conditions générales.

de certaines des parties en lice. En contrepartie, l'interprétation d'un tel contrat s'opère en général en défaveur de l'auteur des clauses (*contra stipulatorem*)<sup>471</sup>.

## Sous-section 6. Les contrats de droit administratif

Une convention – acte juridique bilatéral présupposant le concours de deux volontés, ici celle de l'administration et celle de l'administré<sup>472</sup> – relève du droit administratif lorsqu'elle met directement en jeu l'intérêt public, parce qu'elle a pour objet même une tâche d'administration publique ou une dépendance du domaine public<sup>473</sup>. Ainsi l'accord entre une commune et une entreprise privée concernant la fourniture d'eau à des prix avantageux constitue un contrat de droit administratif, parce que l'approvisionnement en eau de la population et des entreprises qui se trouvent sur le territoire de la commune constitue une tâche d'intérêt public<sup>474</sup>.

Dans ce type de situations, le Code des obligations s'applique à *titre subsidiaire* (ou *supplétif*), c'est-à-dire dans la mesure où ce contrat ne se suffit pas à lui-même, requérant la mise en œuvre des principes fondamentaux consacrés en droit privé<sup>475</sup>.

---

<sup>471</sup> ATF 122 III 118 consid. 2a; ATF 124 III 155 consid. 1b.

<sup>472</sup> Le contrat de droit administratif est un acte bilatéral (ou multilatéral). L'engagement d'une commune vis-à-vis du propriétaire d'un établissement de lui garantir un accès, dans le cadre de la construction d'un carrefour, est un acte unilatéral et non pas un *contrat* (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_132/2017 du 16 octobre 2018 consid. 5).

<sup>473</sup> ATF 102 II 55 consid. 1; ATF 136 I 142 consid. 4.1. Voir aussi : P. MOOR/É. POLTIER, *Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>ème</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2011, pp. 415 ss.

<sup>474</sup> ATF 103 II 314 consid. 3c.

<sup>475</sup> Voir notamment l'ATF 123 III 395 consid. 2, dans lequel le Tribunal fédéral a précisé que si le comportement d'autrui sur le plan de la concurrence porte atteinte aux intérêts économiques propres d'une corporation de droit public, celle-ci – malgré que le contrat la liant audit tiers relève du droit public – a qualité, à l'instar des particuliers, pour intertenir action en matière de concurrence déloyale, laquelle relève (plutôt) du droit privé.

# **Titre VI.**

## **Les grands principes du droit suisse**



Cette dernière partie sera consacrée aux « grands principes du droit suisse ». Cependant, évoquer les « grands principes » n'est pas s'envoler dans des Idées platoniciennes, mais, tout au contraire, « dé-couvrir » les principes qui sont à l'œuvre sous les règles existantes, plus précisément des principes qui s'exercent implicitement dans toute concrétisation de ces règles de droit. C'est à partir de leur pratique que s'induisent les principes généraux courants, ceux d'obédience transcendante (*top-down*) étant de positivité plus délicate.



# Chapitre 1. Interprétation du droit et pouvoir créateur général du juge

## Section 1. Prolégomènes. Ou de l'esprit général de l'interprétation

Pourquoi traiter spécifiquement de l'interprétation dans une introduction au droit ? Parce que l'interprétation est la démarche intellectuelle au travers de laquelle tout interprète (en l'occurrence le juriste) élabore la signification d'un signifié (le sens de la norme juridique) à partir d'un signifiant (le texte muet de la loi) à l'occasion d'une affaire concrète, la référence<sup>476</sup>. Il ne la « découvre » pas, mais la *construit* à partir d'un cas, comme l'exprime avec lucidité la Cour de justice du Canton de Genève : « seule la loi appréhendée et concrétisée à partir du cas d'espèce lui donnant sa consistance »<sup>477</sup>.

L'art. 1 al. 1 CC est le point de départ classique d'une réflexion sur l'interprétation. Il s'adresse *prima facie* au juge. Cependant, il irrigue l'ensemble du droit privé, si ce n'est l'ensemble du droit suisse. De l'art. 1 CC nous pouvons dégager les éléments suivants, afin de circonscrire l'esprit général de l'interprétation en droit suisse :

- (1) Le droit suisse consacre une hiérarchie des sources formelles<sup>478</sup>.
- (2) Quand le juge applique la loi au sens large, il doit en respecter, selon l'art. 1 al. 1 CC, « la lettre ou l'esprit », cependant :
  - (a) de manière traditionnelle, on considère que, pour connaître la *lettre* de la loi, point n'est besoin d'interprétation. En effet, tout un chacun arrive à lire, même une langue étrangère, s'il connaît le code alphabétique à utiliser<sup>479</sup> : matériellement, la lecture ne s'attache qu'à des formes (lettres, pictogrammes, etc.), des signes apposés sur un support (papier, écran ou autre). Mais par la lecture, nous disposons seulement du *signifiant*, pas

---

<sup>476</sup> Voir le Titre I du premier volume de cet ouvrage, « Droit et langue : une relation intime » ; P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, puf, Paris, 2005, pp. 165 ss.

<sup>477</sup> SJ 1999 I 334 *in fine*.

<sup>478</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 3.

<sup>479</sup> PAPAUX, *Introduction*, p. 181.

encore du *signifié*<sup>480</sup>. Rappelons que la « lettre » au sens juridique n'est pas sous nos yeux, mais dans nos esprits puisqu'elle suppose quelque signification, soit des signifiés<sup>481</sup>.

- (b) L'opération d'interprétation est nécessaire pour connaître l'*esprit*<sup>482</sup> de la loi. Dans ce dessein, le juge tient compte, « s'inspire », de la doctrine et de la jurisprudence (art. 1 al. 3 CC).
- (c) Ainsi faudrait-il plutôt lire l'art. 1 al. 1 CC en ce sens que le juge doit dégager l'*esprit* de la loi (et donc *interpréter*) dès lors qu'il doit l'appliquer dans un cas concret.

La jurisprudence du Tribunal fédéral prévoit en effet que l'interprétation littérale, à savoir l'utilisation de la *langue*, en théorie de la seule *lettre*, pour trancher un cas, n'est retenue que « s'il en découle sans ambiguïté une solution

---

<sup>480</sup> Sur ces notions, voir Volume 1, Titre I. Pour G. TMSIT, *Les noms de la loi*, puf, Paris, 1991 de surcroît « le texte ne vaut rien pour lui-même » (p. 63), parce qu'« un texte ne peut être lu que dans son contexte » (p. 139). Raison pour laquelle les codes *annotés* ont la préférence des praticiens... et des étudiants.

<sup>481</sup> Voir les réflexions développées dans le Volume 1 concernant l'art. 49 Cst, notamment la phrase subordonnée « qui lui est contraire » : Volume 1, Titre III, Chapitre 4, Section 4, sous-section 1, p. 273.

<sup>482</sup> La version allemande de l'art. 1 al. 1 CC n'utilise pas « *Sinn* » ou « *Zweck* » pour traduire « esprit », mais « *Auslegung* », alors que la version italienne emploie « *senso* ». Les versions française et italienne évoquent des liens avec l'interprétation *téléologique* : le sens comme *direction*, *orientation* et « au final » comme *but* (sur la méthode téléologique, voir *infra* Section 3, Sous-section 2, § 4) : J. REICH, « Auslegung mehrsprachigen Rechts unter den Bedingungen der Polyglossie in der Schweiz » in : F. Schorkopf/C. Starck (éditeurs), *Rechtsvergleichung - Sprache - Rechtsdogmatik, Siebtes Deutsch-Taiwanesisches Kolloquium vom 8. bis 9. Oktober 2018 in Göttingen*, Nomos, Baden-Baden, 2019, p. 159. Voir aussi ATF 140 II 289 consid. 3.2 : « *Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben* ».

matériellement juste »<sup>483</sup>. Notre Haute Cour a encore considéré que « [t]oute interprétation débute par la lettre de la loi (interprétation littérale), mais celle-ci n'est pas déterminante : encore faut-il qu'elle restitue la véritable portée de la norme, qui découle également de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle résulte notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) [...]. Le juge s'écartera d'un texte légal clair dans la mesure où les autres méthodes d'interprétation précitées montrent que ce texte ne correspond pas en tous points au sens véritable de la disposition visée et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulus, qui heurtent le sentiment de la justice ou le principe de l'égalité de traitement [...]. En bref, le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation et n'institue pas de hiérarchie, s'inspirant d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme [...] »<sup>484</sup>.

En résumé, la *lettre* n'est considérée que si elle correspond au *sens* véritable de la disposition. Ce qui revient à affirmer la position centrale de l'*esprit* en matière d'interprétation. La lettre dans sa stricte matérialité (les signifiants) n'est que de médiocre secours dans le travail interprétatif, car pour déterminer le sens véritable d'une disposition, il faudra l'interpréter grâce à des critères herméneutiques autres que le simple et pur texte, qui en soi « ne vaut rien »<sup>485</sup>.

En outre, on se gardera d'oublier que l'élaboration du sens est laissée à un lecteur habilité – le juge – qui doit le dire *in concreto*, savoir dans une situation concrète. Certes, ce lecteur dispose d'un *texte* – qui n'est jamais clair en soi<sup>486</sup> – comme

---

<sup>483</sup> ATF 145 IV 17 consid. 1.2.

<sup>484</sup> ATF 142 III 402 consid. 2.5.1.

<sup>485</sup> TMSIT, *op. cit.*, *eo. loc.* Ces points seront développés à la faveur de l'examen de chacune des "méthodes" d'interprétation, *infra*.

<sup>486</sup> Pour une première approche, voir M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique » in M. van de Kerchove (directeur), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Presses de

instrument de travail. Ce texte devra être examiné à l'occasion d'un cas et dans un contexte. A l'issue de ce travail d'interprétation-application, le *texte* deviendra *norme*. Il s'agit ici d'un pouvoir *général* du juge, et non pas d'un pouvoir seulement *ponctuel* comme dans le droit prétorien. En effet, la loi étant, d'un point de vue logique, générale et abstraite alors que le cas est singulier et concret, seul le juge peut les rendre commensurables par un jugement de valeur, une *décision*, que le législateur ait reconnu ou non cette inévitable appréciation, proprement une « *é-valu(e)-ation* », affaire de « valeur ». Rien de plus, mais rien de moins, qu'une exigence *logique*.

(3) Le juge a l'*obligation* de juger<sup>487</sup>. Si la loi et la coutume n'indiquent aucune solution, il doit de son propre chef créer une disposition légale « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » (art. 1 al. 2 *in fine* CC). Il n'est jamais législateur comme tel mais se substitue à lui *ponctuellement* et *exceptionnellement*, dans le cadre d'un comblement de lacune<sup>488</sup>.

---

l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1978, n<sup>os</sup> 17 ss. ; F. OST, « Retour sur l'interprétation » in A. Auer/J.-D. Delley/M. Hottelier/G. Malinverni (éditeurs), *Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2001, p. 116 note 15, qui considère que l'existence de textes clairs est une « illusion ».

<sup>487</sup> Ce qui, exprimé négativement, constitue l'interdiction du déni de justice : art. 29 al. 1 Cst. De jurisprudence constante, la protection générale contre le déni de justice et non le retard injustifié prévue à l'art. 29 al. 1 Cst. concerne l'application du droit et non l'activité législative (ATF 144 I 318 consid. 7.2 ; ATF 137 I 305 consid. 2.4 ; ATF 130 I 174 consid. 2.2 et les nombreuses références citées). Récemment, le Tribunal fédéral a rappelé encore une fois qu'« une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. peut en elle-même constituer un acte illicite propre à engager la responsabilité de l'État, sans qu'il faille en outre qu'une autre disposition tendant à protéger les intérêts des individus soit violée. En effet, l'art. 29 al. 1 Cst. garantit expressément le droit du justiciable à ce qu'une décision le concernant soit prise dans un délai raisonnable et impose donc à l'autorité appelée à statuer une obligation d'agir en faveur de celui-ci. C'est pour cette raison qu'une violation de cette norme dans le cadre d'une procédure décisionnelle constitue, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, un acte illicite susceptible d'engager la responsabilité de la collectivité publique concernée, si les autres conditions de ladite responsabilité sont satisfaites » : (ATF 144 I 318 consid. 7.3.2 et les nombreuses références citées).

<sup>488</sup> Voir *infra*, Chapitre 3.

(4) En conséquence, le juge suisse bénéficie d'un authentique pouvoir créateur, pouvoir contenu, encadré, évidemment, en particulier par la doctrine et la jurisprudence<sup>489</sup>.

(5) L'interprétation de la loi selon son l'esprit est assumée, dans la conception positiviste stricte, par et dans la loi elle-même, de sorte que la recherche de l'esprit de la loi se doit comprendre dans la ligne d'une manifestation du respect de la volonté du législateur, volonté qui se prolonge, en quelque manière, dans le chef du juge.

(6) L'existence d'un pouvoir créateur du juge tel que consacré à l'art. 1 CC vaut pour les autres branches du droit suisse, selon la logique propre de chaque branche. A titre d'exemple, en droit pénal, la liberté du juge est des plus restreintes eu égard aux principes *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege* rappelés par l'art. 1 CP<sup>490</sup>. Si le Tribunal fédéral souligne que l'interprétation de la loi pénale par le juge est dominée par le principe *nulla poena sine lege*<sup>491</sup>, le juge cependant peut, sans violer ce principe, adopter une interprétation extensive du texte légal, afin d'en dégager le sens véritable, celui qui est seul conforme à la logique interne et au but de la disposition en cause.

Quoiqu'il en soit, le principe *nulla poena sine lege* interdit au juge de créer de nouveaux états de fait punissables. Ainsi, lorsqu'il constate une lacune proprement dite de la loi, le juge a le devoir de la combler, avec cette réserve qu'en matière pénale, sa démarche ne saurait que profiter à l'accusé<sup>492</sup>.

A vrai dire, le Tribunal fédéral a admis qu'une interprétation téléologique s'écartant du texte légal peut s'effectuer en défaveur de l'accusé en présence d'une inadvertance manifeste du législateur. Dans ce cas – uniquement – il est légitime que la jurisprudence élargisse, « au détriment » de l'accusé, l'état de

---

<sup>489</sup> Voir *infra* Chapitre 3 section 4.

<sup>490</sup> D'édifiante comparaison, voir l'art. 6 du Code pénal soviétique de 1926 qui considérait comme socialement dangereuse toute action ou omission dirigée contre le régime soviétique ou portant atteinte à l'ordre juridique établi par le pouvoir Ouvrier et Paysan pour la période servant de transition au régime communiste (voir B. EDELMAN, « Édouard Kouznetsov, un législateur clandestin » dans *Le Débat* 1980/2 n° 2, p. 125 (accessible sur internet à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-le-debat-1980-2-page-122.htm>, dernier accès le 17 janvier 2021). Il n'y avait donc aucune *limite* au pouvoir d'interprétation de la loi pénale, pouvoir qualifié de « despotique » : EDELMAN, *eo. loc.*

<sup>491</sup> ATF 145 IV 329 consid. 2.2.

<sup>492</sup> ATF 103 IV 129 consid. 3a ; 137 IV 99 consid. 1.2.

fait reflété par la lettre de la loi pénale, dont la littéralité appliquée aveuglément conduirait à un résultat choquant<sup>493</sup>.

L'art. 1 CC est un article pragmatique. Il reconnaît que le droit, pour être appliqué – *law in action* – ne peut se passer du juge en son pouvoir créateur, qu'on l'entende au sens général du travail logique d'élaboration de la commensurabilité de la loi et du cas ou au sens spécifique du droit prétorien en comblement de lacune. Nombre d'ordres juridiques n'osent affirmer cette vérité : que le texte jamais ne parle de lui-même, que « la loi dit que... » est un travers du langage et une erreur de la pensée<sup>494</sup>.

A suivre une version excessivement formelle voire absolue du principe de la séparation des pouvoirs, selon laquelle la démocratie s'écroule si les pouvoirs législatif et judiciaire notamment ne sont pas rigoureusement cloisonnés, le pouvoir créateur du juge devient juridiquement incompréhensible, pis, il faudrait *a priori* le rejeter. Mais si nous le rejetons, comment alors franchir le saut qualitatif « loi-cas »<sup>495</sup> ? Leur hétérogénéité étant *structurelle*, ressortissant de la *logique* et non de l'*opinion*, le passage du général et abstrait au singulier et concret serait impossible.

Le pouvoir créateur du juge est d'autant plus important en Suisse que le droit helvétique est trilingue : les textes juridiques sont rédigés et font foi – sont valables – dans les trois langues officielles<sup>496</sup> (parmi les quatre nationales, art.

---

<sup>493</sup> ATF 127 IV 198 consid. 3b concernant la portée de l'art. 187 CP, dont la *lettre* ne punit que le fait de contraindre une personne à *subir* un acte d'ordre sexuel. Cependant le Tribunal fédéral admet – en se fondant sur le but de la loi et les travaux préparatoires – que cet article punit également le fait de contraindre une personne à *commettre* un acte d'ordre sexuel, en l'occurrence une fellation, requérant un comportement *actif* de la victime.

<sup>494</sup> Voir cependant l'art. 49 de la Loi d'interprétation du Québec d'après laquelle « la loi parle toujours ; et, quel que soit le temps du verbe employé dans une disposition, cette disposition est tenue pour être en vigueur à toutes les époques et dans toutes les circonstances où elle peut s'appliquer » (texte accessible à l'adresse : [http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/I-16?langCont=fr#ga:l\\_i-h1](http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/I-16?langCont=fr#ga:l_i-h1), dernier accès le 17 janvier 2021).

<sup>495</sup> Voir le premier volume de cet ouvrage, Titre II, Chapitre 4, section 3 : « La jurisprudence, en tant que source formelle au sens étroit », pp. 131-136.

<sup>496</sup> Art. 5 al. 1 LLC qui dispose que « les langues officielles de la Confédération sont l'allemand, le français et l'italien. Le romanche est langue officielle dans les rapports avec les personnes de cette langue » ; art. 56 et 57 LParl qui instaurent une commission de rédaction chargée, entre autres tâches, de vérifier la concordance des textes dans les trois langues officielles (art. 57 al. 2 seconde phrase LParl) ; art. 14 al. 1 LPubl en vertu duquel « la publication a lieu simultanément dans les langues officielles que sont

4 Cst.). Il arrive parfois que les textes divergent d'une langue à l'autre et il reviendra au juge de les interpréter et de les articuler<sup>497</sup>.

Il nous faut alors parcourir brièvement les règles d'interprétation propres aux textes écrits en plusieurs langues (Section 2), règles portant davantage sur l'articulation des diverses versions que sur leur interprétation à strictement penser, avant d'analyser dans ses ressorts fins les règles d'interprétation des textes légaux en général (Section 3).

## Section 2. Interprétation de la loi et rôle des trois langues officielles

Dès lors qu'un ordre juridique consacre une pluralité de langues officielles, des problèmes délicats d'articulation entre les versions faisant foi se posent immanquablement<sup>498</sup>.

---

l'allemand, le français et l'italien. Dans le cas des actes, les trois versions font foi ». Voir également : P. –H. STEINAUER, « Das Gericht, le juge, il giudice ? Le principe de l'équivalence des textes légaux » in : C. Chappuis/B. Foëx/L. Thévenoz (éditeurs), *Le législateur et le droit privé. Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2006, pp. 69 ss. Voir aussi pour la culture juridique confédérale l'article de B. COTTIER/B. GOSSIN, « Vers un statut juridique du suisse-allemand ? » dans *sui generis 2014*, pp. 101 ss (<https://sui-generis.ch/article/view/sg.9/297>, dernier accès le 17 janvier 2021).

<sup>497</sup> ATF 123 III 442 consid. 2d : « Les textes des langues officielles sont équivalents. Lorsque ceux-ci diffèrent l'un par rapport à l'autre, il y a lieu de déterminer au moyen des méthodes d'interprétation usuelles lequel des textes exprime le sens véritable de la disposition » (ce qui pourrait bien confiner au paralogisme). Voir à titre d'exemple ATF 100 Ib 482 consid. 4 (« constructions temporaires » et « roulottes » par rapport à « *nichtständige Kleinbauten* » et « *festes Aufstellen von Wohnwagen* », e di « *impianti provvisori* » e « *sistemazione fissa di cabine rimorchiabili* ». Voir aussi : M. HOTTELIER, « Juge constitutionnel et interprétation des normes. Rapport suisse » in : *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 33 (2017), pp. 453-478.

<sup>498</sup> Voir notamment sur ces questions : F. OST, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, Paris, 2009 ; A. FLÜCKIGER, « L'égalité des langues officielles dans l'Union européenne : un défi pour la qualité de la législation » in : J.-C. Gémar/N. Kasirer (éditeurs), *Jurilinguistique : entre langue et droit/Jurilinguistics : Between Law and Language*, Les Editions Thémis, Montréal, 2005, pp. 339-361 ; R. SACCO (directeur), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, Editions L'Harmattan, Paris, 2002 ; A. PAPAUX/R. SAMSON, « Article 33: Interpretation of treaties authenticated in two or more languages » in : O. Corten/P. Klein (éditeurs), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2011, pp. 866 ss.

## Sous-section 1. Les trois langues officielles et leur rôle

L'art. 1 CC est emblématique, puisque les problèmes du plurilinguisme y apparaissent d'entrée de cause :

<i>A. Application de la loi</i>	<i>A. Applicazione del diritto</i>	<i>A. Anwendung des Rechts</i>
<sup>1</sup> <i>La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.</i>	<sup>1</sup> <i>La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione.</i>	<sup>1</sup> <i>Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.</i>
<sup>2</sup> <i>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.</i>	<sup>2</sup> <i>Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore.</i>	<sup>2</sup> <i>Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.</i>
<sup>3</sup> <i>Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.</i>	<sup>3</sup> <i>Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli.</i>	<sup>3</sup> <i>Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.</i>

La note marginale fixe dès l'abord la problématique : application « de la loi » ou « du droit » (*diritto*, *Recht*) ? Ensuite, est-ce que la loi « régit » les « matières » ou est-ce qu'elle « s'applique » (« *Si applica* » en italien et « *findet* [...] *Anwendung* », en allemand) aux « questions juridiques » (« *Questioni giuridiche* » en italien et « *Rechtsfragen* », en allemand) ? Qui plus est, doit-on considérer la « lettre ou l'esprit », « la lettre ou le sens » (« *La*

*lettera od il senso* » en italien) ou « la lettre ou l'interprétation »<sup>499</sup> ? Le juge, quant à lui, est-il « lié » par « doctrine et jurisprudence éprouvées/qui font autorité » (« *Si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli* » en italien ; « *folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung* » en allemand) ou bien est-ce qu'il « s'inspire » des « doctrine et jurisprudence » « normales » ? Concernant au reste l'autorité qui intervient, s'agit-il d'un juge ou d'un « tribunal »<sup>500</sup> ?

Dans le cas de l'article premier du code civil, les divergences citées ne portent pas vraiment à conséquence. Il peut cependant en aller autrement, comme par exemple dans le cas de l'art. 14 CEDH reproduit ici dans les deux langues officielles du texte, le français et l'anglais.

*Art. 14 Interdiction de discrimination*     *Art. 14 Prohibition of discrimination*

*La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à*     *The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.*

---

<sup>499</sup> Le mot *Auslegung* peut être traduit en français par « interprétation » et en italien par « interpretazione » (voir A. SNOZZI, *Juristisches Lexikon – Lexique juridique – Lessico giuridico*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2015, p. 593).

<sup>500</sup> « *Das Gericht* » en allemand, aux alinéas 2 et 3 de l'art. 1 CC. Comparant les trois versions linguistiques officielles du Code civil, nous constatons que le mot « juge » est rendu en allemand par « *Gericht* », voir notamment les art. 4, 19a al. 2 et 28a al. 1 CC. Le mot « *Richter* » figure une seule fois dans le CC (art. 9 T.f. CC). Le mot était présent aux art. 183, 184, 185, 187 al. 2 et 234 al. 1 concernant la teneur des anciennes dispositions du titre sixième. En ce qui concerne ces dernières dispositions et leur formulation linguistique, voir en particulier l'analyse de STEINAUER, *Equivalence*, pp. 72 ss, qui examine l'approche non sexiste de la formulation neutre allemande – *das Gericht* – mais aussi l'élément symbolique de la terminologie législative – le *juge* comme expression de l'organe judiciaire. Où l'on voit toute l'importance du choix des mots (en ce sens déjà : Volume 1, Titre I). Toutefois, aux art. 666a et 666b ainsi qu'à l'art. 781 CC le texte allemand emploie l'adjectif « *richterlich* » et non pas « *gerichtlich* » comme à l'art. 4 ou l'art. 30 al. 3 CC.

*une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.*

Si l'on donne la préférence au texte français, aucune *distinction* n'est possible dans la jouissance des droits conférés aux justiciables par la CEDH. Cette version linguistique défend l'idée d'un égalitarisme parfait. Au contraire, selon la version anglaise, les distinctions entre les individus sont permises pour autant qu'elles ne créent pas de *discrimination* entre les destinataires de la Convention. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a donné la préférence à la teneur anglaise<sup>501</sup>.

En tout état de cause, la législation fédérale, dans son entier, doit être rédigée dans les trois langues officielles. L'égalité des langues<sup>502</sup> implique donc théoriquement que le Parlement travaille dans les trois langues et non pas qu'il œuvre dans une langue et fasse ensuite traduire son texte dans les deux autres langues<sup>503</sup>. Pour garantir ce résultat, le Parlement confie la concordance linguistique à une commission spéciale, la Commission de rédaction (art. 56 ss de la Loi fédérale sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement [LParl])).

Celle-ci « se compose de trois sous-commissions, à raison d'une par langue officielle » (art. 56 al. 2 LParl). Son travail a, entre autres, pour but de vérifier

---

<sup>501</sup> M. HOTTELIER, « De l'absence d'autonomie à l'indépendance : histoire et évolution de l'article 14 CEDH » in : A. Auer/J.-D. Delley/M. Hottelier/G. Malinverni (éditeurs), *Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2001, p. 259 qui cite la jurisprudence européenne, d'après laquelle, en reprenant l'auteur, « selon la jurisprudence de la Cour, toutes les distinctions ou différences de traitement n'équivalent pas à une discrimination. Une distinction n'est réputée discriminatoire que si elle est dépourvue de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Voir au surplus le premier volume de cet ouvrage, Titre I, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 4 : « Le soin de la langue en droit : exemples concrets ». Voir également : L. GONIN in : L. Gonin/O. Bigler, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Stämpfli, Berne, 2018, n° 4 ad art. 14 ; PAPAUX/SAMSON, *op. cit.*, pp. 866 ss.

<sup>502</sup> S. FERRERI, « *Legiferare (e amministrare) in molte lingue* » in : M. Graziadei/B. Pozzo (éditeurs), *Categorie e terminologia del diritto nella prospettiva della comparazione*, Giuffrè, Milan, 2015, pp. 45 s., affirme que l'effet de la valeur authentique de toutes les versions officielles linguistiques signifie qu'il n'y a plus un texte de base à interpréter, mais plusieurs textes ; par conséquent, l'interprétation s'applique à une sorte de *méta-texte*, pour laquelle l'approche téléologique est décisive.

<sup>503</sup> STEINAUER, *Equivalence*, p. 71.

les textes et d'en arrêter la version définitive avant le vote final (art. 57 al. 1 LParl), tout comme de s'assurer qu'ils sont conformes à la volonté de l'Assemblée fédérale et de vérifier leur concordance dans les trois langues officielles (art. 57 al. 2 seconde phrase LParl). Toutefois, chaque sous-commission travaille de manière indépendante et autonome, puisque celles-ci « vérifient les textes et en arrêtent la version définitive dans leur langue pour le vote final. Elles s'assurent de la concordance des versions française, allemande et italienne et de leur conformité aux règles de la rédaction et de la technique législatives »<sup>504</sup>.

La concordance des textes devrait donc être garantie par le travail de la Commission. Cependant, comme l'indique l'Ordonnance, chaque sous-commission travaille sur *sa* langue. Certes, elles devraient assurer la concordance *entre* les trois langues officielles, mais il arrive qu'un texte ne soit, en définitive, que la traduction d'un autre<sup>505</sup>.

Or, travailler sur une *traduction* constitue une source de divergences. Traduire requiert en effet un contexte, seule une situation singulière et concrète fournissant « les instructions permettant leur [mots] *désambiguïsation contextuelle* »<sup>506</sup>, la traduction n'étant jamais le passage technique, « mécanique » d'une langue à l'autre, mais la confrontation de deux cultures. Pour traduire, on doit certes tenir compte de règles purement linguistiques, mais aussi d'éléments culturels, éléments qui sont déterminants, car chaque texte décrit et présuppose une conception du monde, une *Weltanschauung*<sup>507</sup>. Un « *Lebensgefahr* » n'est pas *tout-à-fait* un « danger de mort » ; c'est pourquoi traduire est au mieux « Dire *presque* la même chose ».

---

<sup>504</sup> Art. 3 al. 1 de l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 3 octobre 2003 sur la Commission de rédaction (RS 171.105).

<sup>505</sup> Voir STEINAUER, *Equivalence*, p. 73, qui rapporte le cas du Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du Code civil, adoptée par les Chambres le 28 juin 1998. D'après l'auteur, « le texte italien du message apparaît ainsi plutôt comme une traduction (peu réfléchie) du texte allemand, la version française du texte a été adaptée au public francophone. Ce fut aussi une surprise pour moi : l'équivalence des langues n'est apparemment pas non plus toujours respectée dans les messages du Conseil fédéral ».

<sup>506</sup> L'expression est de Eco in U. ECO, *Dire presque la même chose – Expériences de traduction*, Grasset, Paris, 2007, p. 33.

<sup>507</sup> Sur tous ces points, voir en particulier U. ECO, *Dire presque la même chose – Expériences de traduction*, Grasset, Paris, 2007, *passim* ou, plus fondamental et substantiel encore, *Sémiotique et philosophie du langage*, puf, Paris, 1988, *passim*.

Ces représentations du monde nécessitent un savoir *encyclopédique* (dans son sens herméneutique) bien plus que *dictionnaire*. L'*encyclopédie* fournit une connaissance du monde sensible, connaissance pragmatique, incarnée, alors que le *dictionnaire*, lui, ne contient que les propriétés nécessaires et suffisantes – analytiques – permettant de distinguer un concept d'un autre, dans une veine plutôt abstraite<sup>508</sup>. Dès lors, si un texte condense toute une culture, sa traduction « honnête », dans toute la modestie du terrible « *traduttore, traditore* » (traducteur, traître), requiert de maîtriser la vision du monde (*Weltanschauung*) liée à cette culture<sup>509</sup>.

Un exemple constitutionnel éclairera la diversité de ces visions reflétées par les différentes versions linguistiques, en l'occurrence l'art. 120 al. 2 Cst, dans les trois langues officielles<sup>510</sup> :

<i>Génie génétique dans le domaine non humain</i>	<i>Ingegneria genetica in ambito non umano</i>	<i>Gentechnologie im Ausserhumanbereich</i>
---	--	---

<sup>2</sup> <i>La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique des animaux, des végétaux et des autres organismes. Ce faisant, elle respecte l'intégrité des organismes vivants et</i>	<sup>2</sup> <i>La Confederazione emana prescrizioni sull'impiego del patrimonio germinale e genetico di animali, piante e altri organismi. In tale ambito tiene conto della dignità della creatura nonché della</i>	<sup>2</sup> <i>Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit Keim- und Erbgut von Tieren, Pflanzen und anderen Organismen. Er trägt dabei der Würde der Kreatur sowie der Sicherheit von Mensch, Tier und Umwelt</i>
---	--	---

<sup>508</sup> U. ECO, *De l'arbre au labyrinthe. Études historiques sur le signe et l'interprétation*, Grasset, Paris, 2010, *passim* ; PAPAUX, *Introduction*, p. 197. ECO donne l'exemple du *chien* : le dictionnaire nous informe sur les propriétés analytiques du chien, à savoir qu'il est un animal, un mammifère et un *canidé* (et pas un chat, n'étant pas un *félin*), à la manière logicienne d'un arbre de Porphyre. Retrouvant le chien, sa capacité à aboyer, à être un animal domestique, à remuer la queue à la vue (ou au senti) de son maître viennent de l'encyclopédie, c'est-à-dire de la connaissance pratique du monde, des expériences que nous en avons.

<sup>509</sup> A. PAPAUX/A. BRENCI, « "Würde der Kreatur" ou "Intégrité des organismes vivants" : le biocentrisme est-il légal ? Bref historique d'une question mal résolue » in A. Papaux (éditeur) avec la collaboration d'A. Brenci, *Biosphère et droits fondamentaux*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, p. 126.

<sup>510</sup> Nous soulignons dans le texte de l'article.

*la sécurité de l'être humain, de l'animal et de l'environnement et protège la diversité génétique des espèces animales et végétales.*     *sicurezza dell'essere umano, degli animali e dell'ambiente e protegge la varietà genetica delle specie animali e vegetali.*     *Rechnung und schützt die genetische Vielfalt der Tier- und Pflanzenarten.*

L'élément soumis à la réflexion réside dans la tournure « intégrité des organismes vivants » de la version française qui se dit « *dignità della creatura* » en italien et « *Würde der Kreatur* » en allemand. La version française, issue d'une « traduction » de l'allemand, n'est pas « dignité de la créature » (ce qui aurait constitué la traduction fidèle), expression qui figure cependant dans les documents parlementaires<sup>511</sup> et dans le texte adopté par le peuple et les Cantons le 17 mai 1992<sup>512</sup>. Lors de la révision complète de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, la version française devint « intégrité des organismes vivants » (art. 120 al. 2 Cst.). La tournure « dignité de la créature » a cependant subsisté du 12 octobre 1998 au 30 septembre 2008 à l'art. 5 let. a de l'Ordonnance sur la formation et le perfectionnement du personnel spécialisé dans l'expérimentation animale<sup>513</sup>.

Cet exemple de divergence montre que les autres « versions » (une des trois, voire deux) ne sont souvent que des traductions de la version finalement adoptée du texte législatif, rédigée la plupart du temps en allemand, la langue de l'intervention parlementaire déterminant généralement les versions de travail du texte législatif. La loi n'est donc pas vraiment *pensée* dans les trois langues dès lors qu'elle n'est pas véritablement *élaborée* dans les trois langues. Dans l'exemple de l'art. 120 al. 2 Cst, dans la mesure où préférence serait accordée à la version française, il deviendrait possible de porter atteinte à la dignité de la créature pour autant que l'acte litigieux n'adultère pas l'intégrité de l'organisme vivant.

Ne pouvant pénétrer plus avant la richesse et la portée des divergences entre les trois langues officielles, examinons aux fins de cette *Introduction au droit* la démarche propre à les « résoudre ».

---

<sup>511</sup> BOCN 1991 p. 628.

<sup>512</sup> RO 1992 pp. 1579 s. (FF 1991 II 1434) : art. 24<sup>novies</sup> al. 3 Cst. 1874.

<sup>513</sup> RO 1998 pp. 2716 ss ; RO 2009 p. 1073

## Sous-section 2. Les règles d'interprétation des textes divergents dans les langues officielles

Nous pouvons synthétiser ces règles en 6 points :

(1) Le romanche est une langue nationale (art. 4 Cst.) ; il n'est pas une langue officielle (art. 70 al. 1 première phrase Cst. ; art. 5 al. 1 première phrase LLC). A ce titre, les textes légaux n'ont pas à être formulés dans cette langue et les divergences en question ne concernent que les trois autres langues. Ainsi, dans leur teneur romanche, les dispositions du droit fédéral « n'ont pas force de loi »<sup>514</sup>. Le romanche devient, cependant, une langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de cette langue (art. 70 al. 1 seconde phrase Cst. ; art. 5 al. 1 seconde phrase LLC)<sup>515</sup>.

(2) Le fait qu'un texte ait été rédigé dans une langue puis traduit dans les autres ne lui confère aucune supériorité sur les autres versions faisant foi, en raison de l'égalité des versions linguistiques (art. 14 al. 1 la loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale Loi sur les publications officielles [LPubl]<sup>516</sup>). Le Tribunal fédéral examine souvent le texte à interpréter dans les trois langues officielles, pour constater qu'elles « *dicono la stessa cosa* »<sup>517</sup> (« disent la même chose »). Et « *ci mancherebbe* » (« ça va de soi ») ajoute la doctrine<sup>518</sup>.

(3) Le fait que deux versions soient convergentes et qu'une seule diverge ne confère pas automatiquement aux premières la prééminence. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que « lorsqu'il y a défaut de concordance du texte légal dans les différentes langues officielles, il convient

---

<sup>514</sup> ATF 80 II 216 consid. 2b : « *Die rätoromanische Fassung [...] hat keine Gesetzeskraft* ».

<sup>515</sup> D'après l'art. 3 al. 1 de la loi cantonale grisonne sur les langues, les langues officielles, à savoir l'allemand, l'italien et le romanche (selon l'art. 3 al. 1 de la Constitution grisonne), sont utilisées dans la législation, dans l'application du droit et dans la jurisprudence. Cela implique que l'*interprétation littérale* du droit cantonal grison devrait également se faire en utilisant le romanche. Le décret (« *Decreto* ») ZK2 10 49 de la deuxième Chambre civile du Tribunal cantonal des Grisons du 6 octobre 2010, dans le consid. 1.2.1, souligne, en une manière certes sommaire, la présence des trois langues cantonales, officielles pour l'interprétation.

<sup>516</sup> RS 170.512.

<sup>517</sup> R. GARRÉ, « *Un solo diritto, più lingue: il multilinguismo interpretativo elvetico* » in *LeGes* 30 (2019) 3, n° 4.

<sup>518</sup> GARRÉ, *eo. loc.*

de déterminer celui qui correspond le mieux au but de la norme »<sup>519</sup>. Il arrive ainsi que le Tribunal fédéral privilégie le texte italien aux autres<sup>520</sup> ; les versions française et italienne à la version allemande<sup>521</sup> ; le texte allemand au texte français<sup>522</sup> ; ou encore l'allemand à l'italien et au français<sup>523</sup>.

(4) Le texte semblant le plus précis sur le plan linguistique ne peut être affirmé le plus « juste » d'un point de vue matériel ou le plus conforme à la volonté du législateur<sup>524</sup> ou au but de la norme.

(5) La version la plus favorable aux citoyens ne bénéficie pas non plus d'une quelconque prééminence de principe<sup>525</sup>.

---

<sup>519</sup> ATF 100 Ib 488 ; ATF 105 Ib 49 consid. 3b. Voir aussi: ATF 143 III 600 consid. 2.7.1, dans lequel le Tribunal fédéral a retenu que « *Insgesamt ergibt eine Auslegung nach dem Wortlaut der Bestimmung kein klares Bild. Allerdings fragt sich, ob der französischen Fassung dasselbe Gewicht zukommt wie der deutschen und der italienischen Fassung* ». Étonnamment, dans l'ATF 142 III 695 consid. 4.1.2, considérant consacré à l'interprétation, le Tribunal fédéral indique qu'« en l'espèce, le texte de l'art. 318 al. 2 CPC est similaire dans les différentes langues nationales ». Trois brèves remarques d'ordre méthodologique : (i) notre Haute Cour ne montre pas, dans l'arrêt, les versions linguistiques concernées, de sorte que le lecteur doit lui faire entière confiance ; (ii) le Tribunal fédéral évoque les langues *nationales*, alors que l'interprétation littérale se fonde sur les langues *officielles* et (iii) le Tribunal fédéral affirme que les textes sont *similaires*, ce qui est des plus pertinents car l'exactitude de la formulation linguistique, a fortiori *en trois* langues, ne peut jamais être atteinte pour les raisons évoquées ci-dessus notamment (vision du monde, culture, contexte, nature du langage, *linguistic turn*, etc.).

<sup>520</sup> ATF 69 IV 174. Voir aussi, sur ces questions : GARRÉ, *op. cit.*

<sup>521</sup> ATF 120 V 429 consid. 2.

<sup>522</sup> ATF 117 V 287 consid. 3b, dans cet arrêt le Tribunal fédéral ne mentionne pas la version italienne.

<sup>523</sup> ATF 135 IV 113 consid. 2.4.3.

<sup>524</sup> Voir *infra* la partie consacrée à l'interprétation littérale.

<sup>525</sup> Voir notamment ATF 69 IV 174. Cet arrêt est nodal en ce qu'il renverse, en matière de droit pénal, une conception précédente, issue d'une époque où le droit pénal n'était pas unifié. Le Tribunal fédéral avait en effet jadis considéré que : « *und zwar ist bei Verschiedenheit der Texte auf den in der Beschränkung am wenigsten weitgehenden Text abzustellen, da es einerseits nicht angeht, den Bürger wegen einer Handlung zu bestrafen, deren Unzulässigkeit er aus dem Gesetzestext seiner Muttersprache schlechterdings nicht ersehen kann, andererseits die Rechtsanwendung einheitlich sein muss* » (ATF 51 I 159 consid. 1). Cela signifiait donc qu'un citoyen ne pouvait être puni pour un acte que la loi rédigée dans sa langue maternelle ne lui faisait pas apparaître comme interdit.

(6) Le législateur étant considéré *comme* infaillible et unitaire<sup>526</sup>, il n'a pu exprimer (en théorie) qu'une seule volonté, quelle que soit la langue empruntée. On devra donc rechercher quelle formulation est, ou de manière plus modeste est censée être, la plus fidèle à cette volonté du législateur. Et comment déterminer laquelle des versions reflète le mieux cette volonté ? Il faudra interpréter la loi, c'est-à-dire élaborer le passage des signifiants de la loi – le *texte* de la loi – aux signifiés et à la référence – le *sens* de la loi, sa *signification* –, lesquels devraient refléter cette volonté. D'où la Section 3.

### Section 3. Les « méthodes » d'interprétation

#### Sous-section 1. Scientificité et ordonnancement des « méthodes »

De manière traditionnelle, la doctrine suisse<sup>527</sup> considère que l'interprétation d'un texte juridique s'opère aux moyens de méthodes. Il y aurait en particulier une hiérarchie des méthodes, un ordre à suivre dans leur application successive à un texte litigieux.

Le Tribunal fédéral part, apparemment, du même constat. Selon sa jurisprudence constante, toute interprétation débute par la lettre de la loi (interprétation littérale), sans être déterminante ou décisive pour autant : elle doit restituer la véritable portée de la norme<sup>528</sup>. Cette portée dérive également de la relation de la norme en cause avec d'autres dispositions légales en particulier celles de son environnement textuel immédiat (interprétation systématique), du but poursuivi (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur (interprétation historique)<sup>529</sup>.

---

<sup>526</sup> S. GOLTZBERG, « La norme grammaticale en droit comparé. Réalité ou fiction ? » in : S. Rahman/J. M. Sievers (éditeurs), *Normes et Fiction*, Colloge Publications, Londres, 2011, pp. 141 ss. Pour une critique de cette fiction, voir J. LENOBLE/F. OST, *Droit, mythe et raison – Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980.

<sup>527</sup> Voir notamment : A. MEIER-HAYOZ in : *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–10 ZGB*, Berne, 1966, n<sup>os</sup> 141, 179 et 288 et s. ad art. 1 CC. H. DESCHENAUX, *Le Titre préliminaire du Code civil suisse – Traité du droit privé suisse, vol. II/1, Editions universitaires, Fribourg*, 1969, p. 89 et s. (cité : DESCHENAUX, *TDP*); P.-H. STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil – Traité de droit privé suisse, II/1*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2009, p. 125 s.

<sup>528</sup> Voir *infra* sous-section 2, § 1.

<sup>529</sup> ATF 145 V 354 consid. 5.1 ; ATF 141 III 44 consid. 2.1.

Autrement dit, la position judiciaire – à savoir la manière de procéder des juges – est plus pragmatique que schématique. En effet, le Tribunal fédéral considère que lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, il doit adopter une position pragmatique, dite *Methodenpluralismus*, dans l'application des différentes méthodes d'interprétations, sans plus les soumettre à un ordre de priorité<sup>530</sup>. Ainsi, selon une formule empruntée au Tribunal fédéral, la Cour de justice du Canton de Genève peut-elle préciser que : « l'interprétation doit être guidée par l'idée selon laquelle la lettre de la loi n'est pas constitutive en soi de la norme légale, seule la loi appréhendée et concrétisée à partir du cas d'espèce lui donnant sa consistance. La décision doit être juste du point de vue objectif en fonction de la structure normative et aboutir à un résultat satisfaisant fondé sur la *ratio legis*. Dans ce cadre, il y a lieu de recourir à une approche pragmatique consistant à prendre en considération plusieurs critères simultanément et à ne pas appliquer les méthodes d'interprétation dans un ordre de priorité à caractère hiérarchique »<sup>531</sup>.

Les « méthodes » apparaissent dès lors bien davantage comme des « directives »<sup>532</sup>, des « critères »<sup>533</sup>, relevant plus de l'*ars juris* que de la *Rechtswissenschaft*, de l'esprit de finesse que de l'esprit de géométrie<sup>534</sup>.

---

<sup>530</sup> ATF 145 V 354 consid. 5.1 ; ATF 140 III 315 consid. 5.2.1. Le premier arrêt à présenter l'approche pragmatique (« *Methodenpluralismus* » ou « pluralisme pragmatique ») fut l'ATF 110 Ib 1 consid. 2c/cc. Sur cette « méthode pragmatique », Voir notamment : H. P. WALTER, « *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung* », in *recht 1995*, pp. 157 ss. ; P. PICHONNAZ/S. VOGENAUER, « Le "pluralisme pragmatique" du Tribunal fédéral : une méthode sans méthode ? : (réflexions sur l'ATF 123 III 292) » in *AJP/PJA 1999*, pp. 417 ss.

<sup>531</sup> Décision de la Cour de justice, chambre civile, du canton de Genève publiée dans la SJ 1999 I 332, consid. 1b, se référant à l'ATF 121 III 219 consid. 1d/aa.

<sup>532</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (éd.), *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989.

<sup>533</sup> Voir notamment : ATF 137 IV 13 consid. 3.1 (« *criterio* ») ; ATF 135 III 483 consid. 5.1.

<sup>534</sup> Le *critère* fournit en effet des *indices* lesquels impliquent à leur tour une interprétation (selon la logique *indiciaire*, dite abduction, voir U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, Grasset, Paris 1992, pp. 281 ss ; sur l'abduction en droit, voir notamment PAPAUX, *Essai, passim*). N'oublions pas qu'en latin « critère » était rendu par « *regula* » et l'expression « agir avec critère » traduit la locution « *prudenter facere* » ; un « *imprudens* » était un homme « sans critère ». Ce détour linguistique met en exergue, par les références à la régularité et à la prudence, l'impossibilité d'interpréter selon des schémas hiérarchiques fermés ; voir notamment D. CERUTTI, « Traduction et interprétation, quelques notes à partir d'un arrêt récent du Tribunal fédéral », in *Justice - Justiz - Giustizia 2011/3*).

L'expression « méthode » demeurant la plus répandue en doctrine, nous la suivons mais sans illusion sur sa nature « scientifique », ni sur l'ordonnement ainsi présupposé, lequel se présente souvent comme suit :

- (1) « Méthode » grammatico-littérale ;
- (2) « Méthode » systématique ;
- (3) « Méthode » historique ;
- (4) « Méthode » téléologique.

Si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution<sup>535</sup>.

## Sous-section 2. Caractéristiques de chacune des « méthodes »

### § 1. *La « méthode » dite littérale*

Méthode la plus formelle, voire formaliste, elle devait occuper le premier rang dans l'ordre traditionnel des règles d'interprétation. Le lecteur-interprète s'en remet ici au « sens ordinaire »<sup>536</sup> ou « sens naturel »<sup>537</sup> (s'il existe) des mots dans la langue de tous les jours, usant de la sémantique et des règles de grammaire de la langue en question ainsi que de la logique élémentaire<sup>538</sup>. Une

---

<sup>535</sup> ATF 144 III 54 consid. 4.1.3.1.

<sup>536</sup> ATF 143 II 65 consid. 3.2.

<sup>537</sup> D. CERUTTI/V. FRIGERIO, « Les avocats : la déontologie à l'épreuve de la plume » in *Revue des avocats* 9/2014, pp. 392 et 394.

<sup>538</sup> Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_794/2007 du 14 avril 2008, dans lequel le Tribunal fédéral a été confronté à un cas d'injure (art. 177 CP, à savoir le fait d'attaquer quelqu'un dans son honneur par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou par des voies de fait), suite à l'affirmation prononcée en italien « *vaffanculo* » par un débiteur à la figure de l'employé de l'office des poursuites qui s'était rendu chez celui pour lui notifier un acte de poursuite. Le Tribunal fédéral a interprété le mot « *vaffanculo* » de manière littérale et étymologique. Au consid. 3.2 de l'arrêt nous pouvons lire que « *Ethymologisch ist "vaffanculo" eine Verkürzung von "va a fare in culo" (Giacomo Devoto/Gian Carlo Oli, Il Dizionario della Lingua Italiana, Firenze 2003, S. 2240), was sich wörtlich mit "geh es in den Arsch machen" übersetzen lässt. Unabhängig davon, ob die wörtliche oder die sinngemässe Übersetzung zugrunde gelegt wird, stellt der gegenüber O. geäußerte Begriff 'vaffanculo' jedenfalls im Gesamtzusammenhang mit dem gewaltsamen Rausschmiss aus dem Ladenlokal eine herabsetzende Beleidigung im Sinne von Art. 177 StGB dar.* ».

virgule peut ainsi compter, ou un pluriel, ou même tel type de pluriel<sup>539</sup>. A ce niveau élémentaire, les mots employés dans une règle de droit sont souvent analysés par recours à un dictionnaire de bonne réputation<sup>540</sup>.

---

<sup>539</sup> Dans l'ATF 143 III 55 consid. 3.1, le Tribunal fédéral a constaté l'existence d'un *lapsus calami* dans la teneur française – dans la version papier et dans le format électronique – de l'art. 192 al. 1 LDIP. Pour le Tribunal fédéral, « l'art. 192 al. 1 LDIP prévoit que « [s]i les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral ; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP » (nous soulignons). Curieusement, l'article défini « les », mentionné dans le texte reproduit ci-dessus par le Tribunal fédéral, ne figurait pas, au moment de la décision de la Haute Cour, dans la version imprimée du Recueil systématique du droit fédéral ni dans la version électronique de ce Recueil, cette dernière faisant désormais foi (art. 15 al. 2 LPubl.) Sans doute – continue le Tribunal fédéral – ne s'agit-il là que d'un *lapsus calami*, mais cette erreur de plume aurait mérité d'être corrigée dès lors que la phrase en question, amputée de cet article défini, aurait pu être interprétée en ce sens que, dans un arbitrage international mettant aux prises plus de deux parties, il aurait suffi que deux d'entre elles procèdent à la déclaration expresse prévue à l'art. 192 al. 1 LDIP pour que les autres soient considérées comme ayant, elles aussi, exclu tout recours contre la sentence les concernant. Or, telle n'est manifestement pas la signification que revêt la disposition citée, dont les versions allemande (« *Hat keine der Parteien ...* ») et italienne (« ... le parti ... ») font d'ailleurs mieux ressortir que la version française la condition exigeant que la renonciation émane de toutes les parties à la procédure arbitrale. Le Tribunal fédéral a constaté que le texte qu'il a reproduit dans l'arrêt, avec l'article défini « les », correspondait à la version publiée dans le RO au moment de l'annonce de l'entrée en vigueur de la LDIP (voir RO 1988 II 1775, spéc. 1821 « Si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral [...] » (nous soulignons)). L'art. 192 al. 1 LDIP a été ensuite modifié – avec entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2021 (RO 2020 4179) –, disposant désormais que « Si les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni siège en Suisse, elles peuvent, par une déclaration dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure tout ou partie des voies de droit contre les sentences du tribunal arbitral ; elles ne peuvent exclure la révision au sens de l'art. 190a, al. 1, let. b. La convention doit satisfaire aux conditions de forme de l'art. 178, al. 1 » (nous soulignons). La nouvelle teneur garantit l'« identité » des trois versions linguistiques. Il semblerait ainsi que le Tribunal fédéral – dans l'arrêt cité – a d'abord consulté les versions papier et électronique de l'art. 192 al. 1 LDIP telles que reproduites dans les RS et en les comparant vraisemblablement aux teneurs allemandes et italiennes s'est aperçu de la différence et a vérifié la version présentée dans le RO.

<sup>540</sup> Voir pour un exemple : ATF 128 III 50 consid. 2c/bb/bbb.

Quelques exemples :

(1) L'art. 49 al. 1 Cst. pose que le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est *contraire*. Nous avons vu, dans le premier volume de cette *Introduction*, que « contraire » ne signifie pas seulement qui dispose le contraire ou encore autre chose que ce que prévoit le droit fédéral mais tout aussi bien qui prévoit la même chose mais du point de vue de l'ordre juridique inférieur (cantonal ou communal)<sup>541</sup>.

(2) L'art. 38 §1 let. c du Statut de la Cour internationale de justice<sup>542</sup> prévoit que la Cour applique les principes généraux *de* droit reconnus par les nations civilisées. Nous avons déjà remarqué que les principes généraux *de* droit ne sont pas les principes généraux *du* droit<sup>543</sup>.

(3) Le même art. 38 §1 du Statut dispose, à sa lettre d, que la Cour applique en outre, sous réserve de l'art. 59, « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». La formulation utilise *moyen* – au singulier – alors qu'il y a *deux* antécédents et une virgule après « nations », qui coupe la ligne directe entre le second antécédent et « moyen »<sup>544</sup> de sorte que l'on ne sait trop, en suivant strictement la grammaire, si le « moyen » en cause est à chercher du côté des décisions judiciaires, de la doctrine ou des deux pris comme un tout. Ce flottement grammatico-littéral n'entraîne, fort heureusement, pas de conséquences pratiques, étant donné que tous les publicistes adhèrent à la même conception, la dernière variante, le texte étant clair *parce que* tous l'interprètent de la même manière ; il n'est pas clair *in se*, en soi.

(4) L'art. 14 CC est rédigé comme suit (nous soulignons) :

*b. Majorité*

*b. Volljährigkeit*

*b. Maggiore età*

*La majorité est fixée à  
18 ans **révolus**.*

*Volljährig ist, wer das  
18. **Lebensjahr**  
**zurückgelegt hat.***

*È maggiorenne chi ha  
**compiuto** gli anni 18.*

<sup>541</sup> Voir Volume 1, Titre III, Chapitre 4, Section 4, Sous-section 1.

<sup>542</sup> RS 0.193.501.

<sup>543</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 3, Sous-section 5, § 2.

<sup>544</sup> Pour les aspects linguistiques, voir Volume 1, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

Le participe français *révolus* ne s'accorde pas avec les versions allemande et italienne de la disposition. En effet, « révolu[s] » signifie « être écoulé, complètement achevé », il indique une révolution, un tour complet (révolution de la Terre). Ainsi, être dans sa dix-huitième année ne correspond pas à « 18 ans révolus »<sup>545</sup>. La Chancellerie fédérale déplie avec rigueur la version française, expliquant que « la 18<sup>e</sup> année débute au 17<sup>e</sup> anniversaire. Elle est révolue le jour du 18<sup>e</sup> anniversaire, date à laquelle on a 18 ans tout court. On peut dire indifféremment 'une fois sa 18<sup>e</sup> année révolue' ou 'une fois l'âge de 18 ans atteint'. ». Un décompte de « 18 ans révolus » conduit aux secondes qui précèdent le jour du 19<sup>ème</sup> anniversaire, indiquant par conséquent que les 364 jours de la dix-huitième année ne sont pas compris dans la version légale française de la majorité ; le sujet n'y serait donc pas (encore) majeur. *Parce qu'aucun* interprète ne doute que les versions italienne et allemande portent le « sens véritable » de la norme, alors la version française, pourtant fautive, est affirmée claire, partant ne nécessitant aucune interprétation.

En théorie, si le sens littéral-grammatical est clair, non équivoque, l'autorité ne s'en écartera pas<sup>546</sup>. Il s'agit de la doctrine du « texte clair », rendue par le brocard latin « *in claris non fit interpretatio* ». Toutefois, les textes clairs sont « rarissimes »<sup>547</sup> selon une part de la doctrine et impossibles selon les *sciences* du langage (aussi bien la linguistique que la sémiotique). La doctrine du « texte clair » n'est donc jamais qu'une *doctrine*, une opinion, à dire vrai une position « *idéo-logique* », de l'ordre d'une *Idée* platonicienne, en l'occurrence une *Idée* du droit, un *a priori (causa)* à savoir une affirmation posée en dehors

---

<sup>545</sup> Voir le site internet de la Chancellerie fédérale qui, dans la rubrique « langues » de sa documentation, fournit des aides à la rédaction et à la traduction ainsi qu'un répertoire des pièges courants, dont celui-ci (<https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home/documentation/langues/aides-redaction-et-traduction/pieges-de-traduction/jetez-votre-dictionnaire/annees-revolues.html>, dernier accès le 5 février 2021).

<sup>546</sup> Voir ATF 145 V 354 consid. 5.1 « La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme », ce qui signifie, *a contrario*, que si le texte est clair, le travail interprétatif s'arrête.

<sup>547</sup> Selon P. MOOR, *Micropolitique*, pp. 170 ss., qui considère également que la liste des significations d'un texte est arrêtée et que le juge n'a qu'à choisir parmi celles-ci, une autre hypothèse forte, audacieuse, deux hypothèses qu'infirmes linguistique et sémiotique précisément. Voir également : Volume 1, Titre I. Les juristes mentionnent volontiers l'âge de la majorité comme paradigme du texte clair.

de toute expérience pratique (et même scientifique), en ce sens « non causée »<sup>548</sup>.

La philosophie du droit a corrigé cette croyance en un texte clair en soi, par lui-même et non par le travail de ses interprètes, il y a près d'un demi-siècle déjà : « comme il ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes et raisonnables, on le considère comme clair. »<sup>549</sup> Au rebours de la croyance en le texte clair, la pratique et la philosophie du droit enseignent que la clarté du texte est le *résultat* de son interprétation concordante par les acteurs concernés et aucunement le point de départ (un *donné*) du raisonnement juridique moins encore l'absence d'interprétation. Le sens en est simplement si partagé que les acteurs ne remarquent plus qu'ils l'interprètent<sup>550</sup>. Le Tribunal fédéral souligne d'ailleurs, à l'envi, dans cette même veine pragmatique, que ce principe (du « texte clair ») n'est pas absolu, constat qui prouve que le contexte est constitutif de l'interprétation.

En d'autres termes, la lettre peut ne pas correspondre au « sens véritable » de la norme. Du point de vue de la science de la langue (linguistique), l'alternative se présente suivant deux branches. Ou la « lettre » est un ensemble de signifiants qui n'emportent en eux-mêmes et par eux-mêmes aucune signification. Ou la « lettre » est déjà le fruit d'une interprétation – que l'on affirmera « littérale », précisément – et en cela le résultat de la médiation (l'« *inter*-vention », venir entre le signifiant et la signification) d'une subjectivité, celle de l'interprète en l'occurrence.

Cette relativité de l'interprétation littérale est affirmée par le Tribunal fédéral de différentes façons. Par exemple : « A une interprétation littérale, il faut préférer celle qui se fonde sur le sens de la norme et la volonté du législateur »<sup>551</sup>, ou : « Il est possible que la lettre d'une norme ne corresponde pas à son sens véritable [...]. Ainsi, dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a t-il

---

<sup>548</sup> Sur la pluralité indépassable des définitions du « texte clair », voir B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, 2005, *passim*.

<sup>549</sup> C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979, p. 36.

<sup>550</sup> Raison pour laquelle les études de droit sont si longues : elles consistent principalement en l'apprentissage de ces significations communes qui deviendront comme des « natures secondes ». Elles ne sont aucunement *données* ou *a priori*, comme le révèle en toute évidence la discussion de concepts ou de textes juridiques avec des non-juristes.

<sup>551</sup> ATF 140 II 102 consid. 4.1.

toujours admis que le but d'une disposition puisse justifier une interprétation allant à l'encontre ou s'écartant de sa lettre [...] »<sup>552</sup>.

Le Tribunal fédéral va encore plus loin dans cette relativisation, en affirmant se fonder sur l'interprétation littérale du texte uniquement « s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste »<sup>553</sup>. Cette position confirme que lettre et esprit de la loi sont à considérer comme un tout – ne peuvent donc se contredire – ainsi que l'exprime si bien la version italienne de l'art. 1 al. 1 CC usant de « *sens* » pour l'esprit<sup>554</sup>. La lecture de l'art. 1 al. 1 CC devrait dès lors remplacer le « ou » par un « et » : « la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre *ET* l'esprit de l'une de ses dispositions ».

Le principe du texte clair de la loi, qui prédominait encore au début du XX<sup>e</sup> siècle dans l'Ecole de l'exégèse, est aujourd'hui dépassé et ne devrait plus nourrir l'illusion de refléter le travail effectif des juridictions, notamment du Tribunal fédéral, et singulièrement la prétendue « absence » de travail interprétatif face à la lettre de la loi. Au reste devrions-nous toujours interpréter puisque la lettre de la loi ne peut être retenue que si elle en préserve l'esprit.

En d'autres termes et en synthèse, la lettre de la loi n'est pertinente *qu'en tant qu'elle traduit* ou reflète l'esprit « de la loi », en vérité « du droit ». L'esprit est donc toujours à rechercher ; par conséquent le *texte* de la loi est toujours à interpréter pour connaître la *norme*.

## § 2. La « méthode » dite systématique

La méthode systématique étudie la disposition en la rapportant à l'ensemble de l'article en question : sa note marginale, son titre, ses alinéas, les articles

---

<sup>552</sup> ATF 118 II 496 consid. 5a.

<sup>553</sup> ATF 145 IV 17 consid. 1.2.

<sup>554</sup> Un esprit de la loi qui doit réaliser quelque juste, sans quoi il y aurait lieu de distinguer l'esprit de la loi et le juste, ce qui contreviendrait à la jurisprudence citée à la note précédente. Pour un exemple de dissociation entre lettre et esprit surmontée par l'interprétation, voir l'ATF 145 III 213 consid. 6.1.2, dans lequel le Tribunal fédéral a précisé que, « même si, dans sa version française, l'art. 16 al. 1 LDIP parle de 'preuve' [la lettre], le droit étranger qui doit être appliqué en Suisse ne relève pas du fait ; il faut donc comprendre le terme de preuve comme une constatation ('*Nachweis*') du droit étranger [le sens] (ATF 138 III 232 consid. 4.2.4; arrêt 4A\_65/2017 du 19 septembre 2017 consid. 2.2.1 [...] ». Le *sens* fait également appel à l'équité (ATF 123 II 241). Sur l'équité comme instrument de la commensurabilité de la loi à la réalité, voir *infra*, Chapitre 2, Section 9.

qui le précèdent et le suivent dont l'ordonnement se reflète dans l'organisation des notes marginales en particulier, la partie de la loi ou du code dans laquelle il est inséré, l'économie générale de la loi, jusqu'à référer l'article en question à l'ensemble de l'ordre juridique.

Considérons l'exemple de la représentation des parties en justice<sup>555</sup>. X. est titulaire d'un brevet d'agent d'affaires vaudois et a été autorisé à pratiquer cette profession dans le canton de Vaud. Ensuite, il a également obtenu l'autorisation de la Chambre vaudoise immobilière d'assister et de représenter à titre professionnel les bailleurs dans les procédures relatives aux baux à loyer. X. a déposé auprès de la Cour suprême du canton de Berne une requête tendant à obtenir l'autorisation d'exercer la représentation des parties en justice devant les autorités judiciaires bernoises dans les procédures analogues à celles pour lesquelles il avait obtenu l'autorisation d'exercer sa profession dans le canton de Vaud. La Cour suprême bernoise a rejeté la demande. X. recourt au Tribunal fédéral.

La représentation des parties en justice, dans le domaine civil, est régie à l'art. 68 al. 2 CPC, qui dispose que :

*Sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel :*

*a. dans toutes les procédures, les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats ;*

*b. devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire, les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés, si le droit cantonal le prévoit ;*

*c. dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 251, les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP2 ;*

*d. devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail, les mandataires professionnellement qualifiés, si le droit cantonal le prévoit.*

La question revient dès lors à déterminer la portée de l'art. 68 al. 2 let. b et d CPC, en particulier la portée *territoriale* de la phrase « si le droit cantonal le

---

<sup>555</sup> L'exemple est repris de l'ATF 141 II 280, auquel nous nous référons.

prévoit ». Les tribunaux bernois ont estimé que ledit article avait une portée limitée au canton qui avait opté pour l'élargissement de la représentation professionnelle, savoir une représentation confiée à des figures professionnelles autres que les avocats (art. 62 al. 2 let. a CPC). Le Tribunal fédéral, en interprétant de manière systématique l'art. 68 al. 2 CPC, considère que cet article est une règle générale qui réserve la représentation à titre professionnel en justice dans les procédures civiles régies par le CPC aux avocats autorisés à pratiquer devant les tribunaux suisses en vertu de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA). La possibilité pour les agents d'affaires d'œuvrer aussi à ce titre apparaît – selon le Tribunal fédéral – comme une exception que le CPC a réservée aux cantons. L'art. 68 al. 2 CPC restreint, dans le domaine unifié de la procédure civile, le libre accès au marché de la représentation professionnelle des parties en justice, en le limitant aux avocats autorisés en vertu de la LLCA (let. a), sauf cas particuliers énumérés de manière exhaustive aux let. b-d. Les cantons qui ont fait usage de la possibilité prévue aux let. b et d dérogent donc au système général. Par conséquent, si un canton n'a pas adopté de législation spécifique, il est soumis au système unifié instauré par le droit fédéral à l'art. 68 al. 2 let. a CPC aussi dans les domaines visés aux lettres b et d. En conclusion, tant que le droit cantonal ne prévoit pas de règle spécifique, seuls peuvent représenter les parties en justice à titre professionnel sur le territoire du canton les avocats autorisés en vertu de la LLCA<sup>556</sup>. Le recours de M. X. a donc été rejeté.

Cette méthode répond à l'idée d'un droit élaboré en système, « faisant système » ; l'ordre des termes et des concepts s'y avère, en conséquence, pertinent, signifiant.

### § 3. *La « méthode » dite historique*

Comme sa dénomination le laisse entendre, le lecteur-interprète est ici invité à *reconstituer* la volonté du législateur telle qu'elle s'est manifestée dans l'histoire de la loi. Une « histoire de la loi » entendue parfois en un sens très large, faisant appel à la culture juridique et pas simplement à la technique du droit. Emblématique, et pour beaucoup édifiant, l'ATF 133 III 257 (du 28 novembre 2006) dans lequel le Tribunal fédéral étudie l'art. 208 al. 2 CO en vue d'expliquer les notions de dommages directs et indirects suite à la résiliation du contrat de vente pour défaut. Dans l'élaboration de l'interprétation historique des notions citées, le Tribunal fédéral s'est référé

---

<sup>556</sup> ATF 141 II 280.

notamment au *Traité des obligations* de Robert-Joseph Pothier [1699-1772], au Code civil français de 1804, à Johann C. Bluntschli et au *Traité fédéral des obligations* de 1811 (consid. 2.5.2).

Au reste, la « volonté *du* législateur » constitue une métaphore : le législateur n'est jamais *un*, monolithique. De plus, plusieurs organes prennent part à l'élaboration de la loi. De surcroît, le texte peut être ambigu, quand ce n'est pas l'esprit lui-même<sup>557</sup>.

Et encore, l'histoire de la loi peut-elle s'entendre de deux manières fort différentes : selon une approche statique d'une part, selon une approche dynamique d'autre part.

### **Sous-§ 1. La méthode historique statique, dit aussi méthode historique *subjective***

De manière quelque peu théorique, cette méthode enjoint de retrouver la volonté du législateur telle qu'elle a présidé à la naissance de la norme juridique. Le lecteur-interprète recourt ainsi aux travaux préparatoires : avant-projet, rapports, messages, débats au sein des commissions (du Conseil national et du Conseil des États), etc.

---

<sup>557</sup> Voir pour un exemple bien structuré l'ATF 127 IV 193 consid. 5b/cc, concernant le droit de porter plainte d'une personne sous tutelle et capable de discernement. L'article topique, au moment de la décision (22 août 2001), était l'art. 28 al. 2 et 3 aCP. Ces deux alinéas prévoyaient que : « <sup>2</sup> Si le lésé n'a pas l'exercice des droits civils, le droit de porter plainte appartiendra à son représentant légal. S'il est sous tutelle, le droit de porter plainte appartiendra également à l'autorité tutélaire. <sup>3</sup> Si le lésé est âgé de 18 ans au moins et capable de discernement, il aura aussi le droit de porter plainte ». Dans son interprétation historique des deux alinéas, le Tribunal fédéral s'est référé aux travaux parlementaires pour expliciter l'adverbe « aussi » de l'art. 28 al. 3 aCP. Il a remarqué une divergence entre le Conseil national – qui en seconde lecture avait proposé de permettre au lésé âgé de 18 ans au moins et capable de discernement de pouvoir présenter *seul* une plainte – et le Conseil des États – qui a refusé de permettre à la personne sous tutelle d'agir seule. Le Conseil national s'est ensuite rallié à cette opinion. Le Tribunal fédéral conclut ainsi qu'en vertu de l'interprétation historique, le lésé âgé de 18 ans au moins et capable de discernement a un droit *indépendant* de celui de son tuteur (aujourd'hui, tuteur ou curateur de portée générale) et de l'autorité tutélaire (aujourd'hui, autorité de protection de l'adulte). Ce droit n'est cependant pas exclusif, dès lors que le législateur a attribué ce même droit indépendant au représentant légal et à l'autorité tutélaire.

La méthode *statique* postule que l'écoulement du temps et les changements de la société ne doivent avoir aucune incidence sur la signification de la norme juridique à interpréter<sup>558</sup>.

Une imprécision méthodologique doit être ici relevée. La méthode historique (statique) prétend retrouver la volonté du législateur en se référant notamment aux opinions émises par le Conseil fédéral. Mais en analysant le Message du *Conseil fédéral*, le lecteur-interprète a recours à la parole de l'*exécutif* pour éclairer la volonté du *législatif*, alors qu'il s'agit, en théorie tout du moins, de pouvoirs bien distincts sur le plan institutionnel, principe de la séparation des pouvoirs oblige.

La méthode statique est dite subjective en tant qu'elle prétend respecter la personne du législateur, le sujet (*subjectum*) auteur de la norme, au rebours de la méthode historique *objective*, reconnaissant la primauté du *contexte actuel* dans la détermination du sens de la norme.

Cette méthode devient d'ailleurs de moins en moins pertinente à mesure que l'on avance dans le temps, savoir qu'on s'éloigne de la date d'adoption de la norme. En effet la société n'ayant de cesse d'évoluer, le contexte dans lequel la norme est née perd en pertinence. Le Tribunal fédéral, lucide, affirme : « La genèse de la loi permet parfois [*sic*] de reconnaître l'intention du législateur historique, notamment par le message du Conseil fédéral et les avis exprimés dans les séances des commissions parlementaires, le cas échéant à la lumière des conceptions généralement admises à l'époque où la règle a été adoptée, en particulier des raisons d'une modification. Les intentions du législateur ont d'autant plus de poids que le texte interprété est plus récent »<sup>559</sup>. Dans l'affaire Norris étudiée dans le premier volume de cette *Introduction*<sup>560</sup>, quelle

---

<sup>558</sup> Dans un arrêt du 6 juillet 1965 (ATF 91 II 429), le Tribunal fédéral, en interprétant historiquement l'art. 60 al. 2 CO (qui à l'époque disposait : « Toutefois, si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile. »), s'est référé, d'un côté, au « Projet élaboré d'après les décisions prises par la Commission en septembre 1877 et septembre-octobre 1878 », projet qui a introduit la prescription spéciale des actions fondées sur un acte illicite ; de l'autre côté au Message du Conseil fédéral de 1880 concernant le Code fédéral des obligations de 1881 Il a fait ainsi référence à la volonté du législateur d'antan.

<sup>559</sup> ATF 112 Ib 465 consid. 3b.

<sup>560</sup> Voir Volume 1, Titre III, Chapitre 1, Section 1, pp. 201 ss. ainsi que Volume 1, Titre III, Chapitre 4, Section 2, p. 268.

pertinence reconnaître aujourd'hui à une norme du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle interdisant les relations homosexuelles entre adultes consentants ?

**Sous-§ 2. La méthode historique évolutive, dite aussi méthode historique *objective***

Avec la méthode historique objective, l'interprète se voue aussi à la circonscription de la volonté du législateur. Mais au lieu de s'arrêter à son expression originaire et statique telle que reconstruite sur la base des travaux préparatoires, notamment, il cherche à *actualiser* la finalité légale arrêtée par le législateur historique dans le contexte contemporain de l'acte d'interprétation<sup>561</sup>. L'interprétation suit donc l'évolution de la société, de ses buts et de ses valeurs en particulier ; une manière d'herméneutique (plus modestement de sociologie) « objectivante ».

Dans une veine métaphorique, le texte une fois voté se détache de la pensée du législateur historique et mène une vie propre. La loi est alors interprétée selon les conceptions prévalant à l'époque de son application, interprétation qualifiée parfois d'« actualisante ».

Le constat de l'indépendance du texte semble rencontrer bien des réticences intellectuelles (ou plutôt affectives) alors même qu'il est de parfaite trivialité méthodologique comme l'ont établi tant les philosophes spécialistes de l'interprétation et de la justice, Paul Ricœur éminemment, que les juristes

---

<sup>561</sup> Ainsi, lors d'une affaire concernant la sanction encourue par un employeur qui engage des travailleurs au noir, le Tribunal fédéral s'est interrogé au sujet de l'interprétation historique statique, se demandant « quant à l'interprétation historique, jusqu'à quelle période il faut remonter pour expliquer une norme actuelle. En effet, les préoccupations d'une certaine époque et les raisons ayant amené alors à adopter une disposition, de même que l'interprétation qui en était faite, ne sont plus forcément celles en cours au moment où il s'agit d'interpréter celle-ci. Le cas d'espèce illustre bien ce propos puisque la thématique du travail au noir a pris de l'importance ces dernières années ; la lutte contre ce phénomène s'est intensifiée et est devenue une priorité politique et législative (voir Message du 16 janvier 2002 concernant la loi fédérale contre le travail au noir [FF 2002 3371] et la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir [LTN ou loi sur le travail au noir; RS 822.41]) avec des conséquences pour la présente affaire (cf. infra consid. 7). » (ATF 141 II 57 consid. 5.3). Dans l'arrêt évoqué, le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question posée, mais pour résoudre le cas, il a procédé à une « interprétation systématique plus large » pour tenir compte de l'évolution de la législation concernant l'engagement de personnel étranger (consid. 7).

philosophes du droit conscients de la médiation intrinsèque du langage dans la formation de la volonté juridique, Gérard Timsit en particulier.

Ricoeur considère avec la plus grande attention les transformations de la connaissance quand la textualité est substituée à l'oralité, fixation de la parole en texte de première importance dans tout régime juridique à primauté de la loi c'est-à-dire du droit *écrit* : « la fixation permet le transport du discours bien au-delà du face-à-face de la conversation »<sup>562</sup> ; « à la faveur de l'écriture, le discours s'affranchit de la tutelle de l'intention du lecteur [de l'auteur ?], des circonstances de la production du discours, et de l'orientation vers le destinataire primitif. »<sup>563</sup>

Dans le rang des juristes penseurs du droit, Timsit relève que le *texte* de la loi n'est en rien le simple substitut de la *parole* qu'il se contenterait de coucher en toute neutralité et objectivité dans les signes d'un alphabet, mais que « le texte est à la place de la parole »<sup>564</sup>, une substitution qui en change la substance, les esprits les plus raffinés y voyant une véritable « transsubstantiation »<sup>565</sup> En

---

<sup>562</sup> P. RICOEUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in : P. Amselek (directeur), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 179. La trivialité du constat (sa théorisation, elle, ouvrant à des richesses insoupçonnées de la culture) tient en ceci que l'écriture diffère la lecture, la prise de connaissance de ce qui est dit. En différant la lecture, elle transporte l'interprétation du texte dans un autre contexte, promesse d'autres interprétations. C'est bien ce constat que les (constitutionnalistes) « originalistes » étasuniens (positivistes rigoristes) ne parviennent pas à comprendre, qui pensent que l'interprète (qui n'en est donc plus un si leur théorie idéaliste conservatrice était vraie) des années 2020 peut comprendre le texte des amendements de la Constitution des États-Unis d'Amérique à l'*identique* des juristes voire des simples citoyens contemporains de la rédaction de la loi... il y a 250 ans. Abolition de l'esclavage, luttes mortelles pour les droits civiques, et autres événements décisifs de l'histoire nationale comme internationale, n'auraient donc aucune pertinence pour l'interprétation historique, de simples « détails de l'histoire » d'affreuse mémoire, les rendant *accidentels* (par opposition à essentiel précisément) pour l'interprétation en toute outrecuidance affirmée « authentique » de la Loi fondamentale. Jacques Derrida devait faire justice de ces vues effarantes en une seule lettre, le « a » de la différance : l'écriture comme différance, une « différance » permettant de différer la lecture.

<sup>563</sup> *Ibidem*.

<sup>564</sup> G. TIMSIT, « La science juridique, science du texte », in D. Bourcier/P. Mackay (directeurs), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, Paris, 1992, 457 ss. (459).

<sup>565</sup> La culture générale comme juridique indique ici, par « affinités électives », la transsubstantiation, renvoyant au sacré abordé dans le Volume 1 sous les espèces de l'auto-transcendance ou de l'auto-fondation. Un sacré aucunement étranger au droit, présent même et manifeste dans les plus hautes sphères juridiques, à la faveur du Préambule de la Constitution fédérale de la Confédération suisse ; sur ce point, et sur

conférant au texte « une « essentielle solitude », l'écriture modifie profondément, substantiellement, la manière d'aborder ce qu'il « contient ». Se dessine une triple autonomie du texte ; par rapport à l'intention de son auteur, par rapport au public auquel il était primitivement destiné, par rapport aux circonstances économiques, sociales, culturelles de sa production : « Se trouvent ainsi condamnées trois formes d'approches du texte : l'approche subjective (le texte a un auteur dont il faut, en cas de doute sur la signification du texte, découvrir l'intention par le recours à des moyens qui se situent hors du texte...) ; l'approche historisante (le recours à l'histoire du texte et aux « circonstances » de l'époque...) ; et l'approche marxisante... »<sup>566</sup>.

La méthode objective laisse, à l'évidence, beaucoup de liberté au juge : elle favorise une lecture politique de la loi<sup>567</sup> et une adaptation en dehors de toute

---

le serment « Au nom de Dieu Tout-Puissant ! » en particulier, voir PAPAUX, *Préambule* ; R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, puf, Paris, 2014. Le serment est pourtant bien une figure juridique, présentant des aspects forts techniques. Pour qui comprend, évidemment, que la technique n'est pas pur moyen. A défaut de convoquer ici Martin Heidegger, renvoyons déjà aux frères Epiméthée et Prométhée et au vol par ce dernier d'une parcelle du feu de l'Olympe pour sauver les hommes, provoquant le courroux de Zeus et la quasi disparition de la race des humains en « représailles ». Le roi des dieux décida toutefois de la sauver : il « envoie Hermès porter aux hommes le sentiment de l'honneur [ou la pudeur] et celui du droit [ou la justice, *dike*], afin que ces sentiments fussent la parure des cités et le lien par lequel s'unissent les amitiés » (PLATON, *Protagoras*, 321 c, Gallimard, trad. L. Robin et M.-J. Moreau, Paris, 1950, p. 89), soient les deux ressorts de l'art politique. Hermès demande toutefois à Zeus s'il doit distribuer la politique comme les autres arts c'est-à-dire à des spécialistes : « A tous indistinctement, répondit Zeus » (*ibidem*, d)). Sachant que le droit est partie de la politique pour les Anciens, il ne peut qu'être affaire de *généralistes* dans son essence, la *justice*. La loi, simple *moyen*, conviendra bien aux *spécialistes* mais manquera l'essentiel, la *fin*. Les sciences forensiques (dites aussi sciences criminelles), si liées au droit, semblent souffrir de la même claudication : « Nous suggérons de restaurer une conception qui délimite le champ d'action d'un généraliste. » écrit O. RIBAU, *Police scientifique. Le renseignement par la trace*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2013.

<sup>566</sup> TIMSIT, *op. cit.*, pp- 459-460. Dans cette ligne de Ricœur et de Timsit concernant l'indépendance du texte juridique (qui n'équivaut pas à l'arbitraire de l'interprète), s'inscrit la figure magistrale de « l'autorité de la loi » (*auctoritas*) en herméneutique juridique, telle que la conçoit H.-G. Gadamer en particulier. La méthode historique objective doit en être rapprochée mais une simple introduction au droit ou pis à la technique juridique positiviste (au principal) ne peut offrir pareil raffinement.

<sup>567</sup> Voir concernant le suffrage féminin, l'ATF 83 I 173 (notamment les consid. 4 et 6) et l'ATF 116 Ia 359 (notamment le consid. 5c). Dans le premier arrêt, le Tribunal fédéral a nié le droit de vote aux femmes, considérés « la volonté claire du législateur et [...] l'usage constant » (consid. 6). Dans le second – dont la structure reprend le premier –

procédure législative, au détriment sans doute de la stricte séparation des pouvoirs, par trop théorique savons-nous<sup>568</sup>, mais en consonance avec la vie du droit qui est fondamentalement *praxis*, une pratique, rappelons-le. A ce titre, un traité international du début du XX<sup>e</sup> siècle portant sur le télégraphe, appelé à être renouvelé, doit-il être considéré vide de tout objet désormais (du point de vue de la méthode historique subjective) ou, au contraire, propre à régler les problèmes du numérique et de la téléphonie mobile, par exemple ? Toutes les écritures à distance (télé-graphie) sont-elles concernées ou seulement quelques-unes ? Lesquelles ? Qui choisira ? Comment ? Trop de simplisme nuit assurément au droit.

L'ordre, en revanche, lui est indispensable, qui vient pour l'essentiel par le but de l'action, la fonction de l'institution, la finalité de la loi, le *telos* (du

---

le Tribunal fédéral a d'abord rappelé que l'usage constant cantonal ne permettait l'accès à la *Landsgemeinde* qu'aux hommes (« *Gemäss der bisher unangefochtenen kantonalen Praxis zu Art. 16 KV sind nur die Männer als stimmberechtigte Landleute und Schweizer an der Landsgemeinde und den Gemeindeversammlungen zugelassen* » : consid. 4a). Puis, le Tribunal fédéral a constaté une évolution dans la compréhension de l'art. 4 aCst – qui garantissait que tous les Suisses étaient égaux devant la loi – tout en précisant que les travaux préparatoires ne sont ni contraignants ni directement déterminants pour l'interprétation (« *Die Vorarbeiten sind aber weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend* » : consid. 5c). La Haute Cour a enfin remarqué que le contexte juridique avait également évolué (« *Diese Gewährleistung [la garantie fédérale de la constitution cantonale du Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieur de 1979] geschah indessen vor der Verfassungsrevision von 1981, somit unter anderen rechtlichen Bedingungen. Heute könnte eine revidierte kantonale Verfassung, die den Frauen das Stimm- und Wahlrecht abspricht, nicht mehr gewährleistet werden* » : consid. 9c), pour conclure que le suffrage féminin devait être garanti.

<sup>568</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 3, Sous-section 5, §3. L'ATF 145 IV 470 consid. 4.7 est de belle facture pédagogique à ce sujet. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a interprété la notion de « crime organisé » de l'art. 260<sup>ter</sup> CP. Après une longue analyse historique, notre Haute Cour conclut en affirmant que « l'art. 260<sup>ter</sup> CP a, originellement, été conçu pour lutter contre le crime organisé de type mafieux et non directement contre les organisations terroristes. Au fil des ans, le Conseil fédéral a cependant affirmé que cette disposition convenait pour s'attaquer à des organisations de cette nature, dans la mesure où, comme les structures mafieuses, celles-ci avaient pour objectif la commission de crimes violents. Le soin était laissé au juge de déterminer juridiquement, de cas en cas, si la participation ou le soutien d'une organisation pouvait tomber sous le coup de l'art. 260<sup>ter</sup> CP. Ce n'est que récemment que le Conseil fédéral a proposé d'inclure expressément dans cette norme l'incrimination de la participation ou du soutien à une organisation terroriste, en y incluant même une définition de l'action terroriste et en proposant d'appliquer une telle disposition en se référant aux listes de groupes terroristes dressées par des comités internationaux ou des Etats ».

« téléologique ») comme l'affirmait Aristote dès les premières lignes de l'*Ethique à Nicomaque* : « Tout art et toute investigation, et pareillement toute action et tout choix tendent vers quelque bien, à ce qu'il semble. »<sup>569</sup>.

#### § 4. *La « méthode » dite téléologique*

L'interprète construit ici le sens de la loi en fonction de son *but*<sup>570</sup>. Prévaut la « *ratio legis* », laquelle renvoie selon une acception large à la « politique législative » qui a conduit à l'adoption de la norme en question, ce qui inscrit déjà cette reconstruction-élaboration, d'un point de vue plus global, dans la *ratio juris*. Les lois explicitent souvent, dans leurs premiers articles, le « but de la loi » en bonne facture légistique<sup>571</sup>.

Considérons l'art. 318 al. 2 CPC prévoyant que « l'instance d'appel communique sa décision aux parties avec une motivation écrite ». Le *but* de cet alinéa « est d'imposer aux autorités cantonales de rendre des décisions motivées, sans que les parties aient à le requérir, de façon à assurer un contrôle accru des décisions des autorités inférieures, une cohérence dans la jurisprudence ainsi qu'une coordination des procédures cantonale et fédérale »<sup>572</sup>.

Le but étant rarement ponctuel, précis, la méthode téléologique permet beaucoup de souplesse dans l'interprétation et donc des possibilités d'adaptation aux évolutions constantes de la société. On est par conséquent en présence d'une méthode d'interprétation évolutive pour reprendre la formule consacrée à propos de la CourEDH<sup>573</sup>.

---

<sup>569</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, 14, traduction de J. TRICOT, Vrin, Paris, 1990, pp. 31-32.

<sup>570</sup> Téléologique est composé en effet du mot grec « *telos* », qui signifie « but », et de « *logos* », la parole, le discours, l'argument, le raisonnement, la logique.

<sup>571</sup> Voir notamment les art. 2 Cst., 1 LTrans et 1 LLG.

<sup>572</sup> ATF 142 III 695 consid. 4.1.4.

<sup>573</sup> Il pourrait y avoir un risque de confusion entre la méthode téléologique et la méthode historique objective. Les deux ont une vocation « évolutive », actualisante, l'une selon le but, l'autre selon la volonté du législateur. Dans la première, ce qui évolue est le *contenu* du but. Prenons, par exemple, une disposition dont la finalité est le « le bien de l'enfant ». Le 1<sup>er</sup> juillet 1952, un père a donné à son enfant des coups violents dans le dos, les fesses et les cuisses. Le Tribunal fédéral a jugé que le gonflement ainsi que les saignements sous-cutanés, les marques et les éraflures infligés par le père à son fils n'ont pas nui à sa santé (ATF 80 IV 102 consid. 2) ; il a encore précisé que le traitement subi par l'enfant, s'il est répété sur une longue période, *peut* avoir un effet défavorable

Cette méthode mobilise les *valeurs* ramassées, condensées dans le but : « [...] le juge recherchera la véritable portée de la norme au regard notamment [...] du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) »<sup>574</sup>. Elle est par conséquent aussi dénommée « méthode axiologique »<sup>575</sup>. Elle met au jour les valeurs en jeu, en particulier l'arbitrage des valeurs opéré par le législateur et porté par la norme : quel est le « pro-jet » (pro- en avant, - jet de jeter) poursuivi, vers quoi tend la loi, qu'est-ce qu'elle « cherche à faire » en langage trivial.

La référence aux valeurs permet de retrouver, discrètement, la présence de l'équité, en ceci que le but ultime du droit (au-delà de la seule *ratio legis*) appliqué dans le cas singulier consiste toujours à prononcer une décision juste, équitable, en creux, qui ne soit pas « matériellement insoutenable ». Acception *générale* et même matricielle de l'équité valant pour tout le droit, en tant que principe général (*infra* Chapitre 2, Section 10), singulièrement pour tout passage de la loi *en tant que générale et abstraite* au cas *en tant que singulier et concret*, une présence de l'équité (somme toute le juste, le *jus*) infiniment

---

sur le développement mental. Toutefois, dans le cas d'espèce, il n'était pas établi que, jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1952 inclus, le père avait maltraité le fils si souvent et si gravement qu'une altération substantielle de ce développement était imminente (ATF 80 IV 102 consid. 3). Les dispositions légales protègent certes le « bien de l'enfant », mais la *substance* de ce bien, son « *essence* » évolue avec les valeurs de la société (méthode téléologique). Le « droit de correction » des parents sur les enfants a été au reste abrogé du Code civil en 1978 [art. 278a aCC]), mais le Tribunal fédéral se réfère encore à la notion de « droit de correction », souvent à l'occasion de situations qui tombent sous le coup des art. 126 CP (voies de fait) et art. 219 CP (violation du devoir d'assistance et d'éducation). En 2013 le Tribunal fédéral a rappelé que « Sans trancher la question de savoir dans quelle mesure subsiste encore pour les détenteurs de l'autorité parentale le droit d'infliger de légères corrections corporelles, le Tribunal fédéral a rappelé que, pour une partie de la doctrine, si un droit de correction existe, il doit être la conséquence d'un comportement inadapté de l'enfant et intervenir dans un but éducatif (ATF 129 IV 216 consid. 2.34 p. 221 et les références citées). » (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_429/2012 du 19 juin 2013 consid. 3.2). Cette proximité entre les deux méthodes « actualisantes », selon le but ou selon la volonté du législateur, traduit l'innervation du but dans tous les ressorts de la pensée et de l'action humaines, juridique pour notre propos, comme Aristote le relevait.

<sup>574</sup> ATF 145 V 354 consid. 5.1.

<sup>575</sup> Voir notamment M. TROPER « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », in O. Pfersmann/G. Timsit (éditeurs), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001, p. 41.

plus large que la place officielle restreinte que lui réserve, de manière tout théorique au demeurant, le légalisme de l'art. 4 CC.

La démarche téléologique montre que la distinction entre les différentes « méthodes » est quelque peu artificielle : pour élaborer le but de la loi, l'interprète devra souvent recourir à la méthode historique, tenir compte de la systématique, etc.

Raison pour laquelle le Tribunal fédéral utilise une « méthode pragmatique », parfois aussi dénommée « méthode éclectique » ou « pluralisme pragmatique »<sup>576</sup>. Cette méthode consiste en un « panachage » des quatre méthodes d'interprétation examinées, en vue de procéder à une interprétation pondérée d'ensemble et non une analyse fragmentée ou sectorielle.

---

<sup>576</sup> ATF 145 V 354 consid. 5.1; ATF 140 III 315 consid. 5.2.1.

## Chapitre 2. Interprétation du droit et application de la loi

### Section 1. Remarques préliminaires

Il sied de rappeler que le droit ne se résume pas à la loi, que codes et lois n'en sont que des *instruments*, principaux certes concernant le juriste continental, par opposition au juriste de *common law* qui fonde son travail avant tout sur la jurisprudence.

Nous venons également de voir que l'*application* de la loi n'est pas possible sans *interprétation* puisque l'application passe nécessairement par la *qualification* ; et pour qualifier, il faut déjà interpréter<sup>577</sup>.

Lors de son travail de « juri-diction », « *juris-dictio* » (le « dire du juste »), le juge doit coordonner deux plans juridiques structurés par des logiques différentes : (i) la loi, générale et abstraite, et (ii) le cas, singulier et concret. Cette « confrontation » de la loi et du cas donne lieu à diverses difficultés, objets des sections suivantes.

### Section 2. Quid lorsque plusieurs interprétations s'avèrent possibles ?

Si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution. En effet, même si le Tribunal fédéral n'est pas formellement habilité à examiner la constitutionnalité des lois fédérales (art. 190 Cst.), il part du postulat, raisonnable, que le législateur n'adopte pas de solution légale incompatible avec la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi<sup>578</sup>. Autrement dit, faisant son ouvrage, le législateur est censé connaître la Constitution et la respecter<sup>579</sup>.

---

<sup>577</sup> Voir également, *supra* Titre IV, Chapitre 4, Section 1, Sous-section 1.

<sup>578</sup> ATF 137 V 273 consid. 4.2; ATF 122 III 469 consid. 5a ; ATF 119 Ia 241 consid. 7.

<sup>579</sup> ATF 104 Ia 292.

### **Section 3. De l'« application conforme » de la règle de droit (à un ordre juridique supérieur)**

Les règles de rang inférieur doivent se conformer aux règles de rang supérieur. Cela signifie qu'en droit interne, les normes inférieures doivent respecter la Constitution en ultime ressort<sup>580</sup>. En droit international, par le jeu de l'« application conforme », les règles de rang interne suisse doivent se conformer aux règles de l'ordre juridique international<sup>581</sup>.

La règle de l'« application conforme » par exercice de la hiérarchie des normes vise « à prévenir le conflit de règles autant que faire se peut »<sup>582</sup>.

Ainsi, pour reprendre la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsqu'il existe plusieurs interprétations possibles d'une règle de droit interne, le juge devra choisir celle qui – en appliquant la disposition concernée – n'entre pas en conflit avec la norme supérieure, voire davantage, celle qui s'accorde le mieux avec cette dernière<sup>583</sup>.

### **Section 4. De l'application extensive de la règle de droit**

L'application extensive de la règle de droit signifie une utilisation de la règle dans une situation plus large, plus générale, que celle correspondant aux termes utilisés dans le texte de la loi<sup>584</sup>.

A titre d'exemple, l'ATF 111 II 384 consid. 2, dans lequel le Tribunal fédéral a *étendu* l'application de l'art. 20 CO – qui se réfère à la nullité du *contrat* – à tout *acte juridique*, dans l'arrêt cité, un acte de résiliation. Or, comme nous l'avons vu<sup>585</sup>, le contrat n'est qu'un type d'acte juridique. Autrement dit, la notion d'acte juridique est plus large que celle de contrat, en tant que la

---

<sup>580</sup> Voir par exemple ATF 145 I 73 consid. 7.2.3.2 ; ATF 144 I 306 consid. 4.4.4.

<sup>581</sup> ATF 145 I 73 consid. 2 ; ATF 144 I 214 consid. 3.2.

<sup>582</sup> ATF 145 I 73 consid. 2 ; ATF 144 I 214 consid. 3.2.

<sup>583</sup> ATF 94 I 669 consid. 6a.

<sup>584</sup> Voir parmi d'autres : ATF 122 V 230 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_184/2007 du 19 novembre 2007 consid. 6.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_873/2010 du 17 février 2011 consid. 10.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2017 du 20 novembre 2017 consid. 2.3.2.2.

<sup>585</sup> Voir *supra* Titre V, Chapitre 4, Sections 3 et 4.

première est le *genre* et la seconde, l'*espèce*. Ce qui valait pour l'*espèce* a été étendu au genre : « application *extensive* » en effet.

Ce mode d'application extensif – comme toute exception à une norme juridique – doit être utilisé de manière restrictive, parce qu'une exception utilisée trop largement affaiblirait l'autorité de la règle de droit originelle<sup>586</sup>.

Il n'est par ailleurs aucunement interdit d'y avoir recours en droit pénal<sup>587</sup>. Il est certes inadmissible d'étendre une incrimination à des situations non visées par l'esprit de la règle de droit, comme le consacre l'adage *nullum crimen sine lege*, mais il est possible d'utiliser l'application extensive pour reconnaître ou reconstruire l'esprit de la disposition pénale en question. On demeure ici dans le cadre d'une incrimination arrêtée par la loi, mais insuffisamment explicitée par sa lettre<sup>588</sup>.

---

<sup>586</sup> F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur » in : M. van de Kerchove (directeur), *L'interprétation en droit : Approche pluridisciplinaire*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1978, n° 233 ; F. MARTINEAU, *Petit traité d'argumentation judiciaire*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2012, p. 197. Dans l'ATF 107 Ia 9 consid. 6 le Tribunal fédéral a rappelé et précisé ce principe : « L'interprétation restrictive d'exceptions n'a rien d'arbitraire ». L'arrêt concernait l'application extensive d'un article du Code de procédure pénal valaisan en vigueur à l'époque (1981), application qui avait été refusée par les autorités judiciaires cantonales. Voir, en complément, l'ATF 146 IV 126 consid. 3.6, dans lequel le Tribunal fédéral est passé, en droit pénal pourtant, d'une interprétation *restrictive* de l'art. 179<sup>er</sup> première phrase CP (« Celui qui, sans le consentement des autres interlocuteurs, aura enregistré sur un porteur de son une conversation non publique à laquelle il prenait part »), « à savoir que la conversation "non publique" figurant à l'art. 179<sup>er</sup> CP devait se rapporter au domaine secret ou privé de ceux qui y prennent part et intervenir dans un contexte de relations personnelles ou commerciales, à l'exclusion de l'exercice d'un devoir de fonction », à une interprétation plus large de la disposition légale, qui « apparaît fondée au regard de la genèse de la loi, de sa systématique, ainsi que des buts qu'elle poursuit. Aussi, on retiendra désormais que pour déterminer si une conversation est "non publique" au sens des art. 179<sup>bis</sup> et 179<sup>er</sup> CP, il faut examiner, au regard de l'ensemble des circonstances, dans quelle mesure elle pouvait et devait être entendue par des tiers. La conversation n'est pas publique lorsque ses participants s'entretiennent dans l'attente légitime que leurs propos ne soient pas accessibles à tout un chacun. La nature de la conversation peut constituer un indice à cet égard, mais n'est pas seule décisive. Cette solution permet ainsi de protéger l'individu contre la diffusion de ses propos en dehors du cercle des personnes avec lequel il a choisi de partager ses opinions, peu importe en quelle qualité il s'est exprimé ».

<sup>587</sup> ATF 138 IV 13 consid. 4.1 avec références.

<sup>588</sup> ATF 145 IV 470 consid. 4.5 ; ATF 137 IV 99 consid. 1.2 ; ATF 103 IV 129 consid. 3a.

Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il jugé que l'infraction de contrainte sexuelle, *contrairement* à sa lettre trop restrictive visant textuellement seul celui qui a contraint une personne à *subir* un acte d'ordre sexuel<sup>589</sup>, réprime non seulement le fait de contraindre une personne à subir, sous-entendu « passivement », un acte d'ordre sexuel mais également à *accomplir* un acte d'ordre sexuel, c'est-à-dire en œuvrant *activement*, à l'exemple d'une fellation contrainte ; pareille « extension » (en l'occurrence, « explicitation » plutôt), correspondant au sens et au but de cette disposition ainsi qu'à la volonté du législateur<sup>590</sup>.

## Section 5. De l'application restrictive de la règle de droit

L'application restrictive consiste à appliquer la règle de droit à une situation plus étroite, plus restreinte, que celle correspondant aux termes utilisés dans le texte de la loi<sup>591</sup>. Restreindre le champ d'application de la disposition signifie en diminuer les potentiels cas d'application.

A l'exemple de la notion de « familiers » des art. 110 al. 2 (« Les *familiers* d'une personne sont ceux qui font ménage commun avec elle ») et 138 ch. 1 al. 4 CP (« L'abus de confiance commis au préjudice des proches ou des familiers ne sera poursuivi que sur plainte »). Elle sera appliquée de manière restrictive<sup>592</sup> car la nature de la relation entre deux personnes ne réalise pas, à elle seule, les éléments objectifs de la cohabitation justifiant de les considérer « familiers ». Des voisins d'immeuble, par exemple, aussi proches soient-ils, et quand bien même passeraient-ils leur quotidien ensemble, ne sauraient être qualifiés de « familiers »<sup>593</sup>.

---

<sup>589</sup> Art. 189 CP : « Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

<sup>590</sup> ATF 127 IV 198 consid. 3, dans lequel le Tribunal fédéral a expliqué que « *Eine Anwendung der Bestimmung streng nach dem engen Wortlaut, der offensichtlich auf einem gesetzgeberischen Versehen beruht, würde zu sachwidrigen und offenkundig stossenden Ergebnissen führen* ».

<sup>591</sup> ATF 105 II 135 consid. 2a.

<sup>592</sup> ATF 140 IV 97 consid. 1.2.

<sup>593</sup> ATF 140 IV 97 consid. 1.5.

## Section 6. De l'application *a contrario* de la règle de droit

De ce que le législateur a arrêté telle règle pour tel cas, l'interprète suppose que, dans le cas contraire, la solution opposée doit être adoptée<sup>594</sup>.

Le raisonnement paraît assez simple *prima facie*. Par exemple, selon l'art. 215 CPC, la procédure sommaire s'applique, selon sa lettre d, notamment à la décision relative au retour à meilleure fortune (art. 265a al. 1 à 3 LP). Cependant, l'art. 265a LP comporte un alinéa 4 disposant : « Le débiteur et le créancier peuvent intenter une action en constatation du non-retour ou du retour à meilleure fortune devant le juge du for de la poursuite dans les 20 jours à compter de la notification de la décision sur opposition ». Le Tribunal fédéral a considéré que la procédure applicable à l'action visée par l'art. 265a al. 4 LP n'était pas la procédure sommaire, mais la procédure ordinaire ou simplifiée, arguant d'une application *a contrario* de l'art. 215 let. d CPC<sup>595</sup>.

Toutefois, ce type de raisonnement est logiquement faible : il suppose que seules deux solutions sont possibles, par conséquent si ce n'est pas l'une, ce sera nécessairement l'autre<sup>596</sup>. Mais le droit est souvent bien plus nuancé que la conception dichotomique en A *ou* non-A, blanc *ou* noir, oui *ou* non.

L'exemple de la pancarte « Les chiens sont interdits sur les quais de la gare » est très parlant à cet égard<sup>597</sup>. Une analyse de logique binaire (logique du tiers-exclu) conduit à penser que, *a contrario*, je peux sans problème accéder aux quais avec un ours en laisse, avec des chèvres à la corde ou des zébus sous le joug, autant de cas de « non-chiens », lesquels pourtant ne justifient en tout

<sup>594</sup> ATF 144 I 208 consid. 3.1 et 3.2 ; ATF 143 III 149 consid. 2.4 ; ATF 86 IV 151 consid. 1.

<sup>595</sup> ATF 143 III 149 consid. 2.4 « *La causa [celle de l'art. 265a al. 4 LP] si svolge in procedura ordinaria o semplificata, e non in procedura sommaria (v. art. 251 lett. d CPC a contrario)* ». La distinction s'est révélée de première importance dans la suite de l'arrêt, concernant l'application des suspensions des délais et des fêtes à ce type de procédure.

<sup>596</sup> Une situation relevant de la logique du tiers-exclu : aucun (« exclu ») troisième terme (« tiers ») n'existe entre ceux constituant les deux branches de l'alternative ; un stricte, exclusif « ou... ou ».

<sup>597</sup> Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris 1979, p. 56. Voir aussi, pour plus de développements : A. PAPAUX, « Comparaison générique vs comparaison prototypique. Ou de l'évaluation "con-forme" par concept-mesure à l'évaluation instituante ou "analogique" par concept-matrice » in *Revue européenne des sciences sociales* 45/138 (2007), pp. 115-141.

vraisemblance pas l'accès de ce carnaval d'animaux aux quais. Le chien d'aveugle ou le chien-policier anti-drogue y connaîtront-ils meilleur sort ? Et le chien dans le sac à main dont seul le minois déborde des anses trouverait-il meilleure grâce auprès de la maréchaussée ?

## Section 7. De l'application *a fortiori* de la règle de droit

Le lecteur habilité, c'est-à-dire le juge, applique ici une règle donnée à un cas qui n'y est pas inclus comme tel, mais qui pourrait s'y ranger (s'y « subsumer » dit la technique juridique) grâce au raisonnement suivant : si la règle vaut pour tel cas<sup>598</sup> consacré, éminemment pour celui visé par la règle, *a fortiori* (« à plus forte raison ») vaut-elle pour le cas à résoudre<sup>599</sup>.

Reprenant l'exemple de la pancarte, si la présence d'un chien est interdite sur les quais de la gare, *a fortiori* le serait celle d'un ours. Pourtant, nous venons de voir que par une application *a contrario* les ours peuvent se rendre sur les quais de la gare !

Soit cette autre règle « simplissime » : « *no vehicle in the park* »<sup>600</sup>. H. L. A. Hart formula son interrogation comme suit : « *A legal rule forbids you to take a vehicle into the public park. Plainly this forbids an automobile, but what about bicycles, roller skates, toy automobiles? What about airplanes? Are these, as we say, to be called "vehicles" for the purpose of the rule or not?* ». L. L. Fuller voulu savoir si : « *a World War II military truck set on a pedestal as a memorial* » était à considérer comme un véhicule ou pas. *Quid* d'une ambulance, d'un camion de pompiers pénétrant dans le parc ou d'un char d'assaut chenillé devant trôner dans un mémorial situé dans le parc suivant l'argument de Fuller ? Ou plus innocemment d'une poussette ?

On voit, à l'instar de la démarche « *a contrario* », qu'il s'agit « simplement » d'*arguments* à faire valoir pour étayer un raisonnement et non de théories qui

---

<sup>598</sup> Pour telle classe de cas en toute rigueur de pensée.

<sup>599</sup> ATF 145 V 218 consid. 2.1 ; ATF 144 III 227 consid. 3.3.1.

<sup>600</sup> Voir à ce sujet la célèbre dispute entre H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals » in *Harvard Law Review* 71 (1958), pp. 593-629 et L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart » in *Harvard Law Review Volume 71 No. 4* (1958), pp. 630-672. Voir également les analyses de P. SCHLAG, « No Vehicles in the Park » in *Seattle University Law Review* 23 (1999), pp. 381-389 et D. BUNIKOWSKI, « The Origins of Open Texture in Language and Legal Philosophies in Oxford and Cambridge » in *Rechtstheorie* 47 (2016), pp. 1-24.

permettent de *démontrer* de manière irréfutable une conclusion : en droit, on ne *calcule* pas, on *juge*.

## **Section 8. De l'application *a maiore ad minus* de la règle de droit : qui peut le plus peut le moins**

Par cette application, si une personne est autorisée, par une règle de droit, à exercer une certaine prérogative, cette même personne pourra en exercer une moindre<sup>601</sup>. Ainsi, si une personne peut vendre son immeuble, par le mode logique *a maiore ad minus*, elle pourra sans autre le louer : « Il est vrai que les propriétaires étrangers pourraient revendre leurs appartements, puisque aucune interdiction d'aliéner ne leur a été imposée, semble-t-il. On pourrait en déduire qu'ils peuvent aussi les louer, en vertu du principe "qui peut le plus peut le moins" »<sup>602</sup>. Nous savons qu'il ne s'agit évidemment pas d'une *déduction (stricto sensu)* puisque ce mode logique *a maiore ad minus* relève de l'« art », art de l'argumentation et *ars juris*, et non des sciences dures.

Concernant plus précisément le « *a maiore ad minus* », la location est en effet un acte juridique dont les implications sont moindres que la vente puisque dans un cas il s'agit de céder l'usage d'une chose dont le propriétaire reste par ailleurs maître et dans l'autre il s'agit de céder la chose elle-même avec laquelle le propriétaire perd tout lien juridique.

Ou encore, si le gouvernement reçoit la compétence de nommer deux juges cantonaux extraordinaires, il peut – par ce mode logique d'*inférence* (et non de *déduction*) – n'en nommer qu'un seul<sup>603</sup>.

Comme pour les démarches précédentes, il s'agit d'un simple argument à faire valoir pour étayer un raisonnement.

---

<sup>601</sup> Voir notamment : ATF 97 I 509 consid. 5 ; ATF 98 Ia 476 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_171/2008 du 22 mai 2009 consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_886/2018 du 9 avril 2019 consid. 4.3.

<sup>602</sup> ATF 104 Ib 141 consid. 4.

<sup>603</sup> A titre d'exemple : <https://m4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/interrogazioni/risposte/pdf/r7.11.pdf> (dernière consultation le 23 janvier 2021).

## Section 9. De l'application par analogie

L'analogie constitue une démarche intellectuelle qui procède via un raisonnement *a pari*, horizontal. L'analogie consiste à *comparer* deux ou plusieurs situations<sup>604</sup> entre lesquelles, comme l'a récemment indiqué le Tribunal fédéral, certains interprètent « tir[ent] un parallèle »<sup>605</sup>.

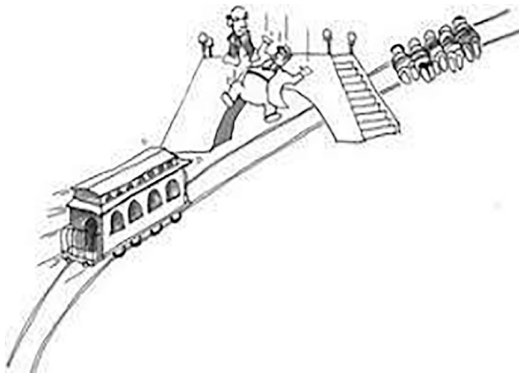
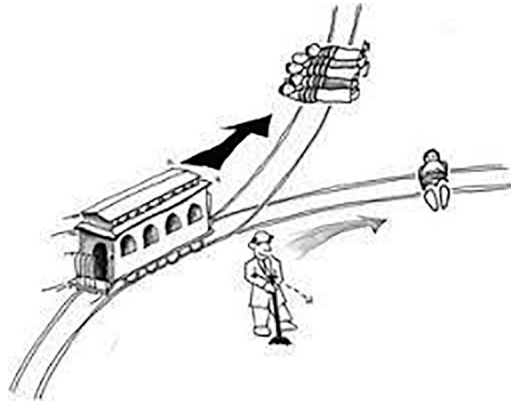
Soit un juge appelé à trancher deux affaires aux ressorts « proches », telles qu'esquissés dans les deux dessins suivants. Ces situations doivent-elles être considérées comme *analogues* ?<sup>606</sup> Les peines prononcées seront-elles les mêmes ?

---

<sup>604</sup> L'analogie est un procédé logique qui a reçu également des critiques : M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris 1966, p. 65 a écrit que « la similitude n'est plus la forme du savoir mais plutôt l'occasion de l'erreur ». K. R. Popper, l'épistémologue de la physique, témoigne d'une vive réticence à l'endroit de l'analogie dans les sciences (dures). Voir K. R. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, Paris, 2017 (1935). Ricoeur le sait et la montre indispensable en droit, nous rappelant qu'elle *se construit et se juge*, au sens propre, *s'évalue* : l'interprète *décide* que les ressemblances entre les cas affirmés « analogues » l'emportent sur les dissemblances (sur ces points, voir Volume 1, Titre II, Chapitre 1, Section 5, Sous-section 1, pp. 54 s.) ; le savoir induit de l'analogie demeure dans la dépendance d'un *choix*, ce qui ne l'empêche pas de constituer l'une des formes majeures du savoir, largement confirmées et utilisées par les neurosciences : voir D. HOFSTADTER/E. SANDER, *L'Analogie. Cœur de la pensée*, Odile Jacob, Paris, 2013.

<sup>605</sup> ATF 145 III 506 consid. 2.3 : « Plusieurs auteurs tirent un parallèle entre l'institution de l'appel en cause et la demande reconventionnelle. Ils plaident pour une application par analogie de l'art. 94 CPC ».

<sup>606</sup> Images tirés de : D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Raffaello Cortina Editore, Milan 2014, pp. 8 et 181 (pour l'image à gauche), pp. 39 et 182 (pour l'image à droite). Le problème a été posé par P. FOOT, « The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect » in *Oxford Review*, n° 5 1967, p. 2, comme suit : « *Suppose that a judge or magistrate is faced with rioters demanding that a culprit be found for a certain crime and threatening otherwise to take their own bloody revenge on a particular section of the community. The real culprit being unknown, the judge sees himself as able to prevent the bloodshed only by framing some innocent person and having him executed. Beside this example is placed another in which a pilot whose airplane is about to crash is deciding whether to steer from a more to a less inhabited area. To make the parallel as close as possible it may rather be supposed that he is the driver of a runaway tram which he can only steer from one narrow track on to another; five men are working on one track and one man on the other; anyone on the track he enters is bound to be killed. In the case of the riots the mob have five hostages, so that in both examples the exchange is supposed to be one man's life for the lives of five ».*



Dans la première, vous avez le choix, en activant le mécanisme d'aiguillage, de sacrifier une personne afin de sauver les cinq autres sur les voies en modifiant la trajectoire du tram, tandis que dans la seconde, pour sauver la vie des cinq personnes sur les voies du tram vous *devez* pousser une personne, dont le poids élevé pourra arrêter le tram ; cette dernière personne, toutefois, décédera. Que choisissez-vous ? Problèmes classiques de philosophie pratique,

d'éthique plus particulièrement ; problème sans solution simple, véritable dilemme, mieux authentique aporie<sup>607</sup>.

Les situations paraissent difficilement *assimilables, comparables*, car sur le dessin de gauche tant la personne seule que les cinq autres sont déjà en danger, elles sont ligotées aux rails. Sur l'image de droite, la personne robuste *doit* « nécessairement » être précipitée sur les rails afin de protéger les cinq autres. Cette personne deviendrait un moyen pour atteindre un but<sup>608</sup>. Dans la première situation, on modifie un état de danger préexistant, tandis que dans la seconde, on introduit, pour la personne colossale, une menace qu'elle ne subissait pas auparavant<sup>609</sup>.

En droit, l'analogie consiste à appliquer la règle juridique à un cas qui n'est pas *expressément* compris dans son champ d'application, mais apparaît suffisamment *semblable* au cas typique (voire le cas d'école, « *leading case* » ou encore, « *Schulbeispeil* ») qui a fondé la catégorie juridique concernée pour justifier son application dans ce cas nouveau. Il n'y a donc pas *identité*, mais *similarité* ou *similitude* entre les deux affaires.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt ancien, a circonscrit, avec une certaine finesse méthodologique, la démarche analogique : « pour que l'application par analogie d'une règle qui vise un cas différent soit possible, il faut que les deux cas puissent s'identifier l'un à l'autre dans la perspective de ladite règle de droit; pour en juger, on comparera les éléments de fait constitutifs des deux hypothèses, puis on constatera et pèsera les intérêts, les exigences sociales, morales, celles de la sécurité juridique et de l'esprit de la loi que l'assimilation met en jeu »<sup>610</sup>.

Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il considéré qu'« [à] teneur de l'art. 507 al. 1 CC, les témoins doivent indiquer sur l'acte "le lieu, l'année, le mois et le jour". La même exigence est requise pour l'établissement d'un testament olographe (art. 505 al. 1 CC). Alors que l'art. 520a CC règle dans quelle mesure un testament olographe est valable en dépit de l'indication de ces éléments, aucune réglementation n'est prévue à ce sujet pour le cas où les témoins omettraient

---

<sup>607</sup> Comme l'est en théorie un différend entre deux droits dits parfois « absolus », à l'exemple, très schématique ici, entre le droit absolu de la femme à disposer de son corps et le droit absolu de l'enfant conçu à naître.

<sup>608</sup> EDMONDS, *op. cit.*, p. 40.

<sup>609</sup> EDMONDS, *op. cit.*, p. 41.

<sup>610</sup> ATF 95 II 355 consid. 3. Formule reprise dans l'ATF 96 II 363 consid. 3.

de mentionner les données spatio-temporelles dans leur acte de retranscription des dernières volontés. L'art. 520a CC peut cependant s'appliquer par analogie [...] »<sup>611</sup>. Autrement dit, pour notre Haute Cour, bien que l'art. 520a CC ne règle pas *expressément* la situation du défaut des différentes indications spatio-temporelles dans un testament public, les institutions du testament olographe et du testament public apparaissent suffisamment *similaires* pour pouvoir appliquer au second une règle prévue pour le premier.

Ou encore, dans un arrêt certes daté, le Tribunal fédéral avait constaté que le nu-propriétaire, qui reprend la pleine disposition d'un immeuble à l'échéance d'un usufruit en vertu duquel l'usufruitier avait concédé un bail sur ledit immeuble, doit, *comme* un acquéreur, respecter le bail jusqu'au plus prochain terme légal de congé<sup>612</sup>. Le « *comme* [si] » indique que le nu-propriétaire n'est pas en soi un acquéreur ; il ne l'est que selon un raisonnement par analogie.

L'application par analogie, comme nombre d'autres arguments rencontrés, s'inspire fortement de l'interprétation téléologique.

L'analogie consiste donc à assimiler l'inconnu à du connu<sup>613</sup>, la situation litigieuse à traiter à une situation connue. *Assimiler*, c'est bien rendre similaire, analogue ou encore semblable. Il faut donc procéder à une *comparaison*.

Parfois cette assimilation figure déjà dans la loi. A titre d'exemple, l'art. 118 al. 2 CC dispose que « Pour le surplus, les dispositions relatives aux mesures protectrices de l'union conjugale sont applicables par analogie ». Concernant l'assimilation et le jugement d'analogie qui la sous-tend, on relèvera le changement paradigmatique opéré au sein de la loi sur le partenariat enregistré (LPart)<sup>614</sup>. Cette loi date du 18 juin 2004 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007). Ses articles sont – régulièrement – la reprise des articles concernant l'union conjugale du Code civil. Ainsi, les art. 13 al. 1 première phrase LPart (« Les partenaires contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la communauté ») et 163 al. 1 CC (« Mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille ») ; les art. 14 al. 1 LPart (« Un partenaire ne peut, sans le consentement exprès de l'autre, ni résilier le

<sup>611</sup> ATF 143 III 640 consid. 4.2.

<sup>612</sup> ATF 113 II 121 consid. 3.

<sup>613</sup> B. FRYDMAN, « Les formes de l'analogie » in *Droit prospectif : revue de la recherche juridique 1995-4*, p. 1054 ; voir Volume 1, Titre II, Chapitre 5, Section 2, Sous-section 3, p. 175 note 152.

<sup>614</sup> RS 211.231.

bail, ni aliéner le logement commun, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits sur le logement commun ») et 169 al. 1 CC « ( Un époux ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend le logement de la famille »). L'utilisation de l'analogie dans la LPart d'origine était réservée principalement à des questions de procédure.

Puis, par la modification législative du 17 juin 2016, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017, le paradigme change : l'art. 13 al. 1 LPart reçoit une nouvelle phrase prévoyant qu' « [a]u surplus, les art. 163 à 165 du code civil (CC) sont applicables par analogie » ; de même l'art. 27a LPart en matière d'adoption dispose que « [l]orsque l'un des deux partenaires a adopté l'enfant mineur de l'autre, les art. 270 à 327c CC sont applicables par analogie ». Autrement dit, le législateur de 2004 n'a pas considéré suffisamment similaires aux couples hétérosexuels les couples homosexuels et a, en conséquence, élaboré une loi propre aux seconds, tandis que le législateur de 2016 considère assimilables les seconds aux premiers, même sur une question aussi épineuse comme l'adoption. Ainsi, le sens de l'analogie peut-il évoluer dans le temps. Où l'on voit que l'analogie est bel et bien le résultat d'une évaluation, d'un jugement (au sens cognitif du terme) estimant que les ressemblances l'emportent sur les dissemblances.

## **Section 10. De l'application des « règles du droit et de l'équité » (art. 4 CC)**

### **Sous-section 1. Droit, équité et prudence : brefs éléments d'un flottement**

Les « règles du droit et de l'équité »<sup>615</sup> font l'objet de l'art. 4 CC. Considérons le texte de cette disposition dans les trois langues officielles.

---

<sup>615</sup> Pour les approches doctrinales sur la portée de la locution « règles du droit et de l'équité », Voir parmi d'autres : DESCHENAUX, *TDP*; J.-F. PERRIN, *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? (quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code civil suisse)*, CETEL, Genève 1982 ; D. MANAI-WEHRLI, *Déterminer les indéterminations : les "règles du droit et de l'équité" (art. 4 CCS) dans le discours de la doctrine et de la jurisprudence*, CETEL, Genève, 1983 ; P.-H. STEINAUER, *TDP*; J.-F. PERRIN, « Art. 4 » in : P. Pichonnaz/B. Foëx (éditeurs), *Commentaire romand, CC I*, Helbing Lichtenhan,

III. Pouvoir  
d'appréciation du juge

III. Gerichtliches  
Ermessen

III. Apprezzamento del  
giudice

Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.

Wo das Gesetz das Gericht auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat es seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.

Il giudice è tenuto a decidere secondo il diritto e l'equità quando la legge si rimette al suo prudente criterio o fa dipendere la decisione dall'apprezzamento delle circostanze, o da motivi gravi.

La disparité des versions appelle deux remarques terminologiques.

La première vise la note marginale. Les versions française et italienne mettent l'accent sur la figure du *juge*, au bénéfice d'un pouvoir explicite d'appréciation. La version allemande, par contre, traite du *tribunal* (*gerichtlich*)<sup>616</sup>. En allemand, il n'y a plus de *personnification* de la justice, c'est un *tribunal* qui tranche, la justice devenant de la sorte un concept plus neutre<sup>617</sup>.

La seconde remarque terminologique concerne la formulation législative : les trois langues officielles rapportent que le juge applique les règles du droit (*nach Recht, secondo diritto*) et de l'équité (*Billigkeit, l'equità*)<sup>618</sup>. Il

---

Bâle, 2010 ; S. HRUBESCH-MILLAUER, « Art. 4 » in : *Berner Kommentar, Band I : Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB*, Stämpfli, Berne, 2012 ; H. HONSELL, « Art. 4 » in : T. Geiser/C. Fountoulakis (éditeurs), *Basler Kommentar, ZGB I*, 6<sup>e</sup> édition, Helbing Lichtenhan, Bâle, 2018.

<sup>616</sup> Jusqu'au 31 décembre 1999 la note marginale de l'art. 4, en allemand, suivait les versions française et italienne : « *Richterliches Ermessen* ». Elle a été revisitée par la loi fédérale du 26 juin 1998 qui a modifié le CC (état civil, conclusion du mariage et divorce, filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), Voir FF 1999 1143 (dans sa teneur allemande), qui a remplacé partout dans le Code civil le mot « *der Richter* » par « *das Gericht* » et l'adjectif « *richterlich* » par « *gerichtlich* ». Voir sur ces questions : STEINAUER, *Equivalences*, pp. 69 ss.

<sup>617</sup> Neutre ou plutôt épïcène. Voir STEINAUER, *Equivalences*, pp. 80 s.

<sup>618</sup> Il est intéressant de noter que la traduction anglaise (non officielle) de l'art. 4 CC disponible sur le site de l'administration fédérale (<https://www.fedlex.admin.ch/>)

semblerait ainsi que « droit » et « équité » soient deux concepts distincts. Cette application renvoie, de manière cohérente – au moins en allemand et en italien – à la note marginale de l’art. 1 CC (« *Anwendung des Rechts* » et « *Applicazione del diritto* »), la note marginale française concernant, en revanche, l’« *Application de la loi* ». Le juge applique-t-il la loi ou le droit ? Si la réponse ne fait guère difficulté, la question du statut de l’équité ou de sa place effective, comme élément interne au droit ou extérieur à lui, ne trouve aucune réponse satisfaisante dans la conception positiviste.

Si le droit se réduit à la loi (positivisme juridique légaliste), alors l’équité ne peut qu’apparaître « hors la loi », excepté peut-être dans les cas de référence de la loi elle-même à l’équité, comme à l’art. 4 CC précisément. L’esprit grossier aura alors tôt fait de considérer cette équité hors la loi comme une manifestation du « bon vouloir du juge », en bref de l’arbitraire. Pourtant, tout le droit comme juste, *jus*, nous enseigne qu’entre l’objectivité, pure de tout jugement d’équité (de tout jugement de valeur en général), mais impossible à atteindre dans les choses humaines, et le terrible contresens d’un arbitraire judiciaire entendu comme quintessence de l’équité, se déploie la subjectivité du juge, mieux l’inter-subjectivité du tribunal, matrice de la *jurisdictio* : un *jugement*, de par sa nature même, ne peut qu’être subjectif ; seul un *calcul* est objectif.

Si le droit constitue le *genre* et la loi l’une de ses *espèces* comme l’expose l’art. 1 CC, une équité *intérieure* au droit mais *extérieure* à la loi peut être envisagée en bonne logique, quand bien même cet ordonnancement conceptuel heurterait le positiviste légaliste<sup>619</sup>.

La formule de l’art. 4 CC semble toutefois fermer cette voie puisque droit et éthique s’y trouvent juxtaposés, disposés en extériorité l’un vis-à-vis de l’autre. Mais si l’équité équivaut plus ou moins au juste, et que le droit est distingué de l’équité, alors le droit peut très bien être injuste, ce qui contrevient non seulement à sa définition-même, le *jus* étant le *juste*, mais à une affirmation

---

eli/cc/24/233\_245\_233/en, dernier accès le 24 janvier 2021) indique que « *Where the law confers discretion on the court or makes reference to an assessment of the circumstances or to good cause, the court must reach its decision in accordance with the principles of justice and equity.* » La version anglaise rend « les règles du droit » par « *principles of justice* », mettant ainsi l’accent (1) sur les principes (généraux) et (2) la justice, deux concepts qui ne sont guère explicités par la locution « les règles du droit ».

<sup>619</sup> Sur l’« *équité générale* », au sens d’« *extralégale* », voir aussi Volume 1, Titre III, Chapitre 2, Section 2, p. 218.

jurisprudentielle ferme de notre Cour suprême selon laquelle l'application de la loi ne saurait conduire à un résultat matériellement insoutenable<sup>620</sup>, au sens d'injuste précisément. Le droit cherchera dans ce cas à « neutraliser » la loi injuste, à tout le moins cette application-ci, matériellement insoutenable, de la loi.

Faudrait-il alors entendre « droit » dans le libellé de l'art. 4 CC comme l'ensemble des sources formelles telles que décrites à l'art. 1 CC ? Les principes généraux – dont l'équité – n'y figurent pas, rendant de la sorte cohérente la juxtaposition de « droit » et de « l'équité » dans la formule de l'art. 4CC.

L'art. 4 CC ne semble toutefois pas renvoyer à l'équité *générale* mais à une équité *spéciale* puisque limitée à trois hypothèses *particulières* ; l'équité comme principe général du droit ne paraît pas engagée ici.

Ces incohérences à propos de la place de l'équité, révélée par la formule de l'art. 4 CC notamment, traduisent la difficulté que rencontre tout positivisme juridique soucieux de solutions matériellement justes, quand bien même recherche-t-il à mettre le droit à l'abri de tout jugement de valeur, en particulier des débats incessants sur le juste, en imitation du modèle (ancien) de la science de type cartésien<sup>621</sup>. *Brevitatis causa*, le juriste ne peut se passer du juste, quelle qu'en soit la forme, fût-elle celle quelque peu vague de l'équité.

Une fois de plus, le droit « flotte » dans ses fondements, ce qui n'émouvra guère les esprits pragmatiques et ne devrait guère plus troubler les juristes rompus au droit comme *praxis*. N'est-ce pas au reste la pratique qui en appelle à l'équité, devant « dire le juste » *in concreto* (le « juste *en situation* »), à *partir* de la loi, c'est-à-dire du « juste légal », et non *par la seule* loi comme si elle prenait d'elle-même la parole, nous soufflant la solution à l'oreille alors qu'elle ne nous offre que des signifiants.

L'interprétation pour « faire parler » les signifiants légaux et l'équité pour opérer le passage de la loi en tant que générale et abstraite au cas en tant que singulier et concret (la *décision*) sont indispensables à l'exercice complet, achevé, pour tout dire « accompli » du droit : « *rendre* la justice » au citoyen,

---

<sup>620</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 3, Sous-section 3, § 1, p. 94 note 73.

<sup>621</sup> D'où la dénomination « positivisme » ; voir Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 2, pp. 79 ss.

au *justiciable* pour cause, en disant le droit dans telle situation incarnée qui l'affecte ; édifiante leçon gravée pour l'éternité sur la colonne Trajane.

## Sous-section 2. Équité, justice et juste : une omniprésence propre d'un principe général

Sur le plan de la logique des concepts, l'équité renvoie aux notions de *justice* et de *juste* et se distingue de la *prudence*, laquelle appelle aussi le *juste* et la *justice*.

La *prudence* désigne une qualité morale et réflexive attendue du législateur dans la définition du juste *légal*, en exercice de laquelle il réalise une saine adéquation des moyens aux fins, rendant en particulier le but commensurable aux compétences éthiques, psychiques et physiques des citoyens et de l'État. Le législateur prudent est capable de reconnaître et choisir le bon critère de l'action juste en vertu duquel le bien commun de la cité et les intérêts multiples et divergents des citoyens se rencontrent dans une harmonie la meilleure *possible* et non la meilleure *absolument*. Où nous retrouvons les notions d'acceptabilité de la règle juridique, indispensable à un droit *effectif, appliqué*. Par exemple, fixer la majorité civile à 14 ans ou sexuelle à 10 ans n'est pas *prudent*, mesuré, « a-justé ». Mais les primes de l'assurance de base doivent-elles être identiques pour tous ou proportionnelles au revenu, voire à la fortune ? Le juste légal s'avère décidément art difficile.

L'*équité*, elle, s'exerce dans le cas singulier, *in concreto*, recherchant le juste *in casu*, dans l'espèce, et non le juste en général, le juste légal. N'est plus en jeu le critère de l'action juste mais de l'intérieur du cadre défini par le juste légal, le juste dans cette situation-ci, *in casu* : quelle peine en répression de cet acte criminel-ci ou les justes motifs (légaux) d'un licenciement sont-ils bien réalisés dans cette mise à pied là ? L'expression « juris-prudence » utilisée à propos des cas vient toutefois brouiller ce bon ordre philosophique. Le concept d'équité ne se laisse décidément pas dompter à si bons comptes. Mais nous savons le droit habile à « flotter »<sup>622</sup>.

Eu égard à l'importance nodale de l'équité pour le droit en acte (*law in action*), par conséquent pour la méthodologie juridique, une revue des dispositions

---

<sup>622</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2 concernant Aristote. Voir également : DU PASQUIER, *op. cit.*, p. 44 et PAPAUX, *Introduction*, pp. 201-216.

légales du Code civil et du Code des obligations qui contiennent le mot ou ses équivalents s'impose.

D'abord, l'« *équité* » figure aux art. 4 CC et à l'art. 295 al. 2 CC qui concerne les droits de la mère non mariée<sup>623</sup> ainsi que dans cinq articles du Code des obligations<sup>624</sup>, parmi lesquels le très instructif art. 340a al. 1 CO.

Les versions linguistiques de l'article sont les suivantes :

<i>VII. Prohibition de faire concurrence</i>	<i>VII. Konkurrenzverbot</i>	<i>VII. Divieto di concorrenza</i>
<i>2. Limitations</i>	<i>2. Beschränkungen</i>	<i>2. Limitazioni</i>
<i>La prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières.</i>	<i>Das Verbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist; es darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten.</i>	<i>Il divieto di concorrenza deve essere convenientemente limitato quanto al luogo, al tempo e all'oggetto, così da escludere un ingiusto pregiudizio all'avvenire economico del lavoratore; esso può superare i tre anni soltanto in circostanze particolari.</i>

Les versions allemande et italienne traduisent la tournure française « *contrairement à l'équité* » par « *unbillig* » et « *ingiusto* », dévoilant la proximité conceptuelle de l'équité et du juste : le droit est l'art du bon et de l'équitable<sup>625</sup>.

<sup>623</sup> Art. 295 al. 2 CC : « Pour des raisons d'équité, le juge peut allouer tout ou partie de ces indemnités [celles énumérées à l'al. 1], même si la grossesse a pris fin prématurément ».

<sup>624</sup> Art. 26 al. 2, 29 al. 2, 39 al. 2, 54 al. 1, 340a al. 1 et 497 al. 3 CO.

<sup>625</sup> Déjà selon ULPIANUS, D. 1, 1, 1 pr. : « *nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi* ». On méditera sur le champ sémantique de « *billig* » (dit « *vieilli* »), dont le

Quant aux termes de « justice » et de « juste ».

Le mot « *justice* » est employé pour indiquer le lieu où le droit est dit, synonyme de tribunal. Nous trouvons notamment les expressions « agir en justice »<sup>626</sup>, « attaquer en justice »<sup>627</sup>, « actionner en justice »<sup>628</sup>, « demander en justice »<sup>629</sup>, « exiger en justice »<sup>630</sup>, « poursuivre en justice »<sup>631</sup>, « action en justice »<sup>632</sup>, « décision de justice »<sup>633</sup> et « faire valoir son droit en justice »<sup>634</sup>.

Enfin, Code civil et Code des obligations emploient l'adjectif « *juste* » pour qualifier les « motifs » d'un acte juridique, avec le syntagme « justes motifs »<sup>635</sup> – qui concrétise l'art. 4 CC – ou encore en indiquant le type d'acte lui-même : « juste répartition »<sup>636</sup>, des « justes limites »<sup>637</sup> et une « juste indemnité »<sup>638</sup>. L'adjectif *juste* est utilisé, semble-t-il, comme synonyme d'*équitable*<sup>639</sup> se trouvant à maintes reprises tant dans le Code civil<sup>640</sup> que

---

synonyme est « *angemessen* » (affaire de *mesure* donc) et le mode verbal « *billigen* », approuver, accepter.

<sup>626</sup> Art. 28 al. 1, 314a al. 3 et 712t al. 2 CC.

<sup>627</sup> Art. 30 al. 3 CC, 75 et 712l CC; art. 691 al. 3, 706 al. 1 et 891 CO.

<sup>628</sup> Art. 769 al. 1 CO.

<sup>629</sup> Art. 105 al. 1 CO.

<sup>630</sup> Art. 89a al. 5 CC.

<sup>631</sup> Art. 186 CO.

<sup>632</sup> Art. 72 al. 2 CC et 712l al. 2 CC; art. 336b al. 2, art. 337d al. 3, art. 348a al. 3, art. 507 al. 6, 513, 562, 602 et 1070 CO.

<sup>633</sup> Art. 298a al. 1 CC.

<sup>634</sup> Art. 961 al. 3 CC.

<sup>635</sup> Art. 4, 28b al. 2, 65 al. 3, 69c al. 4, 72 al. 3, 83d al. 4, 124b al. 2, 185 et 256c al. 3 CC; 263 al. 2, 266g, 297, 337, 822 CO.

<sup>636</sup> Art. 610 al. 2 CC. La répartition ici en plus d'être juste doit également être *égale*. En allemand cette répartition doit être « *gleichmässig* » et « *gerechte* », tandis qu'en italien « *eguale* » et « *giusta* ».

<sup>637</sup> Art. 356b al. 2 CO.

<sup>638</sup> Art. 390 al. 3, 474 al. 2 CO.

<sup>639</sup> Art. 716 CC : « loyer équitable ». Pour DU PASQUIER, *op. cit.*, p. 45, ce « loyer équitable » vise l'« équivalence économique liée à la notion de justice commutative ». Pour ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V 4, 1131b 25-1132a 15 la justice dans les rapports privés vise à rétablir l'équilibre des prestations. Voir également : L. DUVANEL, *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2004, pp. 107 s. et 118.

<sup>640</sup> Art. 28b al. 3, 121 al. 3, 124e al. 3, 125 al. 1, 164 al. 1, 165 al. 1, 294 al. 1, 319 al. 1, 334 al. 1, 334<sup>bis</sup> al. 1, 517 al. 3, 603 al. 2, 631 al. 2, 651a al. 2, 723 CC.

dans le Code des obligations <sup>641</sup>. Fréquent également l'adverbe « équitablement »<sup>642</sup>.

L'idée d'équité n'est donc pas confinée à l'art. 4 CC, mais irradie l'ensemble du droit privé, une omniprésence typique d'un principe général, catégorie ignorée par l'art. 1 CC avons-nous vu<sup>643</sup>, une éviction qui n'empêche ni son existence ni son exercice dans la pratique juridique.

Dès lors se dessineraient deux concepts d'équité, l'un général irriguant tout droit ; le droit suisse en particulier et le droit privé singulièrement – nous venons d'en parcourir les nombreuses manifestations – et l'autre spécial, plus circonscrit, couché à l'art. 4 CC dont nous pouvons désormais conduire l'analyse. Comme l'indique l'énoncé légal, l'application « des règles du droit et de l'équité »<sup>644</sup> est prévue dans trois situations : (1) lorsque la loi réserve le pouvoir d'appréciation du juge<sup>645</sup> ; (2) lorsque la loi charge le juge de prononcer en tenant compte des circonstances<sup>646</sup> ; (3) lorsque le juge doit évaluer des justes motifs<sup>647</sup>.

<sup>641</sup> Art. 47, 324a al. 1, 327b al. 2, 329d al. 1, 332 al. 4, 338a al. 2, 340a al. 2, 356b al. 2, 375 al. 2, 392 al. 2, 418c al. 3, art. 418d al. 2, 418m al. 1 et 2, 527 al. 2, 653d al. 2, 690 al. 2, 796 al. 4, 806, 842 al. 2, 843 al. 2, 864 al. 3, 1167 al. 1 CO.

<sup>642</sup> Dans le CC voir notamment les art. 213 al. 1, 323 al. 2, 332 al. 1, 347 al. 2 ; dans le CO, voir notamment les art. 42 al. 2, 44 al. 2, 52, 324a al. 2.

<sup>643</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 3, Sous-section 3, p. 143.

<sup>644</sup> Pour une esquisse historique, Voir entre autres : D. CERUTTI, « *Ius est ars boni et aequi* » : l'équité et le droit : racines romaines d'un rapport à géométrie variable » in : A. Cashin Ritaine/E. Arnaud (éditrices), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Schulthess, Genève/Bâle/Zurich, 2008, pp. 41 ss. Pour le Tribunal fédéral, il faut appliquer les règles du droit et de l'équité, mais pas les unes sans les autres (ATF 60 II 205 consid. 1). Autre manière d'affirmer que le droit se doit d'être juste, équitable et non simplement légal ou conforme.

<sup>645</sup> Voir notamment l'art. 125 CC (fixation de la contribution après divorce) et l'ATF 138 III 289 consid. 11.1.1 ; l'art. 308 CC (Lorsque les circonstances l'exigent, l'autorité de protection de l'enfant nomme un curateur qui assiste les père et mère de ses conseils et de son appui dans la prise en charge de l'enfant) et l'ATF 142 III 545 consid. 2.3 ; l'art. 49 al. 2 CO (Le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation) et l'ATF 131 III 26 consid. 12.2.2.

<sup>646</sup> Voir notamment l'art. 47 CO : « Le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles ou, en cas de mort d'homme, à la famille une indemnité équitable à titre de réparation morale » et l'ATF 141 III 97 consid. 11.2.

<sup>647</sup> Voir notamment l'art. 266g al. 1 CO : « Si, pour de justes motifs, l'exécution du contrat devient intolérable pour une partie, celle-ci peut résilier le bail à n'importe quel moment,

Le juge tranchant en équité n'est par conséquent pas libre de statuer comme bon lui semble ; il est *lié* par les situations-types que prévoit l'art 4 CC<sup>648</sup>. Lorsqu'il mobilise cette disposition, il doit motiver soigneusement son choix, exposer les motifs retenus qui ont emporté sa conviction. Comme le souligne le Tribunal fédéral, « [l]es exigences de motivation des décisions en équité sont élevées »<sup>649</sup>.

Bien que ces exigences soient élevées, le juge, lorsqu'il applique l'art. 4 CC, dispose d'un large pouvoir d'appréciation<sup>650</sup>. De plus, lorsque le juge cantonal dispose d'un pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral ne revoit en principe qu'avec réserve la décision prise en équité. Il intervient lorsqu'elle s'écarte sans raison des règles établies par la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devraient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération. Il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante<sup>651</sup>.

Le Tribunal fédéral a émis encore une autre considération au sujet du travail du juge lorsqu'il doit utiliser l'art. 4 CC. Pour notre Haute Cour, « [e]n appliquant les règles du droit et de l'équité conformément à l'art. 4 CC, le juge

---

en observant le délai de congé légal » et l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_20/2015 du 13 juillet 2015 consid. 3.1 ; l'art. 337 al. 1 première phrase CO : « L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs » et l'ATF 137 III 303 consid. 2.1.1. Sur les « justes motifs », voir notamment : ZEN-RUFFINEN M.-N., *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Schulthess, Zurich 2007 ; CERUTTI D., « Réflexions sur le droit du bail suisse : un nouveau mode de penser le droit » in *RDS 134 (2015) I*, pp. 77 ss.

<sup>648</sup> ATF 98 II 164 consid. 2 : « *Er [der Richter, le juge] ist aber in seiner Entscheidung nicht frei, sondern an die Vorschrift von Art. 4 ZGB gebunden* ». Voir toutefois MANAI-WEHRLI, *op. cit.*, p. 11, qui indique que le juge, lorsqu'il utilise l'art. 4 CC ne doit pas « schématiser les circonstances afin de formuler une norme qui lui permettra d'opérer la subsumption du cas particulier sous cette norme générale et abstraite ». Mais c'est bien ce que le Tribunal fédéral a fait lorsqu'il a donné une *définition* de la notion de « justes motifs » de l'art. 266g CO. Ce faisant, il a créé une majeure pour utiliser un syllogisme : CERUTTI, *RDS*, pp. 77 ss.

<sup>649</sup> ATF 131 III 26 consid. 12.2.2.

<sup>650</sup> ATF 136 III 65 consid. 2.5.

<sup>651</sup> ATF 145 III 49 consid. 3.3 ; ATF 143 III 261 consid. 4.2.5.

doit apprécier d'une manière objective tous éléments pertinents et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier »<sup>652</sup>.

Cette formulation, en particulier le second membre de phrase, rappelle l'approche aristotélicienne pragmatique du droit et de la justice<sup>653</sup>. Aristote, en effet, considère que la nature de l'équité consiste à corriger la loi là où elle est imparfaite ; et elle ne peut que l'être dans sa généralité même. Nous avons déjà affronté cette difficulté<sup>654</sup> de l'incommensurabilité de la loi aux cas sous l'angle linguistique (les mots ne sont pas les choses) et logique (le mode logique de la loi est le « général et abstrait » et celui du cas le « singulier et concret »). Ici une nouvelle imperfection *intrinsèque* de la loi se fait jour : la loi ne peut pas tout définir ; il y a des cas qui ne peuvent pas être prévus par la loi, pour la bonne raison qu'il est impossible pour le législateur, être humain « fini », limité, de tout prévoir<sup>655</sup>. Dans ce contexte, le Stagirite introduit son exemple du fils de plomb de Lesbos qui *s'adapte* à la configuration de la pierre et ne reste pas rigide, comme nous y invite la décision en *équité* se référant aux choses concrètes (*ta pragmata*)<sup>656</sup>.

Transparaît ici une notion d'équité plus large, plus générale, que celle limitativement définie à l'art. 4 CC. L'équité n'est pas réduite, confinée, aux trois contextes circonscrits par la formule de l'art. 4 CC mais s'étend ici à toute *décision* rendue à *partir* de la loi. Le *juste légal* ne peut être autre que général et abstrait, il faudra *nécessairement* l'adapter, le contextualiser afin d'accomplir, d'achever la loi par et dans le cas singulier. Par l'équité (générale), la loi est rendue commensurable aux cas ; elle y est « par-faite », faite de part en part, ayant actualisé ses potentialités prescriptives *in concreto*, dans la « *juris-dictio* », le « droit-dit » dans le cas, finalité ultime du droit (comme *praxis*).

C'est bien une équité comme principe général qui se reflète dans cette considération du TF, auquel l'art. 4 CC ne pouvait pas ne pas renvoyer, fût-ce implicitement, puisque l'incommensurabilité de la loi aux cas est *intrinsèque*,

<sup>652</sup> ATF 101 Ia 545 consid. 3d.

<sup>653</sup> Voir dans cette voie, également : H. TORRIONE, « Les articles 1, 2 al. 2 et 4 du Titre préliminaire du Code civil, et la philosophie du droit » in : A. Rumo-Jungo/P. Pichonnaz/B. Hürlimann-Kaup/C. Fountoulakis (éditeurs), *Une empreinte sur le Code civil. Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Stämpfli, Berne, 2013, p. 71.

<sup>654</sup> Volume 1, Titre I, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, pp. 23-24 ainsi que Titre II, Chapitre 4, Section 3, pp. 118 ss.

<sup>655</sup> ARISTOTE, *op. cit.*, V 10, 1137b 27-29.

<sup>656</sup> ARISTOTE, *op. cit.*, V 10, 1137b 30-32.

*essentielle* c'est-à-dire de la nature même de la loi en tant que générale et abstraite. Cette impossibilité *logique* de saisir le singulier (le *in concreto*) par le général rend la justice prédictive illusoire (par nature l'aléa – y compris statistique – ne peut se prévoir) malgré le désir ardent de certains d'y croire, surtout des non-juristes y voyant des parts de marché à conquérir, et non le juste à dire. On ne saurait dévoyer plus gravement le *jus*.

Le succès d'une notion relevant pourtant de l'oxymore, la « justice prédictive », le doit à une pure *croyance* : l'*idiosyncrasie* du cas c'est-à-dire les *singularités* qu'il est seul à présenter pourraient pourtant être appréhendées à l'avance, par la « *moyenne* » des cas *autres* qui, par nature, ne les présentent pas. Mais ne savons-nous pas que les prophéties auto-réalisatrices sont la signature la plus « tangible » de la « docte ignorance » ?

Pareille justice ne sonnera pas la victoire de la prédiction mais l'abandon de la « juri-diction », le « dire-le-droit » *grâce* et *pour* les singularités du cas : rendre la justice au *cas*, non la lui dérober. L'heure étant grave, prenons conscience des ressorts de la justice prédictive.

## **Section 11. La justice prédictive... ou la mort de l'interprétation ?**

L'évolution technologique pousse le droit, plus exactement concernant l'*application* du droit que nous analysons, les juges, à utiliser les ressources informatiques, dont les algorithmes, pour rendre des décisions judiciaires. Autrement dit, les développements de l'« intelligence artificielle » et la possibilité de stocker et travailler sur des milliards de données en des temps extrêmement réduits remettent en scène la notion, chère aux Lumières<sup>657</sup>, du

---

<sup>657</sup> Voir notamment : D. CERUTTI, « Le Code pénal français de 1810 : du juge automate au juge arbitre. Aperçu philosophique du rôle du juge en France et en Suisse » in Y. Jeanclos (éditeur), *La dimension historique de la Peine, 1810–2010*, Economica, Paris, 2010, pp. 261 ss ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit*, 4<sup>e</sup> édition, Que sais-je, Presses Universitaires de France, Paris, 2017, pp. 103 ss, p. 105 en particulier.

« juge automate »<sup>658</sup> : le juge à l'époque de la numérisation est soit un « *Subsumtionsautomat* »<sup>659</sup>, soit un « robojuge »<sup>660</sup>.

En substance, la justice prédictive permettrait de déterminer, grâce à l'analyse de nombreuses décisions antérieures rendues dans des affaires *similaires*, le sort d'un procès<sup>661</sup>. Ainsi, de « predictice », un instrument qui – selon ce qui est indiqué sur son site – « calcule les probabilités de résolution d'un litige et estime le montant des indemnités susceptibles d'être obtenues »<sup>662</sup> ; ou encore, « lex machina », un outil qui prétend pouvoir « *predict the behavior of courts, judges, lawyers and parties* »<sup>663</sup> ; ou un système plus général – dénommé « equivant » – puisque censé valoir « *From case management and decision support to reliable tools for public and partner information access, we're here to help* »<sup>664</sup>.

Encore faudrait-il avoir arrêté de manière définitive et univoque (binaire en l'occurrence, le réducteur « ou 0 ou 1 ») le critère de la *similarité* entre deux situations dont, nous avons vu avec Ricoeur, sous la dénomination d'« analogie », qu'elle était le résultat d'un *jugement* et non d'un *calcul*<sup>665</sup>. Or, les algorithmes peuvent effectivement aider dans une « situation *computationnelle* », dans laquelle il faut *compter* et extraire des données d'un grand nombre d'informations. Imaginons que les infractions à la Loi fédérale sur la circulation routière (LCR) soient saisies et traitées numériquement. Un radar capture un dépassement de vitesse sur l'autoroute ; compte tenu de la jurisprudence « objective » du Tribunal fédéral suisse<sup>666</sup>, le radar envoie les

<sup>658</sup> A. FLÜCKIGER, « L'impact de l'intelligence artificielle sur l'écriture des lois : du code de lois à la loi encodée » in *LeGes 30 (2019) 3*, n° 24 ; V. HEROLD, « Algorithmisierung von Ermessensentscheidungen durch Machine Learning » in : *InTeR (Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht) 2019*, pp. 7 ss

<sup>659</sup> M. LUMINATI/F. CONTARINI, « Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand », in *RDS 138 (2019) II*, p. 268.

<sup>660</sup> F. PAYCHÈRE, « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » : mythe et réalité(s) du robojuge, in *Justice – Justiz – Giustizia 2018/4*.

<sup>661</sup> F.-J. PANSIER, *iJudge, vers une justice prédictive*, Louis De Gouyon Matignon, Paris, 2019, p. 3.

<sup>662</sup> <https://predictice.com> (dernier accès le 25 janvier 2021).

<sup>663</sup> <https://lexmachina.com> (dernier accès le 25 janvier 2021).

<sup>664</sup> <https://www.equivant.com> (dernier accès le 26 janvier 2021).

<sup>665</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 1, Section 5, pp. 53 ss. Voir récemment : A. Papaux/Ph. Pedrot (directeurs), *Penser, calculer, délibérer. A l'ère du numérique*, Mare&Martin, Paris, à paraître.

<sup>666</sup> Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_708/2013 du 27 février 2014 consid. 3.2.2.

données à un système informatique qui convertit le dépassement dans les sanctions administrative et pénale y afférentes. Le citoyen coupable (« flashé ») reçoit la « décision » par courriel. La procédure est ainsi entièrement automatisée... En aval c'est-à-dire *après choix* devrions-nous ajouter.

En effet, le Tribunal fédéral y affirme que : « Dans le domaine des excès de vitesse, la jurisprudence a été amenée à fixer des règles précises afin d'assurer l'égalité de traitement entre conducteurs. Ainsi, le cas est objectivement grave, c'est-à-dire sans égard aux circonstances concrètes ou encore à la bonne réputation du conducteur, en présence d'un dépassement de la vitesse autorisée de 25 km/h ou plus à l'intérieur des localités, de 30 km/h ou plus hors des localités et sur les semi-autoroutes, et de 35 km/h ou plus sur les autoroutes (ATF 132 II 234 consid. 3.2 p. 238 ; 124 II 259 consid. 2b p. 262). Il est en revanche de moyenne gravité lorsque le dépassement de la vitesse autorisée est, respectivement, de 21 à 24 km/h (ATF 126 II 196 consid. 2a p. 199), de 26 à 29 km/h et de 31 à 34 km/h (ATF 128 II 131 consid. 2a p. 132) ». Mais ce tableau apparaît objectif seulement dans la mesure où le TF a *décidé* c'est-à-dire *choisi* de mettre de côté les circonstances singulières du cas concret, *estimant* qu'elles ne seront *en général*, littéralement et arithmétiquement « *en moyenne* », non pertinentes. Un choix qui se révélera « le plus souvent »<sup>667</sup> adéquat aux situations les plus ordinaires mais qui ne saurait embrasser les situations exceptionnelles ou marginales : état de nécessité, défectuosité du tachymètre ou du radar lui-même, etc. C'est donc bien un choix en amont qui autorise et ouvre une « objectivité » en aval, objectivité construite, élaborée, en conséquence. Un choix que l'on se plaît à effacer pour se donner l'illusion ou le réconfort de n'avoir pas à *trancher*. Ces manipulations fondamentales rappelées, on pourra parler, au reste sans le moindre soin pour le génie de la langue, de « *jugement* automatique ».

Le juge chargé de prononcer le montant de la pension alimentaire dû pendant la procédure de divorce pourra prendre appui sur la moyenne statistique extraite de la base de données nourries de très nombreuses affaires déjà tranchées ; pour autant que le cas-ci soumis soit similaire, « dans la moyenne », excluant les situations de chômage, d'invalidité, de fuite à l'étranger, de

---

<sup>667</sup> Selon la caractérisation aristotélicienne, il y a deux millénaires et demi, de la loi, toujours d'actualité manifestement. Rappelons de surcroît qu'il ne s'agit jamais que de la définition du « juste *légal* » et non du « juste *in concreto* ».

minimum vital. Le *singulier* peut toujours déjouer la moyenne, ruiner la statistique : c'est l'*aléa*, par nature imprédictible.

Ou encore. Soit le meurtre d'un policier aux USA, avec deux suspects, l'un noir l'autre blanc. La statistique *indiquant* (mais jamais ne *démontrant*) que les noirs sont très majoritairement les meurtriers des policiers comparés aux blancs, le suspect noir devra être condamné, la statistique parlant contre lui. Pis, même si ce résultat est erroné et que les programmeurs l'ignorent (mais comment pourront-ils le savoir ?), l'erreur renforcera encore la statistique, ajoutant un cas supplémentaire de « noir coupable de meurtre de policier », une statistique qui finira par être perçue comme la réalité-même, alors qu'elle en est au mieux une modélisation, avec tous les *choix* que semblable *construction* comporte.

L'idée d'une « justice prédictive » se veut par ailleurs novatrice, actuelle par l'émergence du *Big Data*.

La supposition est cependant erronée. L'idée d'une « justice prédictive » remonte déjà à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le premier essai visant à appliquer le calcul des probabilités aux décisions judiciaires est à mettre au crédit de Condorcet, en 1785<sup>668</sup> ; le deuxième de LAPLACE, en 1814<sup>669</sup> et une troisième tentative, en 1837, de POISSON<sup>670</sup>. La motivation des trois mathématiciens est différente<sup>671</sup>, mais un dénominateur commun réside dans l'utilisation des probabilités pour tenter d'expliquer l'application du droit.

Condorcet et Laplace se rencontrent sur le fait que les juges – hommes raisonnables – doivent se mettre d'accord – nécessairement – pour adopter une

---

<sup>668</sup> N. DE CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à pluralité de voix*, Imprimerie royale, Paris, 1785. On gardera à l'esprit que les probabilités se multiplient entre elles, elles ne s'additionnent pas, en montrant toute la finitude.

<sup>669</sup> P. S. LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*, 5<sup>e</sup> édition, Bachelier, Paris 1825.

<sup>670</sup> S.-D. POISSON, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile précédées des règles générales du calcul des probabilités*, Bachelier, Imprimeur-Libraire, Paris 1837, pp. 318 ss.

<sup>671</sup> E. BARBYN/Y. MAREC, « Les recherches sur la probabilité des jugements de Simon-Denis Poisson » in *Histoire & Mesure 1987, II-2*, p. 39 (accessible en ligne [https://www.persee.fr/doc/hism\\_0982-1783\\_1987\\_num\\_2\\_2\\_1311](https://www.persee.fr/doc/hism_0982-1783_1987_num_2_2_1311), dernier accès 25 janvier 2021), rappellent que Condorcet voulait protéger l'individu contre une mauvaise décision, Laplace prônait la prise en compte des intérêts de l'individu et de la société et, enfin, Poisson voulait garantir l'ordre public.

bonne décision<sup>672</sup>. Ils n'évoquent rien d'autre que la dimension *contradictoire*<sup>673</sup> de la « science juridique » : le juge ne calcule pas<sup>674</sup>, il argumente, pondère, évalue.

Au-delà du détour historique, il nous paraît que le syntagme « justice prédictive » constitue, à l'instar de sa sœur jumelle, l'« intelligence artificielle »<sup>675</sup>, un faux ami, à tout le moins une traduction aussi imparfaite que malheureuse de l'anglais « *predictive justice* ». En effet, le verbe anglais « *to predict* » signifie davantage « prévoir » que « prédire »<sup>676</sup>, ce dernier verbe français ouvrant à une dimension prophétique du juge. Peut-être la prévisibilité judiciaire s'explique-t-elle mieux dans les pays anglo-saxons par sa meilleure intégration dans le fonctionnement du droit de *common law* qui se fonde – contrairement au droit de tradition romano-canonico-germanique – sur les précédents, à la faveur du principe du « *stare decisis* »<sup>677</sup>, du « rester

---

<sup>672</sup> BARBYN/MAREC, *op. cit.*, p. 42.

<sup>673</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 1, Section 6, soit dans un sens non-négatif, en tous les cas pas dans son acception logique.

<sup>674</sup> Au contraire LEIBNIZ, grand mathématicien et juriste, évoquait le fait, ou plutôt l'espoir, qu'un jour les parties à un litige s'assiéraient l'une en face de l'autre et procéderaient à des calculs pour résoudre leur différend (« *quando orientur controversiae, non magis disputatione opus erit inter duos philosophus, quam inter duos computistas. Sufficiet enim calamos in manus sumere sedereque ad abacos, et sibi mutuo (accito si placet amico) dicere: calculemus* », cité par G. LOLLI, *I teoremi di incompletezza*, Il Mulino, Bologne, 2019, p. 9).

<sup>675</sup> L'origine anglaise d'« *intelligence* » dans le syntagme français vient d'« *Intelligence service* », les services secrets britanniques, qui enquêtent, filment, conjecturent, suivant des procédés assez éloignés de « l'intelligence artificielle ». Le syntagme français « *intelligence artificielle* » a du reste son homonyme anglais « *artificial intelligence* », à savoir, dans le domaine informatique, « *an area of study concerned with making computers copy intelligent human behaviour* » : S. Wehmeir (éditrice), *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 7<sup>e</sup> édition, Oxford, 2000, ad « *artificial intelligence* », p. 57.

<sup>676</sup> WEHMEIR, *op. cit.*, ad « *predict* », p. 993.

<sup>677</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 3, Sous-section 2, § 1, Sous-§ 2, p. 139; voir notamment la décision de la Cour suprême américaine « KIMBLE v. MARVEL ENTERTAINMENT, LLC » du 22 juin 2015, n° 13-720 (accessible à l'adresse : [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-720\\_jiel.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-720_jiel.pdf), dernier accès le 25 janvier 2021). En particulier le consid. III : « *Overruling precedent is never a small matter. Stare decisis—in English, the idea that today's Court should stand by yesterday's decisions—is “a foundation stone of the rule of law.” Michigan v. Bay Mills Indian Community, 572 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2014) (slip op., at 15). Application of that doctrine, although “not an inexorable command,” is the “preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived*

sur la décision (précédente) ». Pour preuve de cette possibilité d'une « justice prédictive » par des *computers* dans les pays de *common law*, aux États-Unis<sup>678</sup> ou encore au Canada<sup>679</sup>, ces algorithmes sont déjà à l'œuvre, au titre d'*aide* à la décision à tout le moins ; à ce titre, *utiles* (comme *moyens* donc) mais aucunement décisifs et moins encore décisives<sup>680</sup>.

Le droit suisse connaît et reconnaît une marge d'appréciation au juge<sup>681</sup> qui utilise, comme logique d'application de la loi, l'abduction<sup>682</sup>, la voie de la déduction lui étant fermée puisque les relations en cause ne relèvent pas de la *nécessité*, propre aux seuls phénomènes naturels saisis par les sciences « dures »<sup>683</sup>. Une part de choix, d'*évaluation* (donc de jugement de valeurs), se glisse toujours dans le raisonnement juridique qui n'est en tous les cas jamais une déduction, une inférence neutre et objective... sans quoi le juge calculerait à la Leibniz et perdrait le singulier dans son idiosyncrasie.

---

*integrity of the judicial process.* " *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 827–828 (1991). *It also reduces incentives for challenging settled precedents, saving parties and courts the expense of endless relitigation* ».

<sup>678</sup> Voir <https://ainowinstitute.org/nycadschart.pdf> (dernier accès le 25 janvier 2021). Pour un aperçu des instruments utilisés dans les différents États fédérés des USA, voir notamment : <https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/> (dernier accès le 26 janvier 2021).

<sup>679</sup> Voir <https://www.condoauthorityontario.ca/en-US/tribunal/> (dernier accès le 25 janvier 2021).

<sup>680</sup> « Ce qu'apporte le calcul des probabilités, dont la rigueur ne porte que sur les objets mathématiques : suites abstraites virtuelles, ce sont les *probabilités* des écarts aux *espérances mathématiques*. De tels théorèmes, dont les variantes les plus élaborées s'appellent « lois de grands nombres », *ne nous disent rien de l'empirie*. Cependant le monde réel est tel que l'on peut *conjecturer* [nous soulignons] avec succès que les fréquences observées des *écarts* [nous soulignons] seront assez voisines des probabilités abstraites calculées, et qu'à des probabilités *suffisamment proches* [nous soulignons], de 0 ou de 1, correspondront en fait une quasi impossibilité ou une quasi certitude. » (G.-G. GRANGER, *La science et les sciences*, puf, Paris, 1993, p. 81) Prendre la conjecture pour la réalité, la corrélation pour la causalité, ou encore la carte pour le territoire, voilà la menace qui pèse sur le juriste se contentant de la technique juridique, considérant le seul *comment* sans guère se soucier du *pourquoi*, finissant par négliger l'*empirie* à savoir, pour le droit, les cas concrets *en tant que singuliers*, lui préférant la *moyenne*.

<sup>681</sup> En particulier en ce qui concerne l'interprétation (art. 1 CC) et l'utilisation de l'équité (art. 4 CC).

<sup>682</sup> L'abduction permet et prône une vision dynamique du monde : PAPAUX, *Essai*, pp. 473 et 508.

<sup>683</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 1.

Un juge suisse, qui a à disposition les art. 1 et 4 CC, utilisera-t-il les puissants outils informatiques pour trancher un cas ? Qu'il en use comme « aide à la décision » peut se concevoir ; qu'il s'en serve comme ressort même de son arrêt, il renierait sa propre fonction de juge, de « *juris-dictio* » : dire le droit dans le cas concret en assumant les spécificités de la situation *singulière*, non la rabattre sur une moyenne statistique, un standard « médiocre » (au sens véritable du terme).

Les sirènes de l'intelligence artificielle envoûtent les *techniciens* du droit qui poussent alors l'application du *juste, jus*, vers une *mécanique* syllogistique, à la manière fantasmée pour cette pratique de la démonstration mathématique. Sans voir que c'est cet abandon-même, par avance, à des formes moyennes prédéfinies qui garantit le « succès » de la démarche, aucunement son adéquation intime à la singularité du cas.

## **Section 12.     Interprétation de la loi et art. 1 CC :                   synthèse**

L'application de la loi, du droit en vérité, rapportée à l'art. 1 CC peut être résumée en sept points présentés en guise de synthèse.

(1) Nous savons<sup>684</sup> que l'art. 1 CC fixe la hiérarchie des sources formelles du droit.

(2) L'art. 1 al. 1 CC appelle à l'*interprétation* : « la lettre *ou* l'esprit de la loi », *l'esprit* étant (ré)élaboré par l'interprétation elle-même... de même que la *lettre* puisque le texte de loi ne comporte que des signifiants.

(3) Le législateur *oblige* le juge à combler les lacunes de la loi (art. 1 al. 2 CC) – nous allons le voir au chapitre suivant –, en saine exercice du principe général de l'interdiction du déni de justice.

(4) Le comblement des lacunes et l'interprétation de la loi sont des démarches liées. L'art. 1 al. 3 CC permet de le voir, puisque la prise en compte de la doctrine et de la jurisprudence vaut dans les deux situations. Jurisprudence et doctrine permettent souvent à l'interprète de mieux comprendre la signification pratique de la règle juridique à appliquer dans le cas d'espèce, et d'élaborer de la manière la plus cohérente possible la solution concrète eu

---

<sup>684</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 3, p. 118.

égard à l'état du droit existant, en particulier dans les cas de comblement de lacunes.

(5) La règle du texte clair (« *in claris non fit interpretatio* ») est une règle insuffisante, voire même doublement erronée : (i) la clarté du texte résulte de telle *signification* attribuée aux mots et non de la simple constatation des signifiants, lesquels ne guident vers les signifiés et la référence (le sens de la norme *in casu*) que par l'entremise d'une interprétation précisément ; (ii) le juriste est obligé d'interpréter, puisque la lettre de la loi ne peut être retenue que sous réserve d'un résultat matériellement juste.

(6) Les exemples des pancartes étudiés auparavant<sup>685</sup> montrent que le juge dispose toujours d'un certain pouvoir d'appréciation lié à l'interprétation.

(7) Le travail du juriste ayant à résoudre un cas se compose de trois étapes dans la perspective du positivisme juridique : (i) il doit *qualifier* le problème juridique, c'est-à-dire le rattacher à une branche de droit et essayer d'identifier une (en vérité plusieurs) disposition légale qui pourra l'aider respectivement l'habilitera à trancher le litige ; (ii) *interpréter* la disposition pour la comprendre ; (iii) l'*appliquer* au cas concret. Si, par hypothèse, il constate que la disposition identifiée ne règle pas le cas, il devra combler cette lacune en recourant d'abord à la coutume et, défaut de règle coutumière, établir lui-même une disposition générale et abstraite selon la « marche à suivre » prévue à l'art. 1 al. 2 CC, à savoir « se mettre dans la peau du législateur » pour compléter *ponctuellement* la loi lacunaire. Dans une approche pragmatique du droit, attentive à l'inévitable médiation (« inter-vention ») de la langue, les deuxième et troisième étapes sont tout unes, distinguées didactiquement mais non concrètement dans le « droit en acte » (*law in action* »). On pourrait même interroger la réalité de l'indépendance de la première étape par rapport à la seconde, l'interprétation, voire à la troisième puisque la catégorie identifiée à titre d'hypothèse lors de l'étape de la qualification ne sera finalement retenue qu'ensuite de son application satisfaisante au cas concret. Le processus (procès) d'application de la loi est *présenté* de manière linéaire, pour des raisons didactiques, mais *s'effectue* de façon circulaire, en boucles de rétroactions des étapes les unes sur les autres. C'est pourquoi il y a lieu de l'arrêter, par des jugements, de la Cour suprême en particulier : les *arrêts* du Tribunal fédéral.

---

<sup>685</sup> Voir *supra* Sections 6 et 7 dans ce Chapitre (application *a contrario* et application *a fortiori*).



## Chapitre 3. Lacunes de la loi et pouvoir créateur ponctuel du juge

### Section 1. L'esprit général de la figure méthodologique des lacunes

Nous devons souligner d'entrée de cause qu'il s'agit de lacunes de la *loi* et non pas de lacunes du *droit*, le droit en tant que *système* permettant toujours de trouver une solution (coutumière, prétorienne, en équité, etc.), comme nous le verrons dans ce chapitre, et comme nous l'avons déjà pressenti à la faveur de l'interdiction du déni de justice.

Reprenons l'exemple de la pancarte « Les chiens sont interdits sur les quais de la gare ». Nous l'avons utilisé précédemment à propos de l'application *a contrario* et *a fortiori* de la loi. Franchissant un pas de plus, il faut se demander si, d'un point de vue méthodologique, le juge, en vue d'autoriser ou de refuser la présence d'un ours sur les quais de la gare :

- (1) *interprète* (téléologiquement) la pancarte (la loi) ;
- (2) *applique* la règle de la pancarte de manière *a contrario* ou *a fortiori* ou encore par analogie<sup>686</sup> ; ou
- (3) *comble* une lacune c'est-à-dire une insuffisance du « texte » de la pancarte (loi).

La pratique judiciaire du droit rencontre les mêmes difficultés. Le Tribunal fédéral nous en livre un bel et simple exemple didactique dans une décision de 1966<sup>687</sup>. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral était confronté à une question de droit foncier rural, plus précisément de droit de préemption en

---

<sup>686</sup> Il s'agirait, dans notre exemple, d'une analogie *de fonction* : les autres animaux seraient *assimilés* au chien qui est l'animal le plus souvent vu en laisse, avec lequel les gens se promènent et partant sont susceptibles de pénétrer sur un quai de gare, c'est-à-dire le modèle prototypique, emblématique, une manière de *leading case*, de scénario de base pour guider l'application (ou pas) à d'autres animaux du régime canin ; voir PAPAUX, *Introduction*, pp. 194-201 pour le développement de cet exemple. Nous retrouvons avec le « modèle chien » la règle du plus souvent d'ARISTOTE (*Ethique à Nicomaque*, V 10, 1137b 10).

<sup>687</sup> ATF 92 II 57.

faveur des *descendants*<sup>688</sup>. Le Tribunal fédéral a considéré que le droit de préemption des descendants bénéficiait aussi aux enfants *adoptifs* du vendeur. Cette solution du TF relève-t-elle (1) d'une *interprétation* de la disposition légale, plus précisément de la notion de « descendants » ou (2) d'une *application* (par analogie) de la loi aux enfants adoptés, ou encore (3) d'un *comblement de lacune* ?

Certes, ces distinctions sont plutôt théoriques. Néanmoins, l'art. 1 CC en use, qui distingue d'abord entre interprétation (art. 1 al. 1 CC : « texte ou esprit ») et comblement de lacune (art. 1 al. 2 *in fine* CC). Quant à l'analogie, elle pourrait se rattacher aussi bien à l'interprétation qu'au comblement de lacune mais encore à l'art. 1 al. 3 CC qui prescrit au juge de s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence, exigence qui présuppose que le cas pendant présente quelque similarité avec des cas déjà jugés dont le traitement juridique pourra guider la recherche de la solution au différend soumis. L'omniprésence de l'analogie reflète sa nature de principe général du droit que certains codes civils ont la perspicacité de reconnaître expressément<sup>689</sup>.

Du point de vue de la méthodologie juridique, il n'est pas exagéré d'affirmer que l'art. 1 al. 2 CC est empreint de lucidité et même de sagesse, admettant que le législateur ne peut pas tout prévoir, que, par conséquent, le juge doit en combler les omissions. Cette création du droit par le juge est toutefois encadrée, séparation des pouvoirs oblige : une délégation (du législateur) *ponctuelle* qui limite les risques d'arbitraire.

Le Tribunal fédéral considère qu'une (vraie) lacune<sup>690</sup> sourd lorsque la « loi laisse sans réponse une question juridique qui se pose inévitablement »<sup>691</sup> ; par

---

<sup>688</sup> Art. 42 al. 1 ch. 1 LDFR (Loi fédérale du sur le droit foncier rural, RS 211.412.11), article qui correspondait à l'époque de l'arrêt à l'ancien art. 6 al. 1 LPR (Loi fédérale du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale, abrogée et remplacée par la LDFR). Le droit de préemption est la faculté concédée à un bénéficiaire (préempteur) – dans le cas de l'arrêt cité, aux descendants – en cas d'aliénation d'un bien – *in casu*, un immeuble agricole – d'exiger de l'aliénateur (le promettant) le transfert de ce bien en priorité sur toute autre personne à qui le promettant aurait vendu le bien. Dans le cas de la LDFR ce droit de préemption est *légal*, c'est-à-dire prévu directement par et dans la loi, alors qu'on connaît également des droits de préemption *conventionnels*, à savoir conclus par contrat (art. 216 ss CO).

<sup>689</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 1, p. 114.

<sup>690</sup> Nous verrons ci-après la terminologie propre aux lacunes (proprement dites, improprement dites et aussi fausses lacunes).

<sup>691</sup> ATF 117 III 1 consid. 2b.

exemple, la loi prévoit une action en justice, mais le législateur néglige d'en fixer le for.

Il revient alors au juge de créer, s'il n'y a pas de coutume, une règle *générale* et *abstraite*, certes *ponctuelle*, portant sur un élément précis omis par le législateur. Au cours de cette opération, le juge doit surmonter une série de difficultés méthodologiques que nous tenterons de cerner et qui seront approfondies dans les différentes branches de droit positif.

## **Section 2. Comblement d'une lacune ou interprétation conduisant à une application par analogie ?**

Comme esquissé (Section. 1), la distinction des deux démarches ne relève d'aucune évidence. Peut-être d'ailleurs sont-elles trois ?

Certes, d'un point de vue théorique, on devrait distinguer l'application par analogie (il existe une disposition légale, dont le champ d'application peut, par similarité, régir aussi le cas soumis au juge) du comblement d'une lacune (le juge n'a aucune règle légale à disposition)<sup>692</sup>. Cependant, le Tribunal procède parfois d'emblée à une application par analogie, sans expliquer *pourquoi* il ne considère pas l'hypothèse d'un comblement de lacune. Pareille préférence signifie en toute vraisemblance qu'il estime pouvoir trouver une disposition légale applicable (art. 1 al. 1 CC), ce qui lui évite d'avoir à rechercher un éventuel droit coutumier régissant la matière et, en l'absence de ce dernier, à créer lui-même une disposition générale et abstraite susceptible de régir le cas (art. 1 al. 2 CC). En synthèse pratique, il considère souvent qu'il n'y a pas de lacune, mais utilise une application par analogie.

Le Tribunal fédéral a jadis affirmé de la manière la plus expresse combler une lacune en recourant à l'analogie : « Dans ce seul cas [celui d'une lacune proprement dite], le juge doit "faire acte de législateur" au sens de l'art. 1 al. 2 CC et peut, en raisonnant par analogie, appliquer une autre disposition légale, en elle-même étrangère au cas litigieux, mais relative à une situation qui lui est assimilable »<sup>693</sup>. Il affirme donc *simultanément* qu'il y a un défaut de

---

<sup>692</sup> Voir C. DU PASQUIER, *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1 CCS*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1951, pp. 32 s.

<sup>693</sup> Voir notamment l'ATF 96 II 355 consid. 2. Voir également l'ATF 144 IV 35 consid. 2.2 qui a traité le cas de la composition irrégulière de l'autorité cantonale pour savoir si cette irrégularité constitue un motif de révision du jugement cantonal. Le Tribunal

norme légale (il reconnaît l'existence d'une lacune) et qu'il dispose d'une règle légale suffisamment similaire (« as-similable »), qu'il peut appliquer à l'espèce pendante par analogie. Sur le fond, *pragmatiquement*, la distinction évoquée paraît sans réelle portée<sup>694</sup>. Par conséquent, l'art. 1 al. 2 CC semble bien flotter, comme maintes figures méthodologiques fondamentales déjà rencontrées.

Supposons que le Tribunal fédéral arrive à la conclusion qu'aucune disposition légale ne régit le cas. Y a-t-il dès lors immédiatement une lacune ? Non. Le Tribunal fédéral doit d'abord s'interroger : l'absence d'une règle (ponctuelle) constitue-t-elle un silence qualifié (du législateur) ou une lacune de la loi ? Soit une troisième figure méthodologique intervenant dans l'articulation générale du raisonnement juridique en matière de « lacune ».

### **Section 3. Silence qualifié, lacune proprement dite, lacune improprement dite et fausse lacune**

Il y a *silence qualifié* lorsque le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation (typique) qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part. Il s'agit donc d'un « oubli volontaire » du législateur. Autrement dit, l'absence de disposition légale résulte de la volonté même du législateur de ne pas poser de règle juridique sur le point en question. Le législateur s'est interrogé sur la question, a abordé le sujet, mais a délibérément *choisi* de ne pas le traiter dans la loi.

Par exemple, l'ancien droit du divorce – en vigueur jusqu'au 31 décembre 1999 – ne prévoyait pas la possibilité d'attribuer l'autorité parentale aux deux parents divorcés, mais à l'un d'eux seulement. Il s'agissait d'un silence

---

fédéral a d'abord constaté qu'il n'existe aucune base légale dans le Code de procédure pénal suisse permettant de répondre à la question. Dès lors : « En l'absence de norme réglant la présente problématique, il faut au contraire admettre une lacune authentique ou proprement dite qui commande une application par analogie de l'art. 60 al. 3 CPP en cas de découverte ultérieure d'un vice tenant à la composition de l'autorité, laquelle conduit à son tour à appliquer, vu le renvoi prévu par la disposition précitée, les art. 410 ss CPP au cas d'espèce ».

<sup>694</sup> Même si, parfois, le Tribunal fédéral donne l'impression de distinguer les deux institutions, voir l'ATF 129 III 656 consid. 4.4 : « Une application par analogie de l'art. 264a al. 3 CC au concubin ne saurait donc entrer en ligne de compte, pas plus que l'admission d'une lacune proprement dite, qu'il conviendrait de combler ».

qualifié, car le législateur avait expressément rejeté cette hypothèse lors des débats parlementaires « [c]ette disposition [art. 297 al. 3 aCC] résulte d'un jugement de valeur délibéré du législateur : c'est le meilleur moyen d'assurer le bien de l'enfant [...] il n'appartient pas au juge de substituer sa propre définition de l'intérêt de l'enfant à celle que le législateur a préférée expressément dans cette disposition et de s'ériger ainsi en censeur de la loi »<sup>695</sup>.

Autre exemple <sup>696</sup>. Un architecte réalise une villa sur mesure, dont l'organisation et la disposition exactes des éléments sont spécifiques à ce projet. Cette maison présente une particularité : une terrasse couverte par un toit en pente fermée du côté nord, semi-ouverte du côté sud et complètement ouverte à l'ouest. L'œuvre de l'architecte a fait l'objet de plusieurs publications dans des magazines spécialisés. Les propriétaires ont décidé ensuite de fermer la terrasse qui n'offrait pas de protection contre les intempéries ni contre le soleil. L'architecte a actionné les propriétaires, concluant à ce qu'il soit reconnu « protégé en sa qualité d'auteur de l'œuvre » et à ce qu'il soit fait interdiction aux propriétaires de procéder à des travaux de transformation de leur villa. En dernière instance, le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur les droits de l'architecte sur son projet, à savoir le droit d'interdire aux propriétaires d'apporter la modification envisagée. Le Tribunal fédéral a d'abord considéré que la villa conçue par l'architecte est une œuvre protégée au sens de la Loi fédérale sur le droit d'auteur (LDA). Le Tribunal fédéral a ensuite examiné la question de savoir si une modification de la villa peut porter atteinte à la personnalité de l'architecte. Le sujet est régi à l'art. 11 al. 2 LDA qui dispose que « même si un tiers est autorisé par un contrat ou par la loi à modifier l'œuvre ou à l'utiliser pour créer une œuvre dérivée, l'auteur peut s'opposer à toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité ». Notre Haute Cour s'est aussi penchée sur l'art. 28 CC, dont l'alinéa 2 prévoit que l'atteinte illicite peut être justifiée par le consentement de la victime ou par un intérêt prépondérant privé ou public. Selon le Tribunal fédéral, toutefois, l'absence de renvoi à l'art. 28 CC doit être compris, à l'art. 11 al. 2 LDA, comme un silence qualifié <sup>697</sup>. Ainsi, même si l'auteur d'une œuvre – l'architecte, dans le cas évoqué – a donné son consentement à l'utilisation ou à la modification de l'œuvre, cela ne justifie en principe pas – contrairement à ce que prévoit l'art. 28 al. 2 CC – l'atteinte à son droit<sup>698</sup>. Posé ce principe, le

---

<sup>695</sup> ATF 117 II 523 consid. 1d.

<sup>696</sup> Repris de l'ATF 142 III 387.

<sup>697</sup> ATF 142 III 387 consid. 4.4.

<sup>698</sup> ATF 142 III 387 consid. 4.4.

Tribunal fédéral, par une analyse de différents éléments du droit d'auteur (intégrité de l'œuvre, considération de l'architecte, rapport entre la personnalité de l'auteur et l'œuvre, la modification envisagée), arrive cependant à la conclusion que la modification envisagée par les propriétaires ne porte pas atteinte à la personnalité de l'architecte.

Ou encore, récemment, la Haute Cour a indiqué que le législateur avait sciemment renoncé à prévoir dans la loi sur les amendes d'ordre une réglementation propre en matière de notification ou d'y insérer un renvoi aux dispositions du CPP relatives à la notification ; il s'agit dès lors d'un silence qualifié<sup>699</sup>.

Dans les cas de *silence qualifié*, il n'y a donc pas de vide juridique en toute rigueur de pensée, de sorte que le juge n'a rien à combler. Il trouvera la preuve ou les indices d'un silence qualifié (sur le point de droit non réglé) en général dans les travaux législatifs tissant une volonté du législateur plus ou moins reconnaissable.

Dans les cas de *lacune proprement dite*, l'absence de disposition légale applicable résulte d'un *oubli* (involontaire) de la part du législateur. Autrement dit, le législateur a omis de régler un point alors qu'il aurait dû le faire pour une saine économie de la loi et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi<sup>700</sup>. Dans ce cas, le juge *doit* combler la lacune en recourant à l'art. 1 al. 2 CC.

Une lacune proprement dite peut être *occulte*<sup>701</sup>. Nous sommes en présence d'une telle lacune lorsque le législateur « a omis d'adjoindre, à une règle conçue de façon générale, la restriction ou la précision que le sens et le but de la règle considérée ou une autre règle légale imposent dans certains cas »<sup>702</sup>. Autrement dit, « il y a lacune occulte lorsque le silence de la loi est contraire à son économie »<sup>703</sup>.

---

<sup>699</sup> ATF 145 IV 252.

<sup>700</sup> ATF 142 IV 389 consid. 4.3.1. Pour un exemple de comblement : ATF 131 II 562.

<sup>701</sup> DESCHENAUX, *TDP*, pp. 93 s. parle de « lacune occulte » ou « par excès ». La doctrine évoque plusieurs concepts de « lacune ». Pour un aperçu, voir : S. EMMEGGER in : *Berner Kommentar, Einleitung – Art. 1-9 ZGB*, Stämpfli, Berne, 2012, n<sup>os</sup> 350 ss ad art. 1 CC ; S. HRUBESCH-MILLAUER in *Berner Kommentar, Einleitung – Art. 1-9 ZGB*, Stämpfli, Berne, 2012, n<sup>os</sup> 107 ss ad art. 4 CC.

<sup>702</sup> ATF 139 I 57 consid. 5.2 ; ATF 135 IV 113 consid. 2.4.

<sup>703</sup> ATF 139 I 57 consid. 5.2 ; ATF 117 II 494 consid. 6a.

Ainsi, pour une partie de la doctrine, l'art 241 al. 3 CC – s'appliquant dans le régime matrimonial de la communauté de biens (art. 221-246 CC) – qui précise que « ces conventions [qui prévoieraient un partage autre que par moitié en cas de fin du mariage] ne peuvent porter atteinte à la réserve des descendants » contient une *lacune occulte* par rapport à la formulation de l'art. 216 al. 2 CC – s'appliquant dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts (art. 196-220 CC) – qui prévoit que « ces conventions [qui prévoieraient un partage autre que par moitié du bénéfice d'acquêts en cas de fin du mariage] ne peuvent porter atteinte à la réserve des enfants non communs et de leurs descendants »<sup>704</sup>.

Ou encore, l'art. 154 al. 1 LDIP qui dispose : « Les sociétés sont régies par le droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet État ». En d'autres termes, cet article rattache le statut personnel d'une société au droit de l'État de son incorporation, à savoir le lieu où les formalités de constitution de la personne morale ont été accomplies. L'art. 154 al. 2 LDIP précise : « La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'État dans lequel elle est administrée en fait ».

Le Tribunal fédéral a dû examiner si la règle de l'al. 1 permettait d'exclure ce rattachement en cas de « siège fictif »<sup>705</sup>. La question était alors de savoir s'il y avait une « lacune occulte » dans l'absence de mention de ce rattachement

---

<sup>704</sup> Admettent la lacune occulte notamment H. DESCHENAUX/P.-H. STEINAUER/M. BADDELEY, *Les effets du mariage*, 3<sup>e</sup> édition, Stämpfli, Berne, 2017, p. 893 n° 1584 avec références. D'un avis contraire, considérant que le législateur a voulu cette inégalité de traitement et que par conséquent il n'y a aucune lacune : Ph. MEIER in : P. Pichonnaz/B. Foëx (éditeurs), *Commentaire romand, CC I*, Helbing Lichtenhan, Bâle, 2010, n° 15 ad art. 241 CC ; H. HAUSHEER/R. AEBI-MÜLLER in : T. Geiser/C. Fountoulakis (éditeurs), *Basler Kommentar, ZGB I*, 6<sup>ème</sup> édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2018, n° 16 ad art. 241 CC.

<sup>705</sup> Avant l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) – le 1<sup>er</sup> janvier 1989 –, le droit suisse ne connaissait pas de disposition légale qui indiquait selon quel critère de rattachement le statut personnel des personnes juridiques devait être déterminé. C'est la jurisprudence qui a établi des règles en la matière. Le Tribunal fédéral a ainsi affirmé le principe que le critère de rattachement des sociétés était le siège statutaire sauf « si celui-ci n'est pas un siège fictif, c'est-à-dire sans rapport avec la réalité des choses et choisi uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale exerce en fait son activité (cf. RO 15 p. 579). S'il se révèle que tel est le cas, la personne morale sera domiciliée dans le pays où elle a son véritable siège, c'est-à-dire où se situe le centre principal de son administration » : ATF 76 I 150 consid. 3 (p. 159).

*singulier* que constitue le siège fictif, car le juge est confronté à une règle conçue de manière *générale*, dont la généralité même ne permet pas de trancher une situation *spécifique*, conduisant alors le juge à s'interroger quant à une possible omission de la part de législateur qui, en l'occurrence, n'a pas mentionné expressément le « siège fictif » alors que le sens de la règle appelait (ou aurait dû appeler) cette précision. Le Tribunal fédéral a répondu par la négative, savoir que le « siège fictif » constitue bien un rattachement au sens de l'al. 1, notamment parce que « le rattachement au droit du siège effectif en cas de fraude à la loi conduirait le plus souvent à l'inexistence de la société en droit suisse, ce que la LDIP tend précisément à éviter »<sup>706</sup>. Il convenait par conséquent de reconnaître ce rattachement au système juridique étranger selon l'al. 1 quand bien même le siège de la société s'avérerait fictif.

Si le juge dispose d'une base légale qui lui permet de résoudre le cas, mais dont l'application *in casu* conduit à un résultat matériellement choquant, injuste, insatisfaisant, heurtant le sentiment du droit tel qu'il ressort de la CEDH ou de la Constitution<sup>707</sup> ou constituant un abus manifeste de droit, il se trouve face à une *lacune improprement dite*.

Selon la conception traditionnelle, il est en principe interdit au juge de *combler* les lacunes improprement dites, en tant que celles-ci ont trait non pas à l'inexistence formelle d'une règle (cas de lacune proprement dite) mais à l'inadéquation matérielle, substantielle, d'une règle existante. Le juge pourra cependant *corriger* le résultat auquel il arriverait en appliquant la disposition, si le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme s'avère constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la CEDH ou de la Constitution<sup>708</sup>.

---

<sup>706</sup> ATF 117 II 494 consid. 5b et 6. Toutefois, en procédant à l'interprétation historique (consid. 6c), le Tribunal fédéral a constaté que « ni les Chambres fédérales, ni le Conseil fédéral, ni la Commission d'experts ne mentionnent dans le compte rendu de leurs travaux la réserve du siège fictif, pourtant consacrée par la jurisprudence depuis plusieurs décennies à l'époque de l'élaboration et de l'adoption de la LDIP » ; en concluant qu' « il apparaît que le législateur a opté résolument pour la théorie de l'incorporation, tempérée uniquement par quelques rattachements particuliers dans certains cas précis où il l'estimait nécessaire ». Cela revient à admettre, semble-t-il, l'existence d'un silence qualifié.

<sup>707</sup> L'art. 190 Cst pose, là encore, de redoutables difficultés, son application stricte pouvant précisément conduire, cas échéant, à un tel résultat, savoir une loi fédérale en délicatesse avec des valeurs consacrées par la Constitution, mais en application même de la Constitution.

<sup>708</sup> ATF 142 IV 389 consid. 4.3.1. L'art. 19 al. 2 de la Loi fédérale sur les allocations familiales et les aides financières allouées aux organisations familiales (Loi sur les

Finalement, lorsque le juge affronte une situation nouvelle, originale – au sens d'un nouveau *type* (possiblement une nouvelle catégorie légale) –, laquelle appelle l'élaboration d'une règle juridique propre, et que le législateur ne pouvait la prévoir pour des raisons technologiques, sociétales, etc., le magistrat est confronté à une *fausse lacune*.

Le Tribunal fédéral des assurances, dans un arrêt du 13 novembre 1995, expliquait que la fausse lacune est une « lacune juridico-politique »<sup>709</sup>. Dès lors, eu égard à une compréhension stricte de la séparation des pouvoirs, le juge n'aurait rien à combler, la tâche d'élaborer une règle générale et abstraite

---

allocations familiales, LAFam, RS 836.2) prévoit que « Le droit aux allocations familiales n'est accordé que si le revenu imposable est égal ou inférieur à une fois et demie le montant d'une rente de vieillesse complète maximale de l'AVS et qu'aucune prestation complémentaire de l'AVS/AI n'est perçue. ». Une mère, mariée et sans activité lucrative, a présenté une demande d'allocations familiales pour ses trois enfants. La caisse des allocations familiales a rejeté la demande, arguant d'un revenu imposable du couple (CHF 53'400.-) dépassant le plafond imposé par l'art. 19 al. 2 LAFam, le montant à retenir – une fois et demie la rente de vieillesse maximale de l'AVS – s'élevant à l'époque des faits à CHF 42'120.-. La femme a saisi les autorités judiciaires. Le Tribunal des assurances saint-gallois admet son recours en retenant l'existence d'une lacune improprement dite, l'art. 19 al. 2 LAFam n'opérant pas de distinction entre les couples mariés et les personnes seules, ce qui conduit à une inégalité de traitement. Le tribunal a dès lors corrigé cette lacune en recourant à l'art. 28 al. 4 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS, RS 831.101), qui dispose que : « Si une personne mariée doit payer des cotisations comme personne sans activité lucrative, ses cotisations sont déterminées sur la base de la moitié de la fortune et du revenu sous forme de rente du couple. ». Les juges cantonaux ont ainsi divisé le revenu imposable du couple par deux, obtenant le montant de CHF 26'700.-. Ils en ont conclu que le plafond de l'art. 19 al. 2 LAFam n'était pas atteint et l'assurée devait être mise au bénéfice d'allocations familiales. La caisse d'allocations familiales a ensuite saisi le Tribunal fédéral. Ce dernier nie l'existence d'une lacune improprement dite, parce que la prise en compte du revenu imposable du couple est justifiée parce que la situation économique des couples mariés est différente de celle des personnes seules qui élèvent des enfants. Certes, le Tribunal fédéral a reconnu que les couples mariés sont défavorisés par rapport aux concubins, mais il n'a pas considéré cette distinction comme une inégalité de traitement injustifiée, dans la mesure où mariage et concubinage sont deux formes de vie commune traitées différemment par l'ordre juridique suisse. Il a dès lors admis le recours de la caisse d'allocations familiales, même si les juges de Mon Repos n'étaient pas entièrement satisfaits de la solution (« *Wohl mag sie nicht in jeder Hinsicht vollumfänglich befriedigend sein; dies genügt indessen nicht, um die geltende Gesetzesbestimmung als geradezu unhaltbar erscheinen zu lassen. Es ist daher nicht Sache des Gerichts, eine andere Regelung zu treffen* »). L'exemple cité est repris de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_729/2017 du 26 mars 2018.

<sup>709</sup> Arrêt H135/93 du 13 novembre 1995 in : Pratique VSI 3/1996 pp. 177 ss, spéc. p. 181 ; ATF 137 IV 133 consid. 5.2 ; ATF 143 IV 49 consid. 1.6.3

sur le sujet nouveau revenant au législateur. Par exemple, la question des algorithmes comme sujets de droit ou pôles de responsabilité civile (art. 41 CO)<sup>710</sup>.

#### **Section 4. Le juge confronté à une vraie lacune : une démarche en « comme si »**

L'interprétation, nous l'avons vu, permet de dégager le *sens* d'une disposition légale appliquée *in concreto*. Lorsque le juge se rend compte que la disposition générale et abstraite, qu'il a sélectionnée et interprétée, ne règle pas la situation qui lui est soumise, c'est-à-dire qu'il y a un défaut de disposition légale applicable, il doit vérifier, selon l'art. 1 al. 2 CC, s'il dispose de droit coutumier pour régler le cas<sup>711</sup>.

A défaut de coutume, le juge procède *comme s'il* faisait œuvre de législateur. Le juge comble la lacune *modo legislatoris*, analysant et articulant les intérêts en présence pour formuler une solution générale et abstraite élaborée à la faveur d'une situation individuelle et concrète.

Autrement dit, il résout la cause sous deux angles, d'un côté, individuel et concret, en tranchant le litige qui lui est soumis *et*, de l'autre, général et abstrait, en créant une règle de droit ponctuelle qui doit s'insérer dans le système juridique existant. Le travail du juge s'avère de la sorte littéralement ambivalent : en partant d'une situation concrète qu'il a la charge de trancher, il doit *en même temps* établir une règle générale et abstraite, qui doit s'insérer dans le *système* juridique existant.

Eu égard à cette structure préexistante de l'ordre juridique, on comprend que la « méthode » privilégiée du comblement de lacunes consiste en l'analogie<sup>712</sup>,

---

<sup>710</sup> Voir sur ces notions *supra* Titre V, Chapitre 1, Section 3, Sous-section 2.

<sup>711</sup> Voir à titre d'exemple ATF 99 Ia 586 (coutume genevoise); ATF 108 Ib 392 (coutume bâloise); ATF 136 I 376 (coutume zougnoise); refus de coutume : ATF 138 I 196 (Genève). L'art. 2 du projet de Code civil présenté par le Conseil fédéral dans le message du 28 mai 1904 prévoyait que « [s]era considéré comme partie intégrante de la législation fédérale, le droit coutumier qui se sera formé en complément de la loi civile ».

<sup>712</sup> ATF 126 II 71 consid. 6e ; ATF 135 V 163 consid. 5.3 et 5.5 ; voir également l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1043/2018 du 27 mai 2019 consid. 4.5 ; ATF 144 IV 35 consid. 2.2.

jeu de ressemblances (surtout) et de dissemblances (aussi) entre les entités comparées<sup>713</sup>.

Dans cette veine, le juge dispose de deux types d'analogie pour combler une lacune :

(1) L'*analogie légale* (« *Gesetzesanalogie* »<sup>714</sup>) est un raisonnement consistant à reprendre une solution proche, analogue, déjà consacrée par le droit positif et à l'appliquer en l'adaptant – parce qu'elle présente des similitudes, mais aussi des différences – à la nouvelle situation non déjà réglée<sup>715</sup>. Une *Gesetzesanalogie* que la jurisprudence du Tribunal fédéral définit ainsi : « *Die Lückenfüllung ist damit auf den Weg der Analogie verpflichtet, auf die Gesetzesanalogie wenn eine positive Norm Gleichwertiges regelt [...]* »<sup>716</sup>.

(2) L'*analogie globale* (« *Rechtsanalogie* »<sup>717</sup>) est un raisonnement *bottom-up*, inductif, procédant à la comparaison entre diverses normes *spécifiques* afin d'en extraire le *principe commun* et par là *général* qui les sous-tend. Ensuite de quoi, ce principe est appliqué à la situation nouvelle à régler<sup>718</sup>. La jurisprudence du Tribunal fédéral synthétise ainsi le processus de la *Rechtsanalogie* : « *Die Lückenfüllung ist damit [...], auf die Rechtsanalogie*

<sup>713</sup> Voir *supra* Chapitre 2, Section 9.

<sup>714</sup> Voir la définition in : ATF 126 III 129 consid. 4.

<sup>715</sup> Voir notamment le cas de l'usufruitier qui loue le bien en usufruit à un tiers puis décède. La position du nu propriétaire qui récupère le bien après le décès de l'usufruitier est analogue vis-à-vis du locataire à celle d'un nouveau propriétaire qui acquiert le bien d'un tiers qui le loue, et qui sera tenu d'honorer le contrat de bail déjà engagé avant cette acquisition (ATF 113 II 121 consid. 3).

<sup>716</sup> ATF 126 III 129 consid. 4.

<sup>717</sup> ATF 126 III 129 consid. 4.

<sup>718</sup> Voir à titre d'exemple l'ATF 123 III 292, dans lequel le Tribunal fédéral, pour combler une lacune proprement dite de l'art. 21 CO, a extrait un principe commun des articles 20 al. 2 CO, 163 al. 3 CO, 269 ss CO, 340a al. 2 CO, 417 CO, consistant dans la possibilité de corriger le déséquilibre des prestations par le maintien partiel du contrat. Ainsi, nonobstant l'art. 21 CO disposant que « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience », le juge peut, en présence d'un contrat usuraire, adapter les prestations pour maintenir le contrat.

*wenn eine solche Norm fehlt, aber aus dem Geist der positiven Rechtsordnung ein Prinzip auszumachen ist, welches regelfähig umgesetzt werden kann* »<sup>719</sup>.

Le juge dispose d'autres outils intellectuels encore pour combler une lacune, notamment le droit comparé<sup>720</sup>, le droit romain<sup>721</sup>, la philosophie du droit<sup>722</sup> ainsi que l'art. 1 CC<sup>723</sup> dont l'al. 3 invite<sup>724</sup> le juge à considérer la doctrine et la jurisprudence. Ces deux sources plus immédiates et précises que les trois premières, partant d'utilisation plus fréquente, appellent à ce titre quelques développements.

Jurisprudence et doctrine présentent moins de stabilité que la loi. En effet, la jurisprudence peut se modifier, changer, se renverser. Si la sécurité juridique semble en danger<sup>725</sup>, on relèvera qu'en cas de changement de jurisprudence, le tribunal devra d'autant plus strictement argumenter la nouvelle solution, laquelle en sera (ou devrait être) d'autant plus convaincante et acceptable. La doctrine aussi manque de « formel », au sens de l'expression « source formelle », savoir en l'image de stabilité qu'elle véhicule. La doctrine est en effet souvent controversée<sup>726</sup>. On comprend dès lors que « *Es folgt* », « s'inspire » ou « *si attiene* » posent problème : comment « suivre » lorsque les indications fournies ne sont pas unanimes, voire contradictoires, à tout le moins disparates ? On se référera à la doctrine *majoritaire*<sup>727</sup> et à la

---

<sup>719</sup> ATF 126 III 129 consid. 4.

<sup>720</sup> Voir notamment les ATF 96 II 355 consid. 2 ; ATF 117 II 523 consid. 1d.

<sup>721</sup> ATF 47 II 267 (*ius commune*).

<sup>722</sup> ATF 133 I 206 consid. 4 citant la justice distributive d'ARISTOTE.

<sup>723</sup> ATF 109 II 81 consid. 2b: « La lacune ouverte par la disparition de l'art. 8 LRDC, et par le fait qu'il n'a pas été remplacé par une règle légale, doit être comblée en matière de nom, conformément à l'art. 1 al. 2 et 3 CC ».

<sup>724</sup> Les textes allemand et italien de l'art. 1 al. 3 CC sonnent plus contraignants (« *Es [Das Gericht] folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung* » et « *Egli [Il giudice] si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli* ». Voir Volume 1, Titre III, Chapitre 3, Section 1, Sous-section 2, § 3, p. 229.

<sup>725</sup> Dans son acception plutôt formelle, à tout dire bien étroite et statique de surcroît ; voir A. PAPAUX, « Sécurité juridique formelle v. Sécurité juridique relationnelle » in *RDS 131 (2012) I*, pp. 33 ss.

<sup>726</sup> ATF 141 III 145 consid. 4.2.3 : « En revanche, la doctrine est plus divisée sur la question [...] » ; ATF 144 III 54 consid. 4.1.3.4 : « La doctrine n'est pas unanime à ce sujet ».

<sup>727</sup> ATF 139 III 511 consid. 4 : « Depuis lors, la jurisprudence en la matière a fait sienne l'opinion professée par la majorité des auteurs [...]. De surcroît, la solution retenue par la jurisprudence et la doctrine majoritaire a l'avantage [...] » ; ATF 141 III 145 consid. 4.3 : « La doctrine majoritaire doit être suivie [...] ».

jurisprudence *ferme, reconnue* ou *constante*, s'il y en a une ; références qui constituent autant de *choix* c'est-à-dire d'*arguments*, sans la moindre *nécessité*, dit dans une veine logique, sans la force de la *démonstration*.

En revanche, il ne faut pas entendre par « doctrine » l'opinion publique ou l'avis de la presse, confusion d'autant plus aisée aujourd'hui que des « procédures » se déroulent souvent sur les réseaux sociaux d'abord puis dans les prétoires <sup>728</sup> ; les pseudo-jugements des premiers marquant malheureusement davantage les esprits que les décisions pondérées des seconds, affadissant d'autant la présomption d'innocence, un principe pourtant cardinal des ordres juridiques démocratiques, une valeur essentielle de l'État de droit.

Le juge incorporera certaines de ses valeurs, de ses convictions dans la solution à élaborer <sup>729</sup>. Rappelons à ce titre que cette médiation de la subjectivité du juge n'est pas un défaut, car l'objectivité pure n'existe point, en tout cas pas en droit, et l'arbitraire, le « bon vouloir » du juge, constitue rien de moins que le repoussoir ultime de toute démarche juridique authentique.

---

<sup>728</sup> Voir sur ce sujet : A. FRATTOLILLO, « *Vox populi, vox Dei? Il fenomeno dei processi visti dai social media, in particolare il caso del pestaggio di Giumaglio* » in : D. Cerutti/F. Lepori, *La cronaca giudiziaria ticinese. Sguardi comunicativi, giuridici e metodologici*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2020, pp. 149 ss.

<sup>729</sup> Voir entre autres : ATF 116 Ia 252 et l'enquête menée par un journaliste qui a montré que la décision de refuser la présence de crucifix dans les salles de classe d'une école primaire avait été adoptée à 3 juges contre 2, les trois juges étant de confession protestante, les deux juges minoritaires catholiques. La presse s'était également occupée de la question : voir le *Tages Anzeiger* du 27 septembre 1990, p. 10, du 28 septembre 1990, p. 7, du 6 décembre 1990, p. 1 ; la *Neue Zürcher Zeitung* du 27 septembre 1990, p. 21 (références in : A. FISCHBACHER, *Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland: Aufgaben, Einfluss und Auswahl*, Schulthess, Zurich, 2006, p. 131).

## Section 5. *Lacune praeter legem et lacune intra legem*

Doctrine<sup>730</sup> et jurisprudence<sup>731</sup> utilisent parfois les dénominations de lacune « *praeter legem* » et lacune « *intra legem* » qui s'avèrent cependant d'une grande imprécision, quand elles ne provoquent pas des confusions.

En effet, la locution « *praeter legem* » (« au-delà de la loi »<sup>732</sup>) est employée pour désigner voire définir la lacune proprement dite<sup>733</sup>, ni plus ni moins.

Par le syntagme « *intra legem* » (« à l'intérieur de la loi »), on entend les normes de renvoi, comme l'art. 7 CC<sup>734</sup> ; les dispositions faisant appel à l'analogie, comme l'art. 118 al. 2 CC<sup>735</sup> ; les règles générales d'appréciation<sup>736</sup>, comme l'art. 4 CC ; ainsi que toutes les règles qui contiennent une notion juridique indéterminée, comme « intérêt prépondérant » ou « indemnité équitable ».

Les lacunes « *intra legem* » ne sont pas des lacunes en toute rigueur de pensée, puisque le législateur a traité du sujet. Cette terminologie utilisée par une partie de la doctrine et de la jurisprudence poursuit au fond le rêve, vain, de lois si précises, si détaillées, que rien ne leur échapperait. Dans ces types de « lacunes », le législateur admet tout simplement, de manière explicite, qu'il n'est pas en son pouvoir de préciser davantage la direction dans laquelle le saut qualitatif de la loi au cas doit être conduit.

---

<sup>730</sup> Voir entre autres : J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève, 1979, p. 158 ; LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 452.

<sup>731</sup> ATF 112 Ia 116 consid. a ; ATF 114 II 353 consid. 1c ; ATF 122 I 353 consid. 6a.

<sup>732</sup> « *Praeter* » en latin signifie en effet « devant, le long » ou « au-delà de ».

<sup>733</sup> ATF 112 Ia 116 consid. a ; ATF 114 II 353 consid. 1c ; ATF 122 I 353 consid. 6a ; ATF 130 III 241 consid. 3.1.

<sup>734</sup> Art. 7 CC : « Les dispositions générales du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont aussi applicables aux autres matières du droit civil ». Ainsi, aux *contrats* prévus dans le Code civil (p. ex. le contrat de partage successoral [art. 634 CC]) s'appliquent les dispositions du Code des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à la fin des contrats.

<sup>735</sup> Art. 118 al. 2 CC : « Pour le surplus, les dispositions relatives aux mesures protectrices de l'union conjugale sont applicables par analogie ».

<sup>736</sup> Voir LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, pp. 450 ss.

Nous savons que toute la difficulté du droit comme *praxis* réside dans son application, partant dans le problème logique – ou épistémologique – du passage du « général et abstrait » de la loi au « singulier et concret » du cas.

Nous savons aussi que les principes généraux participent activement à la construction de ce passage puisqu'ils irriguent l'ensemble des raisonnements juridiques, sans toujours apparaître en pleine lumière, pour l'exprimer selon l'euphémisme. Le principe général de la bonne foi l'illustre abondamment.



## Chapitre 4. La bonne foi

### Section 1. L'esprit général de la bonne foi

Le siège principal de la matière se trouve aux art. 2 et 3 CC pour le droit privé, le droit public en étant aussi pénétré, jusqu'au plus haut rang, par les art. 5 al. 3 et 9 Cst.

En droit privé, la bonne foi est traitée en termes généraux aux art. 2 et 3 CC. Il s'agit de deux notions distinctes.

L'art. 2 CC concerne la bonne foi *objective*, qui a une connotation morale, éthique (dont nous traiterons *infra* aux Sections 2 à 5 et à la Section 6, Sous-section 2).

L'art. 3 CC traite de la bonne foi *subjective*, qui est une notion essentiellement procédurale. L'art. 3 CC vise notamment le fardeau de la preuve et par conséquent, doit être lu en complément de l'art. 8 CC (nous l'aborderons *infra* à la Section 6, Sous-section 3).

Il s'agit ainsi de deux concepts distincts ayant quelque origine commune dans les notions de croyance, de crédit, de « créance », mais d'inspiration différente dans la sphère juridique actuelle : éthique, morale, pour la bonne foi objective ; cognitive (gnoséologique) pour la bonne foi subjective, laquelle concerne une fausse représentation de la réalité.

### Section 2. Nature et origine éthique de la bonne foi

Étant la plus vénérable expression, en particulier de ce que le droit privé est le modèle éminent de la méthodologie juridique générale<sup>737</sup>, nous nous référons principalement à l'art. 2 CC pour arpenter les articulations majeures de la bonne foi : nature, origine éthique et contenu général (sections 2 et 3), avant d'en étudier la contextualisation dans les différents domaines du droit suisse (sections 4 ss).

L'art. 2 CC a une portée générale, s'étendant à l'ensemble de l'ordre juridique suisse.

---

<sup>737</sup> Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 3, pp. 118 ss.

A la lecture de la note marginale, cette assertion paraît hérétique d'un point de vue méthodologique. La validité générale de cette matrice de la pensée juridique – un *principe général* en effet – a été consacré par notre Cour suprême, d'inspiration toute romaine en l'occurrence<sup>738</sup>.

D'un point de vue méthodologique, corseté par la théorie des sources formelles, le juriste positiviste avait besoin de la parole officielle – l'interprétation la plus *autorisée* – du Tribunal fédéral pour admettre la portée générale de l'art. 2 CC, quand bien même un *ordre* juridique juste ne se peut rencontrer hors le souffle de cette valeur essentielle. C'est pourquoi l'absence des principes généraux du corpus des sources formelles ne laisse pas d'étonner le juriste « bien né », en d'autres termes, le généraliste<sup>739</sup>.

Ni « foi (*fides*) aveugle », ni « doute hyperbolique », le droit, une fois de plus, dans son exercice, écarte les extrêmes, véritable vertu de la « médiété », humble art du *moyen*. Une moyenne conçue toutefois comme un *optimum*, un sommet entre deux *extrêmes* dont chacun provoque une diminution de la justice entendue harmonie des parties au sein du tout, des *citoyens* dans la  *cité*. Où l'esprit cultivé reconnaîtra la définition la plus gèneuine du *juste* dans la pensée grecque. La « bonne mesure » de l'action qui se déploie entre le « *summum jus summa iniuria* » (dans son expression romaine) d'une conformité béate<sup>740</sup> - qui donne ainsi à voir, en creux (pour ne pas s'abîmer dans le formalisme borné), toute l'importance de l'équité, autre *principe général* - et l'arbitraire, le « bon vouloir » du caprice, le mépris puéril de l'argumentation. Deux instances extrêmes de l'*hubris*, la démesure, polluant l'honneur, la vertu corrélative à la justice, dont Zeus a pourvu les hommes dans le dessein qu'ils survivent enfin<sup>741</sup>.

Le législateur suisse, pragmatique, a fait sienne cette justice art du « juste milieu » en introduisant dans la formule de la bonne foi *exercée* c'est-à-dire *in concreto* l'adjectif « manifeste » (art. 2 al. 2 CC, *espèce* du *genre* bonne foi

---

<sup>738</sup> ATF 83 II 345 consid. 2.

<sup>739</sup> O. RIBAUX, *Police scientifique. Le renseignement par la trace*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2014, montre toute l'ampleur des pertes de connaissance dans les enquêtes de sciences criminelles dues à la disparition des esprits généralistes.

<sup>740</sup> Et parfois même funeste : les hauts dignitaires nationaux-socialistes ne plaidèrent-ils pas pareille obéissance aveugle aux ordres et aux lois reçus, dans la tentative pathétique de se disculper de toute responsabilité ?

<sup>741</sup> Voir *supra* Titre VI, Chapitre 1, Section 3, Sous-section 2, § 3, Sous-§ 2 le *Protagoras* de Platon.

des art. 2 et 2 al. 1 CC), traduisant toute la pénétration de l'intelligence pratique du législateur helvétique d'autrefois. Dans le cas de l'abus de droit, la bonne foi *parfaite* n'est en effet pas attendue de la créature *finie* dénommée « homme », l'abus *non-manifeste* de droit étant toléré. Seul un acte empreint de trop de mauvaise foi – au point d'en devenir *manifeste* - ne saurait être protégé par le droit.

Dans un arrêt ancien, du 17 juin 1957, le Tribunal fédéral a mis en exergue quatre éléments caractéristiques de la bonne foi à faveur d'une analyse de l'art. 2 CC<sup>742</sup> :

- (1) il s'agit d'un principe général, à savoir un principe qui guide l'application de toute loi en fixant une « limite à l'exercice de n'importe quel droit »<sup>743</sup> ;
- (2) l'art. 2 CC plonge ses racines – source matérielle<sup>744</sup> – dans l'éthique ; la bonne foi est une règle de comportement qui enjoint de se garder des actions mesquines ;
- (3) l'origine du principe de la bonne foi remonte au droit romain, où il fut consacré par le ministère du préteur romain<sup>745</sup> et devint par la suite partie intégrante de la doctrine juridique et utilisé comme concept coutumier ;
- (4) ce principe s'applique dans tous les domaines du droit.

Le Tribunal fédéral a ensuite rappelé que l'art. 2 CC « se présente comme une norme fondamentale, tirée de considérations éthiques, qui s'ajoutent aux règles qui gouvernent les divers rapports juridiques, pour les compléter et contribuer à leur interprétation »<sup>746</sup>. Cette disposition, poursuit le Tribunal fédéral, « introduit dans l'application du droit la référence à des valeurs très générales, comme les bonnes mœurs, l'équité, les droits de la personnalité »<sup>747</sup>.

Le projet moderne du droit, en particulier le courant positiviste<sup>748</sup>, cherchait à séparer le droit de la morale, désirant mettre le raisonnement juridique à l'abri de tout jugement de valeur, dans le secret espoir ou l'affirmation arrogante

<sup>742</sup> ATF 83 II 345 consid. 2.

<sup>743</sup> ATF 45 II 398.

<sup>744</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 4, Section 2, pp. 115 ss.

<sup>745</sup> Il s'agissait des *iudicia bonae fidei* : voir notamment, M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2<sup>ème</sup> édition, Verlag C.H. Beck, Munich, 1996, § 22 II 1.

<sup>746</sup> ATF 113 II 209 consid. 4.

<sup>747</sup> ATF 113 II 209 consid. 4.

<sup>748</sup> Voir notamment Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, p. 79

d'une objectivité enfin réalisée, et se prétendre en conséquence science. Or, la bonne foi est une notion d'essence morale, comme l'a relevé le Tribunal fédéral. Il n'est dès lors pas possible de dissocier le droit de la morale, comme nous l'ont montré également l'interprétation téléologique, appelée aussi *axiologique*<sup>749</sup>, et l'équité<sup>750</sup>. Ce qui ne signifie pas qu'ils se recouvrent pour autant. En période de pandémie, d'aucuns trouveront immoral que des prêts d'État puissent servir, pour certaines entreprises, au versement de dividendes parfaitement légaux au demeurant.

L'esprit de la bonne foi campé, nous pouvons en esquisser le contenu.

### Section 3. Le contenu de la *bona fides*

D'essence éthique, c'est dans cette perspective qu'il faut replacer la bonne foi pour en comprendre l'économie générale.

En description synthétique, on peut la caractériser comme une idée générale de loyauté<sup>751</sup>, de fidélité à la parole donnée<sup>752</sup> ou aux actes exécutés, de partage d'information<sup>753</sup>, d'utilisation raisonnable de sa position dominante<sup>754</sup>.

Rien d'étonnant dès lors à constater la nature *indéterminée* de cette notion. Sans doute varie-t-elle selon les cultures et les convictions profondes. Comparons par exemple, les deux formulations suivantes :

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

*Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale.*

Tout juriste reconnaît l'art. 2 al. 1 CC dans le passage de gauche. Le passage de droite est la traduction française de l'art. 1 du Code civil de la République soviétique fédérative de Russie du 30 octobre 1922 (en vigueur dès le

---

<sup>749</sup> Voir *supra*, Chapitre 1, Section 3, Sous-section 2, § 4.

<sup>750</sup> Voir *supra*, Chapitre 2, Section 10.

<sup>751</sup> ATF 95 II 605 consid. 2a.

<sup>752</sup> ATF 123 II 511 consid. 6b.

<sup>753</sup> ATF 101 Ib 422 consid. 4b.

<sup>754</sup> Voir les art. 2 de la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241) et 7 al. 1 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart, RS 251).

1<sup>er</sup> janvier 1923)<sup>755</sup>. Dans la conception suisse, les droits – civils – sont limités par un concept moral, la bonne foi ; dans l'esprit soviétique – issu de la nouvelle politique économique<sup>756</sup> – la limitation à l'exercice des droits est dictée par des raisons politiques et économiques. Ce qui prouve, si besoin était, le caractère *indéterminé* de la bonne foi, et, partant, la nécessaire considération du contexte pour en circonscrire le sens et la portée.

Dire que la bonne foi a une essence *éthique* revient à mettre en exergue les comportements, les mœurs, les croyances communes à une société.

*Éthique* vient en effet d'« *ethos* », qui signifie mœurs, conduite de la vie, règles concrètes de comportement. En latin nous retrouvons « *mos, mores* », qui a donné naissance au français « morale » et « mœurs », reprises en droit par la notion de « bonnes mœurs » notamment.

Quant à la *croyance* engagée dans les actions conduites sous l'égide de la bonne foi, elle ressortit de l'expression même de la notion : « bonne foi », « *bona fides* », affaire de foi, de croyance, de crédit au sens moral et classique du terme. Ce crédit, cette confiance, induit et permet des attentes, qualifiées de « légitimes » pour cette raison, celles-là mêmes qui permettent aux relations humaines de se déployer, au *zoon politikon* de se réaliser au sein de la cité, le « bien vivre ensemble ». Tout le droit est ainsi habité par le « *Vertrauensprinzip* » qui nous expose aussi aux déceptions, aux trahisons de la parole donnée en particulier (*pacta sunt servanda*). Mais comment les institutions humaines pourraient-elles survivre si le principe inverse prévalait ?

La brève étymologie exposée nous a déjà montré que la bonne foi est une notion pragmatique, partant à entendre inductivement, fonction de ce qui se pratique ici et maintenant. Raison pour laquelle elle varie suivant les cultures<sup>757</sup> et, par conséquent, se donne (au mieux) comme *analogue* d'un

---

<sup>755</sup> Voir R. DEKKER, *Introduction au droit de l'Union soviétique et des Républiques populaires*, 2<sup>ème</sup> édition, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles 1971, p. 68. Voir également : A. L. MAKOVSKY, « Histoire et esprit du Code civil russe » in *Revue internationale de droit comparé* 61 (2009), pp. 479 ss.

<sup>756</sup> MAKOVSKY, *op. cit.*, p. 484.

<sup>757</sup> Il s'agit d'une notion variable, comme le droit naturel d'Aristote, élaborée en observant les pratiques concrètes : Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1, p. 69

ordre juridique à l'autre mais encore au sein d'un même système entre ses diverses branches.

Nous examinerons dans les prochaines sections, le principe de la bonne foi tel qu'il est contextualisé dans différentes branches du droit, devant nous contenter pour chacune d'un simple aperçu tant la richesse pratique comme théorique de ce principe général est grande.

## **Section 4. La bonne foi en droit international public**

Étant un principe général, nous retrouvons la bonne foi aussi en droit international public<sup>758</sup>.

Le texte topique en matière de bonne foi internationale est la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CV)<sup>759</sup>, produit d'une vaste entreprise de codification du droit coutumier riche de plusieurs siècles de pratiques. Dans ce document juridique matriciel, la bonne foi apparaît déjà à quatre reprises :

(1) Au troisième paragraphe du préambule, constatant que les principes du libre consentement, de la bonne foi et la règle *pacta sunt servanda* sont universellement reconnus.

(2) La règle *pacta sunt servanda* est l'objet de l'art. 26 CV disposant que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». D'après le Tribunal fédéral, « le principe de la bonne foi impose ici la loyauté de la part de l'État contractant dans l'exécution de ses obligations. Celui-ci doit partant proscrire tout comportement qui aboutirait à éluder ses engagements internationaux ou à détourner le traité de son sens et de son but »<sup>760</sup>. La jurisprudence fait également découler de ce principe la *présomption* qu'un État agit de bonne foi, présomption qui peut être renversée uniquement sur la base d'éléments établis<sup>761</sup>. Schématiquement, la bonne foi se distingue de la règle *pacta sunt servanda* exigeant que l'engagement souscrit soit exécuté. En d'autres termes, la règle *pacta sunt servanda* oblige les parties à un traité à ne pas renier cette qualité en ses droits et devoirs. Le principe de la bonne foi

---

<sup>758</sup> Voir notamment R. KOLB, *Good faith in international law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

<sup>759</sup> Convention approuvée par la Suisse le 15 décembre 1989 et entrée en vigueur le 6 juin 1990 (RS 0.111 ; RO 1990 1112).

<sup>760</sup> ATF 143 II 628 consid. 4.2.1.

<sup>761</sup> ATF 144 II 206 consid. 4.4.

indique *comment* le traité doit être exécuté par les parties : en respectant tout l'esprit, avec loyauté.

(3) La bonne foi apparaît également en matière d'interprétation des traités, comme le prévoit l'art. 31 §1 CV, d'après lequel « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». L'objet et le but du traité reflètent ce que les parties ont voulu obtenir en adhérant au traité<sup>762</sup>.

(4) L'art. 62 CV traite du « changement fondamental de circonstances ». En particulier, l'art. 62 al. 1 CV prévoit qu'« un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que : [...] ». La Convention vise ici une sorte de condition résolutoire sous-entendue dans les traités, rendue par l'adage latin « *clausula rebus sic stantibus* », pendant de l'art. 26 CV (la règle « *pacta sunt servanda* ») : il serait contraire à la bonne foi<sup>763</sup> d'exiger qu'un État reste partie à un traité si les circonstances qui l'avaient déterminé à le ratifier (voire le signer déjà) se sont fondamentalement modifiées.

S'en tenant à un seul texte de droit international public, nous constatons déjà la polyvalence du concept de la bonne foi, ses connotations diverses, ses contours variés et son omniprésence, toutes caractéristiques d'un principe général.

---

<sup>762</sup> ATF 143 II 628 consid. 4.2.1.

<sup>763</sup> En droit suisse, le régime de la *clausula rebus sic stantibus* « a été déduit de l'art. 2 CC » (ATF 113 II 209 consid. 4a). Comme nous le savons désormais, l'expression « déduit » constitue un abus de langage, pour ne pas dire une faute logique, auquel incline le positivisme juridique dans sa naïve mais pernicieuse inclination au scientisme. L'art. 2 CC consacrant une notion juridique indéterminée (une « notion à contenu variable »), comment pourrions-nous en tirer par voie verticale, descendante et de stricte nécessité dans les enchaînements (sans choix ni jugements de valeur par conséquent, en conformité avec la logique formelle) une règle « précise », à tout le moins plus *spéciale* ?

## Section 5. La bonne foi en droit public interne

### Sous-section 1. Quelques éléments d'histoire

En bonne logique et saine méthodologie, on commencera par la Constitution<sup>764</sup> en vigueur (du 18 avril 1999), qui consacre la bonne foi à ses articles 5 al. 3 et 9.

*Art. 5 Principes de l'activité de l'État régi par le droit*

*Art. 9 Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi*

*<sup>3</sup> Les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.*

*Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi.*

Ces deux articles sont liés, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral : « De ce principe général [art. 5 al. 3 Cst.] découle notamment le droit fondamental du particulier à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'État, consacré à l'art. 9 in fine Cst. »<sup>765</sup>.

Pareille clause était absente de la précédente Constitution, du 29 mai 1874<sup>766</sup>. La pratique du Tribunal fédéral notamment consacra la bonne foi en droit public interne, en la rattachant à l'ancien art. 4 al. 1 aCst qui disposait que « tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles ».

Le Tribunal fédéral débuta en droit fiscal, début XX<sup>e</sup> siècle<sup>767</sup>. En 1908, par exemple, le Tribunal fédéral consacrait dans une « affaire Spühler » le principe de la bonne foi en droit public. Une commune zurichoise avait renoncé à réclamer « l'impôt pour les pauvres » à M. Spühler, fort riche certes, mais qui soutenait avec grande générosité des institutions de bienfaisance. La commune craignait qu'en le soumettant audit impôt, il renonçât à ses œuvres. M. Spühler décédé, la commune fit volte-face et réclama dix ans d'arriérés

---

<sup>764</sup> Voir aussi, pour la priorité de la Constitution : Volume 1, Titre II, Chapitre 5, Section 4, Sous-section 1, § 1, pp. 180 ss.

<sup>765</sup> ATF 144 IV 189 consid. 5.1.

<sup>766</sup> RO 1 1.

<sup>767</sup> Voir ATF 34 I 15 consid. 2, 34 I 615 consid. 2 ; 36 I 497 consid. 13.

d'impôts pour les pauvres à ses héritiers, selon la loi zurichoise en vigueur à l'époque. Ils recoururent au Tribunal fédéral, lequel arrêta que la décision de la commune était contraire aux règles de la bonne foi parce qu'elle avait, en toute connaissance de cause, délibérément, renoncé à percevoir les créances fiscales et cette renonciation pouvait être perçue comme « actée » par voie tacite selon les règles de la bonne foi par l'administré (ensuite, ses héritiers)<sup>768</sup>.

Entre 1910 et 1944, plus aucune mention. Ce n'est qu'à partir de 1944 que le Tribunal fédéral a reconnu<sup>769</sup>, de manière réitérée depuis lors<sup>770</sup>, la validité du principe de la bonne foi en droit public.

Cette longue pratique judiciaire fut exhaussée au rang de norme constitutionnelle par voie d'induction, en explicitant le *principe général* sous-jacent qui avait guidé le raisonnement juridique dans toutes les décisions jurisprudentielles.

Comme l'évoque l'art. 5 al. 3 Cst., l'obligation de bonne foi est mutuelle, réciproque, c'est-à-dire que l'État doit respecter ce principe dans ses rapports avec les administrés (ce principe est concrétisé à l'art. 9 al. 1 *in fine* Cst.)<sup>771</sup>, réciproquement les administrés doivent se comporter de bonne foi dans leurs relations avec l'État<sup>772</sup>.

---

<sup>768</sup> ATF 34 I 615 consid. 2 : « *Es widerspricht durchaus den elementarsten Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr, die doch auch für das Verhältnis der Verwaltung zum Publikum gelten sollten, wenn eine Behörde die Besteuerung einer Person absichtlich unterlässt, um ihr oder ihren Erben dann nachher die [...] Nachsteuer wegen unrichtiger Besteuerung aufzulegen* »

<sup>769</sup> ATF 72 I 81. Certes, en 1939, le Tribunal fédéral avait déjà rappelé, quoi que de manière embryonnaire, le volet public du principe de la bonne foi (ATF 65 II 139 consid. 1b, ayant trait aux effets de mariages fictifs).

<sup>770</sup> Voir notamment ATF 94 I 513 consid. 4a avec références et dates, ainsi que les ATF 115 Ib 152 consid. 2c et 122 V 405 consid. 3b/bb.

<sup>771</sup> Ainsi : en principe les parties ne doivent subir aucun préjudice en raison d'une indication inexacte des voies de droit. Il y a des exceptions, notamment si la partie s'est aperçue de l'erreur, ou aurait dû s'en rendre compte en prêtant l'attention commandée par les circonstances ; dès lors, seule une négligence procédurale grossière peut faire échec à la protection de la bonne foi (ATF 138 I 49 consid. 8.3.2). Voir également ci-après Sous-section 2, § 2.

<sup>772</sup> Par exemple, si une procédure connaît des retards excessifs – ce qui est susceptible d'entraîner un déni de justice (art. 29 Cst.) –, la partie qui en est victime doit, avant d'ouvrir action en responsabilité contre l'État, en informer l'autorité concernée, en application du principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.). Si, nonobstant cette

## Sous-section 2. Quelques conséquences concrètes de la bonne foi en droit public : morceaux choisis

Des art. 5 al. 3 et 9 Cst. découlent différentes situations, condensées en cinq cas.

### § 1. *Bonne foi et droit de l'autorité de changer d'avis dans l'intérêt public*

Dans ce contexte, la bonne foi en droit public peut se concrétiser dans trois situations-types :

#### (1) Interdiction de l'autorité de faire volte-face avec effet rétroactif

Cette situation conjoint ce que nous avons vu ci-avant concernant l'exemple de M. Spühler avec l'hypothèse de la rétroactivité<sup>773</sup>.

#### (2) Révocation d'une décision ou d'une autorisation

En principe, l'autorité ne peut plus retirer son autorisation une fois les conséquences de sa décision réalisées. Le mécanisme est le suivant : lorsqu'elle rend sa décision, l'autorité constate la situation de fait – faits *pertinents* – et y applique les dispositions légales en vigueur. Toutefois, si cette décision, entrée en force, se révèle par la suite entachée d'un vice initial voire postérieur à son prononcé, et peu importe que ce vice soit factuel ou juridique, l'autorité *peut* révoquer sa décision, dans la mesure où l'intérêt à une correcte application du droit objectif prime l'intérêt de la sécurité du droit, respectivement la protection de la confiance suscitée ; affaire de pesée des intérêts ; la balance encore une fois<sup>774</sup>.

---

information, l'autorité ne réagit pas, la partie doit déposer un recours pour déni de justice. Et si ces démarches n'aboutissent pas, la partie peut alors réclamer des dommages et intérêts à l'État (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_218/2018 du 18 décembre 2018 consid. 4.1).

<sup>773</sup> Sur la rétroactivité, voir le Volume 1, Titre III, Chapitre 3, Section 2, pp. 232 ss.

<sup>774</sup> ATF 143 II 1 consid. 5 concernant la révocation d'une autorisation d'établissement octroyée à un étranger. M. X, ressortissant iranien né en 1948, a bénéficié de plusieurs engagements temporaires à Genève, au sein d'une organisation internationale dès 2002. En 2010, il a demandé à l'autorité compétente de pouvoir poursuivre son séjour en Suisse, en compagnie de son épouse. Le 26 août 2011, le Secrétariat d'État a approuvé la délivrance d'une autorisation d'établissement en faveur de l'intéressé et de son épouse. A la suite de cette approbation, l'autorité cantonale compétente a octroyé l'autorisation

### (3) Changement de jurisprudence

Un changement de jurisprudence est licite s'il est justifié, précise le Tribunal fédéral, à savoir si « la nouvelle solution procède d'une meilleure compréhension de la *ratio legis*, repose sur des circonstances de fait modifiées ou répond à l'évolution des conceptions juridiques ; sinon, la pratique en cours doit être maintenue. Un changement doit par conséquent reposer sur des motifs sérieux et objectifs qui, dans l'intérêt de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée comme erronée, ou désormais inadaptée aux circonstances, est ancienne »<sup>775</sup>. Parfois, la Tribunal fédéral précise encore qu'« un changement ne se justifie que lorsque la solution nouvelle procède d'une meilleure compréhension du but de la loi, repose sur des circonstances de fait modifiées, ou répond à l'évolution des conceptions juridiques. Le motif sérieux et objectif d'un changement de jurisprudence peut notamment résulter d'une connaissance plus précise ou complète de la volonté du législateur »<sup>776</sup>.

---

d'établissement requise. Ensuite, le Secrétariat d'État, par décision du 28 octobre 2013, a révoqué l'approbation donnée. M. X., a recouru le 28 novembre 2013. Le Tribunal administratif fédéral, compétent en la matière, a rejeté le recours par arrêt du 8 avril 2016. Le tribunal a considéré que l'intéressé, par son comportement – il aurait déployé des activités illégales de renseignement en faveur de l'État iranien – avait mis en danger la sécurité et l'ordre publics en Suisse et que, par conséquent, la révocation de l'approbation de l'octroi de l'autorisation d'établissement constituait une mesure proportionnée. M. X a saisi le Tribunal fédéral. Les juges de Mon Repos ont rappelé l'existence de « principes généraux » qui permettent de révoquer une décision déjà adoptée. A ce sujet, le Tribunal fédéral a souligné qu'« [a]u moment de rendre sa décision, l'autorité détermine la situation de fait et y applique les dispositions légales en vigueur. Lorsque, par la suite, cette décision, qui est entrée en force, se révèle affectée d'une irrégularité initiale ou subséquente à son prononcé, que cette irrégularité soit de fait ou de droit, l'autorité a la possibilité de révoquer sa décision, dans la mesure où l'intérêt à une correcte application du droit objectif l'emporte sur l'intérêt de la sécurité du droit, respectivement à la protection de la confiance. Dans le cas contraire, il n'est en principe pas possible de révoquer la décision en cause. Cela est par exemple le cas lorsque la décision administrative fonde un droit subjectif, que la procédure qui a mené à son prononcé a déjà mis en balance les intérêts précités ou que le justiciable a déjà fait usage du droit que lui a conféré la décision. Cette règle n'est toutefois pas absolue et une révocation est également possible dans ces cas, lorsqu'un intérêt public particulièrement important l'impose » (consid. 5.1). Notre Cour suprême a ensuite utilisé ces préceptes pour statuer sur le cas d'espèce – « En l'occurrence... » (consid. 5.2) –, parvenant à la conclusion que le Secrétariat d'État ne pouvait pas révoquer son approbation. Le recours de M. X a donc été admis.

<sup>775</sup> ATF 145 I 227 consid. 4.

<sup>776</sup> ATF 146 IV 126 consid. 3.

Un tel changement a, en principe, un effet rétroactif<sup>777</sup>, parce que ce changement – comme toute nouvelle jurisprudence – « s'applique immédiatement et vaut pour les cas futurs, ainsi que pour les affaires pendantes devant un tribunal au moment de l'adoption de la nouveauté ou du changement (*ex nunc et pro futuro*) »<sup>778</sup>. Cela signifie que *tout* tribunal, dès le prononcé de la décision du Tribunal fédéral comportant un changement de jurisprudence, devra *immédiatement* la suivre et s'y référer pour trancher le cas qui lui est soumis.

La pratique reconnaît trois atténuations à ce principe de rétroactivité sur la base du principe de la bonne foi :

1. S'il y a un risque de perte d'un droit suite au changement de jurisprudence, le Tribunal fédéral *annonce* le changement, qui interviendra dans un cas ultérieur (*obiter dictum*)<sup>779</sup> ;
2. Le Tribunal fédéral peut avertir les parties au procès afin de permettre une adaptation en cours d'instruction<sup>780</sup> ;

---

<sup>777</sup> Voir également Volume 1, Titre III, Chapitre 3, Section 2, Sous-section 4, § 3, pp. 249 ss.

<sup>778</sup> ATF 140 V 154 consid. 6.3.2.

<sup>779</sup> La figure méthodologique de l'*obiter dictum* a déjà été abordée (voir Volume 1, Titre III, Chapitre 3, Section 2, Sous-section 4, § 3, p. 250). A titre d'exemple, voir l'ATF 116 II 493 dans lequel le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence concernant la recevabilité du recours contre la fixation d'une pension alimentaire en faveur des enfants. Auparavant, le Tribunal fédéral considérait que l'obligation alimentaire était une partie nécessaire du jugement de divorce et n'était donc pas un litige de droit civil de nature patrimoniale (il y avait une exception si – dès le début de la procédure – seul le montant de la contribution alimentaire était litigieuse ; il s'agissait alors d'une contestation patrimoniale), le recours étant donc recevable indépendamment de la valeur litigieuse. Avec cet arrêt, notre Haute Cour, en changeant sa jurisprudence, a établi que lorsque la contribution d'entretien en faveur des enfants demeure seule litigieuse devant le Tribunal fédéral, il s'agit d'une contestation de nature pécuniaire, la recevabilité du recours dépendant dès lors de la valeur litigieuse. Toutefois, « *Bei diesem Ergebnis erweist sich die Berufung des Klägers an sich als unzulässig. Im vorliegenden Fall ist indes eine Ausnahme zu machen, da sich der Kläger gestützt auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts nach Treu und Glauben darauf verlassen durfte, mit der Berufung ein zulässiges Rechtsmittel ergriffen zu haben. Einem Eintreten auf die Berufung steht insoweit somit nichts entgegen* » (consid. 2b, nous soulignons).

<sup>780</sup> Le 14 janvier 2008 – ATF 134 III 151 – le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence relative à l'art. 84 al. 2 CO (qui dispose que « si la dette est exprimée dans une monnaie qui n'est pas la monnaie du pays du lieu de paiement, elle peut être acquittée en monnaie du pays au cours du jour de l'échéance, à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été stipulée par les mots "valeur effective" ou par quelque autre

3. Le Tribunal fédéral peut également renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure pour nouvelle décision. Il offre donc une nouvelle procédure de recours aux parties<sup>781</sup>.

---

complément analogue »), indiquant que si la dette est exprimée dans une monnaie étrangère, le débiteur a simplement la faculté et non l'obligation de l'acquitter en monnaie du pays (consid. 2.2) et que, à l'occasion d'une procédure tendant à faire reconnaître l'existence d'une créance libellée en monnaie étrangère, le tribunal *ne peut prononcer* une condamnation pécuniaire *que* dans cette monnaie-là (consid. 2.5 et 2.6). Cela signifie que si le créancier, ayant stipulé avec son débiteur l'exécution d'une dette en monnaie étrangère – en euro, par exemple –, avait ouvert action en réclamant des francs suisses – comme la pratique le tolérait jusqu'à cette précision de jurisprudence –, il aurait vu son action rejetée suite à cette nouvelle jurisprudence. Certains tribunaux cantonaux ont dès lors informé les parties – à des procédures pendantes – de ce changement de jurisprudence et leur ont demandé de se déterminer. Voir à titre d'exemple l'arrêt de la deuxième Chambre civile du Tribunal d'appel tessinois, affaire n°12.2008.193 du 28 janvier 2011, consid. 7, dans lequel on peut lire que « *con ordinanza 2 marzo 2010 il vice presidente di questa Camera, rilevato che in concreto si poneva il problema dell'applicazione dell'art. 84 CO perché il litigio verteva sul risarcimento di somme versate in Lire italiane, rispettivamente in £ ed entrambe le parti chiedevano il pagamento di franchi svizzeri, ha assegnato alle parti un termine di 30 giorni per prendere posizione sull'applicazione dell'art. 84 CO alla questione litigiosa* » [par ordonnance du 2 mars 2010, le vice-président de cette Chambre, constatant que le cas concret était concerné par le problème de l'application de l'art. 84 CO puisque le litige portait sur le remboursement de sommes versées en lires italiennes, respectivement en livres sterling, et que les deux parties demandaient leur paiement en francs suisses, a donné aux parties un délai de 30 jours pour se prononcer sur l'application de l'art. 84 CO à la question litigieuse].

<sup>781</sup> Voir, à titre d'exemple, l'ATF 108 II 503 concernant l'ancien droit du divorce. Selon l'art. 142 al. 2 aCC, chacun des époux pouvait demander le divorce lorsque le lien conjugal était si profondément atteint que la continuation de la vie commune ne pouvait plus être raisonnablement exigée des époux. L'art. 142 al. 2 aCC instaurait une limite au divorce fondé sur la rupture du lien conjugal, pour le cas où la désunion était due à la faute prépondérante de l'un des époux : le conjoint non coupable ou moins coupable bénéficiait d'un droit d'opposition. M. H. et Mme R. se sont mariés le 29 octobre 1951. M. H. a rencontré une autre femme, avec laquelle il vivait depuis début 1964. Le 6 décembre 1966, l'époux a déposé une première demande en divorce, à laquelle l'épouse s'est opposée. Le tribunal a rejeté la demande le 6 décembre 1966. En 1981 le mari a ouvert une seconde action. Le tribunal l'a admise nonobstant l'opposition de la femme, opposition considérée comme abusive. Le 7 mai 1982, le tribunal cantonal a admis le recours de Mme R. et a rejeté la demande en divorce, l'opposition soulevée par l'épouse ne constituant pas un abus manifeste de droit. L'époux a alors recouru au Tribunal fédéral. Notre Haute Cour a constaté l'existence d'une jurisprudence qui a conduit à des applications concrètes divergentes parce qu'elle n'indiquait pas de critères fermement définis selon lesquels il serait possible de répondre dans des cas individuels à la question de savoir dans quelles circonstances l'invocation de l'art. 142 al. 2 aCC devait apparaître comme un abus manifeste de droit. Le Tribunal fédéral a également

Concernant les changements de jurisprudence, il sied de rappeler que l'avocat engage sa responsabilité professionnelle s'il ne connaît pas une décision publiée au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral. Cette publication constitue le moment à partir duquel un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence<sup>782</sup>.

§ 2. *Bonne foi en rapport avec la confiance que le justiciable peut avoir en l'information officielle*

Nous donnerons quelques cas de figure, esquissant simplement la problématique citée en marge.

Exemple 1 : Lorsqu'une autorité compétente donne une indication erronée, le justiciable qui, de bonne foi, s'y est fié ne doit en principe en subir aucun préjudice. Il peut se prévaloir de la protection de la bonne foi si les conditions cumulatives suivantes, arrêtées par voie jurisprudentielle, sont réunies<sup>783</sup> :

1. il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ;

---

souligné que « la présente affaire » – celle qui lui a été soumise et qui a conduit à la nouvelle jurisprudence – témoigne des difficultés rencontrées par les autorités cantonales eu égard à l'absence de critères précis. En effet, dans cette affaire – relève le Tribunal fédéral – le tribunal de première instance a considéré l'opposition de Mme R. au divorce comme un abus manifeste de droit par rapport à la jurisprudence du Tribunal fédéral, alors que la juridiction supérieure a admis le recours de Mme R, fondé sur l'art. 142 al. 2 aCC également au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dès lors, pour résoudre ces difficultés de délimitation, le Tribunal fédéral a décidé de développer des critères objectifs pour savoir quand l'invocation de l'art. 142 al. 2 aCC devait être considérée comme abusive. Il a par conséquent considéré, notamment, qu'après 15 ans de séparation des époux, il faut partir du principe qu'il n'y a plus d'intérêt au maintien du mariage (consid. 3). Dans le cas concret, les époux ayant vécu séparés pendant plus que 15 ans, le Tribunal fédéral a alors admis le recours de M. H. et renvoyé l'affaire à l'instance précédente pour nouveau jugement. « *Doch ist es Sache der Vorinstanz, die Beweisanträge entgegenzunehmen und die entsprechenden Tatsachen festzustellen. Je nach Ausgang der Beweiswürdigung wird die Vorinstanz die Scheidung mit den Nebenfolgen auszusprechen oder die Scheidungsklage abzuweisen haben* » et par conséquent, bien que modifiant sa jurisprudence « *Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.* » (consid. 4).

<sup>782</sup> ATF 134 III 534.

<sup>783</sup> ATF 141 V 530 consid. 6.2. Voir également ATF 124 II 265 consid. 4a, qui précise que le principe de la bonne foi peut également imposer la restitution d'un délai de péremption lorsque l'administration a, par son seul comportement, fait croire à l'administré que le dépôt formel d'une demande n'était pas nécessaire.

2. qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence ;
3. que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ;
4. qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice ; et
5. que la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné.

Exemple 2 : Dans le même ordre d'idées, lorsqu'un texte de loi n'est pas clair, l'interprétation de bonne foi de l'administré est protégée<sup>784</sup>.

Exemple 3 : L'administré ne sera pas toujours protégé, même concernant une indication erronée ou la compréhension d'un texte ambigu. En effet, concernant l'indication inexacte des voies de droit, l'administré ne doit subir aucun préjudice<sup>785</sup>. Cependant, il n'y aura pas de protection si la partie « s'est aperçue de l'erreur, ou aurait dû s'en apercevoir en prêtant l'attention commandée par les circonstances. Seule une négligence procédurale grossière peut faire échec à la protection de la bonne foi. Celle-ci cesse uniquement si une partie ou son avocat aurait pu se rendre compte de l'inexactitude de l'indication des voies de droit en lisant simplement la législation applicable. En revanche, il n'est pas attendu d'eux qu'outre les textes de loi, ils consultent encore la jurisprudence ou la doctrine y relatives. Déterminer si la négligence commise est grossière s'apprécie selon les circonstances concrètes et les connaissances juridiques de la personne en cause. Les exigences envers les avocats sont naturellement plus élevées : on attend dans tous les cas de ces derniers qu'ils procèdent à un contrôle sommaire (« *Grobkontrolle* ») des indications sur la voie de droit »<sup>786</sup>.

### § 3. *Bonne foi en rapport avec la protection contre le cas fortuit ou la force majeure*

Illustrons cette protection par deux exemples.

Exemple 1 : Une personne s'absente à l'étranger et ne prend aucune disposition pour faire suivre son courrier. Une fois arrivée à l'étranger, elle

<sup>784</sup> ATF 117 Ia 119 consid. 3c, qui prévoit que le justiciable ne doit pas pâtir d'une réglementation légale peu claire ou contradictoire des voies de droit.

<sup>785</sup> ATF 117 Ia 297 consid. 2.

<sup>786</sup> ATF 138 I 49 consid. 8.3.2.

subit un accident et doit être hospitalisée. Simultanément, elle reçoit à son domicile un courrier de la part d'une autorité lui impartissant un certain délai pour agir en droit. Si l'administré ne savait ni ne devait s'attendre à l'arrivée d'un tel courrier de l'autorité, sa bonne foi sera protégée et il pourra bénéficier d'une restitution du délai<sup>787</sup>.

Exemple 2 : Si, en revanche, une personne s'absente à l'étranger sachant ou devant savoir qu'elle recevrait une communication officielle de la part de l'administration et ne prend pas les mesures idoines pour éviter l'expiration du délai, sa bonne foi ne sera pas protégée<sup>788</sup>.

#### § 4. *Bonne foi en rapport avec le droit d'être entendu*

Le droit d'être entendu est un droit fondamental du justiciable, consubstantiel à tout État de droit véritable et à ce titre, consacré par la Constitution<sup>789</sup>. Il est l'une des incarnations les plus importantes et les plus édifiantes de la bonne foi en droit public

Ce droit implique que l'administré doit pouvoir s'exprimer<sup>790</sup> sur les éléments pertinents d'une affaire avant qu'une décision affectant sa situation juridique ne soit prise. A suivre la jurisprudence, il se compose des éléments suivants<sup>791</sup> :

1. le droit de consulter le dossier ;
2. le droit de produire des preuves pertinentes ;

---

<sup>787</sup> ATF 108 V 109 consid. 2c. Voir art. 148 CPC : « <sup>1</sup> Le tribunal peut accorder un délai supplémentaire ou citer les parties à une nouvelle audience lorsque la partie défaillante en fait la requête et rend vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère ; <sup>2</sup> La requête est présentée dans les dix jours qui suivent celui où la cause du défaut a disparu » ; art. 24 al. 1 PA « Si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé, celui-ci est restitué pour autant que, dans les trente jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, le requérant ou son mandataire ait déposé une demande motivée de restitution et ait accompli l'acte omis ; [...] ».

<sup>788</sup> JdT 1992 III 62 consid. 3. Voir aussi : ATF 141 II 429 ; ATF 143 I 284.

<sup>789</sup> Art. 29 al. 2 Cst.

<sup>790</sup> En principe, le droit d'être entendu ne comprend pas le droit de s'exprimer oralement au tribunal : ATF 142 III 360 consid. 4.1.1. Dans des circonstances spécifiques, il est possible d'inférer de l'art. 6 §1 CEDH un droit d'être entendu personnellement et oralement par le tribunal : ATF 142 I 188 consid. 3 ; ATF 140 I 68 consid. 9.

<sup>791</sup> ATF 145 I 167 consid. 4.1.

3. le droit d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes<sup>792</sup> ;
4. le droit de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre ;
5. le droit de recevoir une décision motivée<sup>793</sup> ;

---

<sup>792</sup> L'autorité peut également procéder à une appréciation anticipée des preuves dans la mesure où elle estime que les preuves déjà administrées lui permettent de fonder sa conviction : ATF 145 I 167 consid. 4.1. Voir également : ATF 135 V 215 consid. 3.2 : « Enfin, compte tenu de l'ensemble des avis médicaux qui ne laisse apparaître aucun indice en faveur d'une péjoration de l'état de santé et suffit pour se forger une conviction, il n'y a pas lieu d'ordonner une nouvelle expertise pluridisciplinaire sollicitée par la recourante (sur l'appréciation anticipée des preuves [...]), ». Voir pour un cas dans lequel le Tribunal fédéral a admis un exercice fautif de l'appréciation anticipée des preuves : arrêt 8C\_159/2018 du 17 décembre 2018. Dans cet arrêt, l'autorité cantonale, par une appréciation anticipée des preuves, n'avait pas considéré nécessaires les auditions de témoins requises par une partie. L'autorité avait motivé son refus arguant que les déclarations des parties, leurs écritures ainsi que les pièces au dossier permettaient de se prononcer en toute connaissance de cause. Le Tribunal fédéral, saisi par la partie concernée, a considéré que la formulation générique et générale utilisée par l'autorité cantonale ne permettait pas de comprendre pourquoi les témoignages requis avaient été écartés et en quoi ils ne pouvaient pas avoir d'incidence sur l'issue de litige. L'appréciation anticipée des preuves était dès lors arbitraire et, par conséquent, le droit d'être entendu de la partie recourante avait été violé (consid. 3.3). Ou l'ATF 138 IV 142 consid. 2.4 pour un autre cas d'exercice fautif de l'appréciation anticipée des preuves : « Il ressort aussi de la décision de classement que le procureur a écarté pas moins de 17 offres de preuves (notamment des expertises sur le dispositif mis en place et sur l'engagement de l'arme, une détermination de la chronologie des faits et une expertise balistique), en détaillant les motifs de ces refus, fondés sur une appréciation anticipée. Compte tenu de ces refus d'instruire, des motifs retenus dans l'ordonnance de classement et des déclarations faites ultérieurement, la partie plaignante pouvait à juste titre se plaindre d'une apparence de prévention dans la perspective d'un éventuel complément d'instruction. Le recours doit dès lors être admis pour ce motif ».

<sup>793</sup> ATF 144 I 318 consid. 6.7 ; parfois il faut la demander : art. 239 CPC (qui prévoit que « <sup>1</sup> Le tribunal peut communiquer la décision aux parties sans motivation écrite : a. à l'audience, par la remise du dispositif écrit accompagné d'une motivation orale sommaire ; b. en notifiant le dispositif écrit. <sup>2</sup> Une motivation écrite est remise aux parties, si l'une d'elles le demande dans un délai de dix jours à compter de la communication de la décision. Si la motivation n'est pas demandée, les parties sont considérées avoir renoncé à l'appel ou au recours. <sup>3</sup> Les dispositions de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral concernant la notification des décisions pouvant faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral sont réservées ». (Voir aussi : ATF 142 III 695 dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que le tribunal d'appel peut d'abord envoyer un dispositif et motiver ultérieurement la décision (motivation qui doit

6. le droit de se déterminer sur tout argument nouveau<sup>794</sup>.

Ce droit d'être entendu, contrairement à sa dénomination reçue par trop littéralement, n'est pas nécessairement exercé oralement, mais peut être garanti par une procédure écrite<sup>795</sup>. Serait-ce, plus finement, le droit d'être *compris* dans ses déterminations, selon son acception classique audible encore dans « entendement », n'impliquant évidemment pas le devoir d'être suivi en celles-ci par l'autorité.

§ 5. *Bonne foi en procédure*

L'art. 52 CPC – concrétisation de l'art. 2 al. 1 CC – prévoit que « Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi »<sup>796</sup>. Sont visées tant les parties que le juge. L'art. 52 CPC prohibe les comportements contradictoires dans le procès et interdit aux parties, notamment, de garder des moyens de défense en réserve en vue de les soulever en appel si le jugement se révèle défavorable.

En bonne méthodologie, un exemple à la pratique emprunté parlera avec plus de netteté. X et Y ont ouvert action contre C. SA en lui demandant le remboursement de CHF 259'000.- Le tribunal de première instance leur donna raison. C. SA a fait appel devant l'autorité cantonale en demandant l'administration de plusieurs preuves. Dans leur réponse, X et Y se sont opposés à toutes les demandes de preuve. La Cour cantonale, même si elle a rejeté les requêtes probatoires proposées par la société, a partiellement admis l'appel et a réduit le montant à payer par C. SA à CHF 9'500.- X et Y ont recouru au Tribunal fédéral en se plaignant, entre autres, de ce que l'autorité cantonale n'a pas donné suite aux requêtes de preuve (soumises par C. SA,

---

intervenir d'office sans à être demandée). Une fois rendu le dispositif, le juge est dessaisi de la cause et il ne peut plus le modifier.

<sup>794</sup> ATF 116 Ia 455 consid. 3.

<sup>795</sup> ATF 122 II 464 consid. 4c. Toutefois, le droit d'être entendu oralement vaut pour les procédures judiciaires régies par l'art. 6 par. 1 CEDH : ATF 140 I 68 consid. 9.2 ; Voir aussi notamment les art. 447 et 450e al. 4 CC qui prévoient un droit d'être entendu *personnel* (ATF 139 III 257 consid. 4). Pour qui entend encore derrière l'expression « être entendu » la référence à l'entendement, partant de « voir » sa cause comprise (un voir qui s'avère aussi de l'ordre de l'entendement [la *theoria* de Platon]), comprise étant nullement admise, la référence à la littéralité s'éprouvera, à raison (encore l'entendement) forcée.

<sup>796</sup> « *Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln* » en allemand et « *Tutte le persone che partecipano al procedimento devono comportarsi secondo buona fede* » en italien.

auxquelles X et Y s'étaient opposés). Le Tribunal fédéral a considéré ce comportement contraire à l'art 52 CPC : ayant contesté les demandes de preuves, les recourants, par conséquent, ne peuvent plus se plaindre que le tribunal cantonal leur a donné raison et les a toutes rejetées<sup>797</sup>. En effet, comme l'a déjà indiqué le Tribunal fédéral, « En vertu du principe de la bonne foi applicable en procédure (art. 52 CPC), l'instance d'appel peut aussi refuser d'administrer un moyen de preuve régulièrement offert en première instance lorsque la partie a renoncé à son administration, notamment en ne s'opposant pas à la clôture de la procédure probatoire »<sup>798</sup>.

§ 6. *Bonne foi en rapport avec un acte d'abus de pouvoir de l'autorité*

Illustrons le lien entre la bonne foi et l'abus de pouvoir par un exemple, selon la démarche inductive.

Le 4 avril 1984, Mme A. a donné naissance à une fille, S. La mère a consenti à l'adoption de sa fille. Les autorités concernées ont décidé, le 5 juillet 1984, de ne pas obtenir le consentement du père (biologique) à l'adoption conformément à l'article 265c ch. 1 aCC (qui disposait qu'il pouvait être fait abstraction du consentement d'un des parents, lorsqu'il est inconnu, absent depuis longtemps sans résidence connue ou incapable de discernement de manière durable), étant donné qu'il n'y avait pas de lien de filiation établi avec lui. Le 26 mars 1985, l'autorité concernée a été informée que M. B., avait reconnu la fille S. comme étant son enfant le 21 mars 1985. Le 25 octobre 1985, M. B. a saisi les autorités compétentes contre la décision du 5 juillet 1984. Le plaignant a demandé qu'il soit constaté qu'il était le père juridique de S, que la procédure d'adoption soit suspendue, affirmant qu'elle ne pouvait avoir lieu sans son consentement. Les autorités cantonales ont rejeté l'action du père, qui s'est alors adressé au Tribunal fédéral.

Notre Haute Cour a jugé que l'autorité cantonale, qui ne pouvait ignorer l'existence du père naturel et de ses efforts en faveur de l'enfant, aurait dû prendre contact avec lui et lui expliquer que son consentement ne pouvait être requis qu'après l'établissement du lien de filiation avec son enfant. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il y a eu violation des règles de la bonne foi.

<sup>797</sup> L'affaire est reprise de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_275/2016 du 6 mars 2017.

<sup>798</sup> La phrase est reprise de l'ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 (arrêt qui traite de l'administration des preuves en appel dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale).

En effet, l'autorité cantonale de recours n'a pas corrigé le procédé contraire à la bonne foi de l'autorité inférieure qui n'a pas tenu compte des circonstances particulières de l'espèce, à savoir les efforts faits par le père pour nouer des contacts avec sa fille<sup>799</sup>.

## **Section 6. La bonne foi en droit privé des art. 2 et 3 CC**

### **Sous-section 1. Remarques liminaires. Ou l'esprit général de la bonne foi selon les art. 2 et 3 CC**

Le siège de la matière se répartit entre les art. 2 et 3 CC. Le principe de la bonne foi en droit privé se subdivise en effet en bonne foi *objective* (art. 2 CC) et bonne foi *subjective* (art. 3 CC).

Les formulations dans les trois langues officielles sont édifiantes.

L'art. 2 CC est libellé comme suit :

*B. Etendue des droits  
civils*

*B. Limiti dei rapporti  
giuridici*

*B. Inhalt der  
Rechtsverhältnisse*

*I. Devoirs généraux*

*I. Osservanza della  
buona fede*

*I. Handeln nach Treu und  
Glauben*

<sup>1</sup> *Chacun est tenu  
d'exercer ses droits  
et d'exécuter ses  
obligations selon les  
règles de la bonne  
foi.*

<sup>1</sup> *Ognuno è tenuto ad  
agire secondo la buona  
fede così nell'esercizio  
dei propri diritti come  
nell'adempimento dei  
propri obblighi.*

<sup>1</sup> *Jedermann hat in der  
Ausübung seiner Rechte  
und in der Erfüllung  
seiner Pflichten nach  
Treu und Glauben zu  
handeln.*

---

<sup>799</sup> ATF 113 Ia 271 consid. 5 et 7b.



« con-fiance » signifiant bien *avec* (« *cum* ») *foi* (« *fido, fidere* », se fier), doublant « Glaube », disant donc aussi la foi bonne, la « bonne foi ».

Le texte allemand, comme la version italienne, rend en revanche mieux compte de la nature du droit, à savoir une *relation, das Verhältnis, un rapport* (à autrui), *rapporti* en italien (*rapporto-rapporti*) ; qu'en ce sens des limites sont inhérentes (les droits ne sont jamais *absolus*).

La bonne foi a une portée générale en droit privé, comme l'indiquent en toute netteté la note marginale française, la situation des art. 2 et 3 dans le *Titre préliminaire* et, au sein même de ce Titre, les deuxième et troisième rangs, juste après l'article consacré à la *Rechtsanwendung* (du point de vue de ses sources et de ses voies d'interprétation).

L'art. 3 CC connaît les formulations suivantes :

*B. Etendue des droits  
civils*

*B. Limiti dei rapporti  
giuridici*

*B. Inhalt der  
Rechtsverhältnisse*

*II. Bonne foi*

*II. Effetti della buona  
fede*

*I. Guter Glaube*

<sup>1</sup> *La bonne foi est  
présumée, lorsque la  
loi en fait dépendre la*

<sup>1</sup> *Quando la legge fa  
dipendere un effetto  
giuridico dalla buona*

<sup>1</sup> *Wo das Gesetz eine  
Rechtswirkung an den  
guten Glauben einer  
Person geknüpft hat, ist*

---

primaires du New Hampshire qui avaient vu la victoire d'Hillary Clinton. Les passages topiques du discours – dominé par le « *we* » – sont les suivants : « *It was a creed written into the founding documents that declared the destiny of a nation: yes, we can. It was whispered by slaves and abolitionists as they blazed a trail towards freedom through the darkest of nights: yes, we can. Yes, we can, to opportunity and prosperity. Yes, we can heal this nation. Yes, we can repair this world. Yes, we can. And, together, we will begin the next great chapter in the American story, with three words that will ring from coast to coast, from sea to shining sea: yes, we can.* » (le texte peut être consulté sur le site : <https://www.nytimes.com/2008/01/08/us/politics/08text-obama.html>, dernier accès le 31 janvier 2021). De plus, la phrase de Barack Obama rappelle une chanson propre aux esclaves, tandis que la version italienne rappelle plutôt au quidam la phrase prononcée par Mel Brooks dans le film « *Frankenstein Junior* » de 1974. Le « *Si può fare* » de la version italienne était le « *it could work* » de l'original anglais. Sur l'impact des métaphores et la confrontation des discours, voir parmi d'autres : G. CAROFIGLIO, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Laterza, Rome-Bari, 2015, pp. 37 ss.

*naissance ou les effets d'un droit.*     *fede di una persona, la buona fede si presume.*     *dessen Dasein zu vermuten.*

<sup>2</sup> *Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui.*     <sup>2</sup> *Nessuno può invocare la propria buona fede quando questa sia incompatibile con l'attenzione che le circostanze permettevano di esigere da lui.*     <sup>2</sup> *Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen.*

Les notes marginales évoquent la notion de « bonne foi » sans autre précision. L'art. 2 CC vise les comportements, les actions de tout un chacun, qui doivent respecter la bonne foi, tandis que l'art. 3 CC met l'accent sur la *subjectivité* d'une certaine personne (einer Person, une persona), comme le suggère l'adjectif – « *guter* » – qui précise le substantif croyance, foi. Ici, la croyance est non seulement bonne, mais aussi « préférable » *par rapport* à celle d'une autre personne. L'art. 3 CC présente en effet la croyance d'une personne comme préférable à celle d'autrui dans une situation précise, à savoir lorsque la loi fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit de la « bonne foi ».

En synthèse de l'esprit général de la bonne foi des articles 2 et 3 CC, analysant les trois premiers articles du Titre préliminaire du Code civil dans une perspective systématique, nous pouvons esquisser selon une saine pédagogie législative un mouvement général d'entrée dans la méthodologie du droit privé « texte(s) en main ». L'art. 1 CC permet de connaître les voies indiquant si une personne est bénéficiaire d'un droit ou débitrice d'une obligation. L'art. 2 CC précise comment le droit ou le devoir doit être exercé du point de l'esprit de l'ordre juridique suisse. L'art. 3 CC prend en charge un type de situations particulières, celles dans lesquelles la croyance d'une personne mérite une protection accrue.

Le Tribunal fédéral a encore une fois rappelé cette dernière distinction, à la manière d'une *summa divisio* « des bonnes fois » en droit privé dans un arrêt du 20 novembre 2017, d'excellente facture méthodologique : « Il ne faut pas confondre la bonne foi de l'art. 3 CC (*guter Glaube*) avec les règles de la bonne foi de l'art. 2 al. 1 CC (*Handeln nach Treu und Glauben*). La bonne foi de l'art. 3 CC suppose d'apprécier la situation d'une personne agissant en présence

d'une irrégularité juridique, alors que les règles de la bonne foi de l'art. 2 al. 1 CC supposent de déterminer quelle attitude loyale est exigée de chaque personne qui est en relation juridique avec une autre, la loyauté étant appréciée de façon objective, du point de vue d'un tiers, l'impression subjective de « bien faire » important peu »<sup>802</sup>.

## Sous-section 2. La bonne foi *objective* (*Treu und Glaube*) : art. 2 CC

### § 1. Généralités

L'art. 2 CC consacre un devoir général – comme nous l'avons vu à l'examen de la note marginale – d'honnêteté et de correction encadrant et irriguant l'exercice de tout droit subjectif, et même de tout comportement juridique.

La bonne foi est dite *objective* à l'al. 1 pour deux raisons au moins :

1. Elle concerne indistinctement tout sujet de droit, quel qu'il soit – « chacun » – dans n'importe quelle situation juridique (privée) – « ses droits [...] ses obligations » ;
2. Elle fournit aux autorités en charge de l'application du droit (privé), les autorités judiciaires tout particulièrement, l'« esprit » dans lequel il sied de comprendre les actions et autres manifestations de volonté des sujets privés : « selon les règles de la bonne foi », une formule vague, « flottante », à tout le moins « ouverte », *open texture*<sup>803</sup>, laissant un très large pouvoir d'interprétation au juge.

L'art. 2 al. 2 concerne aussi la bonne foi objective, puisqu'il vise indistinctement les conséquences de l'abus de son droit par toute personne juridique (« celui qui »)<sup>804</sup>, tout en indiquant au juge comment « corriger » les effets déployés par une règle juridique (souvent une disposition légale) dont le but a été détourné de manière « manifeste » ; une intention qui se reconnaît

---

<sup>802</sup> ATF 143 III 653 consid. 4.3.3.

<sup>803</sup> Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 1, Section 5, Sous-section 1, pp. 53 ss.

<sup>804</sup> Voir la formulation proposée par le Conseil fédéral en 1904 : Art. 3 al. 2 P-CC: « Celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale » : FF 1904 IV 1, p. 99).

généralement par une entorse à son usage habituel, à son application « standard »<sup>805</sup>.

Point n'est besoin d'une volonté de nuire de la part de l'auteur de l'abus de droit, un manque d'intérêt légitime à faire valoir son droit dans les circonstances particulières du cas suffit.

Les deux alinéas de l'art. 2 CC procèdent d'un même esprit, d'une même démarche, mais n'ont pas la même portée. L'al. 1 contribue à la détermination des conséquences correctes<sup>806</sup> du droit dans son exercice : seront jugées telles celles qui consonnent avec les règles de la bonne foi. L'al. 2 permet de paralyser l'application d'une règle juridique dans ses effets, lorsqu'elle est détournée de son but, lorsque son utilisation formelle, tout en respectant la « lettre », contredit son but, dévoie l'esprit que le législateur et la pratique lui reconnaissent, constituant ainsi un abus manifeste.

En théorie, la distinction des deux alinéas paraît claire : user vs abuser, plus précisément, abuser manifestement. Dans la pratique, la limite devient floue, poreuse même. L'appréciation du juge sera souvent décisive, comme pour tout principe général qui n'existe qu'à la faveur de ses applications : seul le « *in casu* » permet d'en mesurer la portée exacte, d'en « désambigüiser » le sens<sup>807</sup>.

## § 2. *L'art. 2 al. 1 CC*

D'après le Tribunal fédéral, les « règles de la bonne foi » auxquelles sont subordonnés l'exercice des droits et l'exécution des obligations – selon la formulation de l'art 2 al. 1 CC –, requièrent de « déterminer quelle attitude loyale est exigée de chaque personne qui est en relation juridique avec une autre, la loyauté étant appréciée de façon objective, du point de vue d'un tiers, l'impression subjective de « bien faire » important peu »<sup>808</sup>. Cette attitude est transposable à tous les domaines du droit<sup>809</sup>.

<sup>805</sup> Analogue scientifique du « plus fréquent » d'Aristote (Voir Volume 1, Titre II, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, pp. 66 ss.).

<sup>806</sup> En le substantif *correction* résonne la parenté d'esprit de justesse et de justice qui partagent une commune étymologie.

<sup>807</sup> Voir *supra* Titre VI, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1.

<sup>808</sup> ATF 143 III 653 consid. 4.3.3.

<sup>809</sup> ATF 143 III 578 consid. 3.2.2.1.

La nécessité d'une relation juridique, qu'elle découle d'une disposition légale, d'un acte juridique ou d'une relation juridique spéciale<sup>810</sup>, exclut la possibilité d'invoquer en justice la bonne foi seule puisque ce principe général se contente d'indiquer la « bonne mesure » du déploiement de la relation juridique en question. Autrement dit, le devoir général prévu à l'art. 2 al. 1 CC ne constitue pas une obligation valant par elle-même et pour elle-même. Il n'existe pas – au sens juridique – d'obligation légale générale d'être de bonne foi, dont la violation constituerait en soi un acte illicite.

La bonne foi objective est toujours invocable comme argument, mais elle n'est pas *justiciable* comme telle. Elle ne peut par conséquent pas constituer à elle-

---

<sup>810</sup> « *Rechtliche Sonderverbindung* », qui a permis à la jurisprudence fédérale de créer la figure juridique de la responsabilité fondée sur la confiance. Ainsi, du cas porté devant le Tribunal fédéral par un recours du 3 juin 2015 (ATF 142 III 84) : une société de certification a délivré un certificat ISO à un intermédiaire financier, en indiquant notamment que le système de gestion de la qualité répondait aux exigences des normes SN EN ISO 9001:2000. L'intermédiaire financier est ensuite tombé en faillite. Un client de l'intermédiaire failli, qui n'a pas pu récupérer l'argent qu'il avait confié à l'intermédiaire, a ouvert action contre la société de certification en arguant qu'elle n'aurait pas dû délivrer le certificat, parce que l'intermédiaire ne remplissait pas les conditions nécessaires pour son obtention. Le client estimait que le certificat avait permis à l'intermédiaire financier d'obtenir une plus grande quantité d'avoirs sous gestion. Le client a alors demandé, sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance, que la société lui verse CHF 15'704'398.- à titre de dommages-intérêts. Les tribunaux cantonaux ont rejeté la demande. Le Tribunal fédéral, saisi de l'affaire, a d'abord évoqué les conditions pour demander un dédommagement basé sur la responsabilité fondée sur la confiance. Entre autres éléments, il faut qu'il y ait une relation juridique spéciale (« *eine rechtliche Sonderverbindung* ») entre demandeur et défendeur. A ce titre, un contact direct entre l'auteur et le lésé n'est pas nécessaire, il suffit que l'auteur ait indiqué qu'il se considérait responsable de l'exactitude de certaines déclarations et que le lésé, en se fondant raisonnablement sur ces déclarations, ait pris des dispositions qui lui ont causé un préjudice (« *Ein unmittelbarer Kontakt zwischen Ansprecher und Schädiger ist dabei nicht zwingend erforderlich; es genügt, dass die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen, und dass der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden gereichten* »: consid. 3.3.). Le Tribunal fédéral a rejeté le recours, parce que la simple délivrance d'un certificat ISO ne suffit pas pour créer une responsabilité fondée sur la confiance. Le Tribunal fédéral a estimé que le client aurait dû plutôt s'en prendre au *contenu* du certificat et prouver en quoi ce contenu a induit en lui une confiance concrète. Autres exemples in: ATF 120 II 65 consid. 8a ; ATF 120 II 331 consid. 5a ; ATF 130 III 345 consid. 2.2 ; ATF 134 III 390 consid. 4.3.2.

seule le fondement d'une décision de justice. Elle vaut motif qui en éclaire et renforce d'autres, plus précis, plus *spéciaux*<sup>811</sup>.

En relation avec une situation réglée par le droit, le principe de la bonne foi indique dans quel esprit les acteurs juridiques doivent se comporter. Plus spécifiquement, il élève au rang de norme juridique la *confiance* qu'un acteur juridique peut nourrir à l'endroit d'autres acteurs juridiques à propos de leur comportement, précisément lors de l'exercice de leurs droits. Sans cette confiance minimale, la vie sociale serait impraticable.

En résumé, doit être protégée la confiance que chacun peut avoir *légitimement* en le comportement de ses semblables. Dans ce « légitimement », on retrouve l'« ethos », les comportements usuels, les manières d'être habituelles, autrement dit la règle du « plus souvent » d'Aristote et donc le fondement éthique (en son sens le plus descriptif, le plus « objectif ») de la bonne foi.

Renouant avec les « ethos », les pratiques, la casuistique s'avère indispensable, dussions-nous nous contenter d'un simple survol, de « moments choisis ».

Un premier exemple, caricatural *prima facie* (et pourtant... allons-nous voir), mêlant sport et chocolat. Davide et Simon adorent le basket NBA. Ils ont acheté les tickets pour « Game 7 » de la finale qui oppose les Los Angeles Lakers aux Boston Celtics. Le match se joue au Staples Center de Los Angeles. Deux jours avant le match, ils rentrent dans un magasin de chocolats tenu par Veronica. Nos amis, très gourmands, achètent plusieurs kilogrammes de chocolat et les dévorent rapidement ; s'ensuit une crise de foie qui les conduit à l'hôpital ; ils manquent ainsi le match. Fâchés à la sortie de l'hôpital, ils souhaitent ouvrir action contre Veronica, car selon eux, elle ne les aurait pas prévenus des risques liés à une consommation trop rapide et gloutonne des chocolats vendus et, partant, elle aurait manqué aux règles de la bonne foi. Qui sourit à cet exemple montre qu'il connaît déjà quelque contour pragmatique de la bonne foi.

Cependant, dans d'autres ordres juridiques, ces exemples sont courants. Le cas de Mme Liebeck contre McDonald's par exemple. Mme Liebeck a acheté un gobelet de café au Mc Drive. Désirant y mettre sucre et lait, elle a essayé d'enlever le couvercle, qui était coincé. Sa voiture ne disposant d'aucun porte-

---

<sup>811</sup> Voir sur la notion de justiciabilité : A. FLÜCKIGER, « Le développement durable en droit constitutionnel suisse » in *Le droit de l'environnement dans la pratique*, 2006, vol. 20, n°. 5, p. 510.

gobelet, elle a serré le gobelet entre ses jambes et a tiré le couvercle avec ses deux mains. Il s'est détaché brusquement, renversant le café brûlant sur elle. Le jugement de première instance a accordé à Mme Liebeck un montant de USD 160'000 à titre de dommages-intérêts, auxquels se sont ajoutés USD 2'700'000 de dommages punitifs<sup>812</sup>. McDonald's a ensuite fait appel et les parties ont trouvé un arrangement.

Apparaît à nouveau, en pleine lumière, le lien entre éthique et droit, le contenu de la bonne foi variant en conséquence d'une société à l'autre, tout en étant un principe général de droit, en cela commun à tous les ordres juridiques.

Au-delà de pareils cas savoureux, voire exotiques, le principe de la bonne foi connaît des implications concrètes, prévisible ou « ordinaires ». L'art. 2 al. 1 CC permet notamment de limiter dans le temps les obligations. Une commune ayant conclu avec une autre commune, par contrat de droit privé, « à titre perpétuel », une convention de fourniture d'eau est en droit de la dénoncer, sans devoir verser d'indemnité, après l'avoir exécutée pendant plus de 63 ans, alors que les investissements effectués par la commune cocontractante ont été amortis depuis plus de 22 ans<sup>813</sup>.

Ou encore, en matière contractuelle, les règles de la bonne foi imposent au débiteur d'exécuter de manière régulière son obligation principale et de réaliser le but assigné à la prestation<sup>814</sup>. Ainsi, d'un acte de vente immobilière prévoyant que la parcelle vendue était « complètement équipée en chemin, eau, égout, plus l'électricité ». L'acheteur débutant les travaux découvre qu'il faut raccorder l'ensemble de ces services aux collecteurs communaux. Le vendeur soutient s'être conformé à la pratique en vertu de laquelle la mention « parcelle complètement équipée » signifie que les raccordements sont à moins de 50 mètres de la limite de la parcelle. L'acheteur ouvre action contre le vendeur et le Tribunal fédéral lui donne raison : le vendeur pouvait *de bonne foi*, partir de l'idée que les travaux de raccordements ne s'étendraient pas au-delà de la

---

<sup>812</sup> Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, New Mexico District Court, August 18, 1994). A lire également le commentaire dans le *Wall Street Journal* du 1<sup>er</sup> septembre 1994 in : [http://masonlec.org/site/rte\\_uploads/files/Cass6\\_How-Hot-Do-You-Like-It.pdf](http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/Cass6_How-Hot-Do-You-Like-It.pdf) (dernier accès le 1<sup>er</sup> février 2021).

<sup>813</sup> ATF 113 II 209 consid. 5. La limitation des contrats « éternels » découle également de l'art. 27 CC : ATF 114 II 159 consid. 2a.

<sup>814</sup> ATF 129 III 604 consid. 4.2.1.

parcelle, puisque l'équipement complet indiqué signifiait bien que les installations se trouvaient sur la parcelle ou à proximité immédiate<sup>815</sup>.

De l'art. 2 CC, sur la base de l'existence d'une relation juridique spéciale, la jurisprudence du Tribunal fédéral a dégagé la notion de *responsabilité fondée sur la confiance*, à savoir le fait d'« imputer une responsabilité déduite des règles de la bonne foi à celui qui a créé une situation de confiance à laquelle une autre personne peut se fier et s'est du reste fiée en réalité »<sup>816</sup>. Cette responsabilité se subdivise en responsabilité précontractuelle (« *culpa in contrahendo* »)<sup>817</sup> et responsabilité pour renseignements inexacts<sup>818</sup>.

Le Tribunal fédéral, dans les arrêts cités<sup>819</sup>, souligne que le sens de la bonne foi s'apprécie en fonction des circonstances concrètes. Toutefois, le juriste ne saurait se contenter d'une pure casuistique, peu conforme à l'esprit du *civil law*, en théorie à tout le moins. Il tentera plutôt de développer des standards *indiquant* (au sens premier de guider, non de déterminer) comment chacun doit se comporter dans telle situation-type pour ne pas manquer à la bonne foi.

---

<sup>815</sup> ATF 104 II 265.

<sup>816</sup> ATF 121 III 350 ; ATF 130 III 345 consid. 2.1 ; ATF 131 III 377 consid. 3 ; ATF 142 III 84 consid. 3.3.

<sup>817</sup> ATF 121 III 350 consid. 6c ; ATF 140 III 200 consid. 5. Aborder des discussions en vue de la conclusion d'un contrat – ouvrir des pourparlers [pour-parler, soit avant tout contrat] – crée déjà une relation juridique – spéciale – entre les partenaires et leur impose des devoirs réciproques (art. 2 CC), à savoir notamment celui de négocier sérieusement, conformément à leurs véritables intentions (ATF 121 III 350 consid. 6c). Durant cette période de négociation, il *doit* être clair pour chaque partie que rien n'est encore acquis. Nul n'est tenu de poursuivre les pourparlers entamés : chacun peut les rompre, *en principe* sans être tenu d'en donner les raisons (ATF 105 II 75 consid. 2a). *Toutefois*, une partie ne peut pas, par une attitude contraire à ses véritables intentions, éveiller chez l'autre l'espoir – illusoire – qu'une affaire sera conclue et l'amener ainsi à prendre des dispositions dans cette vue (ATF 77 II 135 consid. 2a). Ainsi, celui qui ne respecte pas ces obligations résultant des règles de la bonne foi répond dès lors que son attitude a été de quelque manière fautive, qu'il s'agisse de dol ou de négligence, dans les limites tout au moins de la responsabilité qu'il encourt sous l'empire du contrat envisagé par les parties (ATF 101 Ib 422 consid. 4b).

<sup>818</sup> ATF 120 II 331 consid. 5a. Voir également ATF 129 IV 119 consid. 2.3. En effet, « celui qui, disposant de connaissances particulières dans un domaine, accepte de fournir des renseignements ou des conseils hors de tout rapport contractuel doit agir de bonne foi » (ATF 121 III 350 consid. 6c).

<sup>819</sup> Voir par exemple ATF 117 Ia 297 consid. 2 ; ATF 129 II 497 consid. 2.3 ; ATF 140 II 202 consid. 6.2.

Se posera dès lors la question de savoir comment agirait une *personne raisonnable* plongée dans cette situation, comment s’y comporterait le « *bonus pater familias* ». L’intention de nuire ou de tromper n’est dès lors pas nécessaire : il suffit que l’une des parties n’adopte pas une attitude conforme à ce qu’une personne raisonnable peut légitimement attendre d’elle.

De là le constat de méthodologie juridique, plusieurs fois déjà attesté, reconduit à l’occasion de cette brève étude de la bonne foi : nous sommes en présence d’une notion intrinsèquement évolutive et variable, aussi bien entre les personnes et les branches du droit que les ordres juridiques. N’avons-nous pas éprouvé, dès les premiers mouvements de cette *Introduction*, que les fondements mêmes du Droit « flottent » ? Sans que l’édifice juridique n’en soit affecté, pas même menacé. Du bel ouvrage assurément, *ars juris*.

§ 3. *L’art. 2 al. 2 CC : la notion d’abus de droit*

L’esprit général au sein duquel s’exerce la figure méthodologique de l’abus de droit recouvre l’acception la plus généreuse du droit comme *juste, jus* : la bonne mesure, l’équilibre, la limite.

La théorie des droits subjectifs nous ayant fait oublier la présence constitutive d’autrui pour ressort ultime du droit (ce que révélait la Robinsonnade), la notion d’« abus (de droit) » se révèle des plus salutaires pour l’âme du juriste en restaurant cette altérité fondatrice : quelque autrui doit bien souffrir de l’exercice de telle prérogative juridique pour qu’existe un *abus* de droit.

Il sied dès lors d’exposer d’entrée de cause l’humilité juridique sourdant de la notion d’abus de droit, à l’encontre de toute volonté infinie ou de toute conception du droit et de la liberté entées sur le seul *individu*, deux Idées qui ne correspondent à aucune réalité juridique pratique.

Le titulaire d’un droit subjectif peut en user à discrétion, selon la toute théorique liberté infinie, sous deux réserves *fondamentales* savoir qui traduisent le fondement du Droit, son esprit le plus profond, précisément en contradiction avec la volonté individuelle omnipotente<sup>820</sup> :

---

<sup>820</sup> Exprimée endémiquement dans la *doxa* publique par le sacré « droit à », dont la multiplication sans fin, « in-finie » justement, inquiétera ce médecin de l’âme de la cité qu’est – ou devrait être – le juriste. Sur le « droit à » (« droit subjectif » des juristes) et sa confusion avec la liberté, voir sans concession, et sans acrimonie, M. FABRE-MAGNAN, *L’institution de la liberté*, puf, Paris, 2018, *passim*.

1. La loi fixe elle-même les limites<sup>821</sup> ;
2. Lors même que le titulaire semble rester dans les limites légales, la loi sanctionne un comportement manifestement abusif, en ne lui accordant aucune protection juridique.

La teneur allemande de l'art. 2 al. 2 est édifiante : « *der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz* ». Le mot « *Missbrauch* » est composé du préfixe « *miss-* » qui désigne le déviant, l'incorrect, le manquant dans une acception péjorative de surcroît et du substantif « *der Gebrauch* », l'utilisation, l'usage. Nous sommes confrontés à l'usage d'un droit au-delà de sa mesure, exagéré, dénaturé<sup>822</sup>.

Le droit en question est donc détourné de son but, de sa finalité ; où se retrouve la primauté du *telos* dans l'appréhension du phénomène « droit », comme souvent rappelée. Le bénéficiaire du droit, celui en abusant, utilise son droit dans un but autre que celui qui se trouve au fondement, à la base du droit en question, portant ce faisant préjudice au « débiteur » (au sens large), quand bien même ce préjudice ne serait-il pas la finalité de la manœuvre, et *a fortiori* s'il l'est.

Un pouvoir immense est conféré au juge dans la mise en œuvre de la clause générale de l'abus de droit : « la condamnation de l'abus de droit donne au juge le pouvoir de rétablir la justice, lorsque l'application de la loi ou l'exécution d'un contrat (la loi des parties) la bafouerait »<sup>823</sup>. Le Tribunal fédéral leur fait écho : « ce principe [de l'abus manifeste de droit] permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste »<sup>824</sup>. Nous retrouvons ainsi dans une veine aristotélicienne la *justice* au fondement du droit et l'*équité* à son terme pour accomplir pleinement la loi, grâce aux cas, la rendre « par-faite », « faite de part en part », pleinement effective, dût-elle être infléchie dans telle situation singulière, adaptée à l'idiosyncrasie du cas concret.

---

<sup>821</sup> Voir notamment l'art. 737 al. 3 CC : « Le propriétaire grevé ne peut en aucune façon empêcher ou rendre plus incommode l'exercice de la servitude ».

<sup>822</sup> Le latin *abusus* (qui a donné le français « abus » et l'italien « *abuso* ») signifie l'utilisation d'une chose jusqu'à son épuisement (CICÉRON, *Topica*, 17) ; mais signifie aussi l'usage d'une chose dévié de son utilisation première (CICÉRON, *De natura Deorum*, II, 151). Avec la démesure, nous retrouvons l'*hubris* des Grecs, qui couvre de honte celui qui s'y abandonne.

<sup>823</sup> LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 46.

<sup>824</sup> ATF 140 III 583 consid. 3.2.4.

Nous commençons d'intelliger le droit comme *réseau* de connaissances, en rejoignant le début de ce livre. Nous y avons vu que le droit est essentiellement, intrinsèquement, *relation*. Et cette relation, de laquelle naissent droits et obligations, a dans l'exercice des uns et l'exécutions des autres, des limites : les *abus*.

Pour appréhender la limite, il faut au préalable la caractériser. L'adjectif « manifeste »<sup>825</sup> impose au juge de ne pas intervenir à la légère, mais de se demander si l'abus est évident<sup>826</sup>. Autrement dit, le législateur a voulu réprimer davantage que de simples chicanes<sup>827</sup> : le titulaire d'un droit subjectif peut l'utiliser de manière abusive... de façon rusée<sup>828</sup>.

Or, comme pour la notion de l'art. 2 al. 1, le Tribunal fédéral considère que les situations d'abus manifestes de droit doivent être examinés au cas par cas, sur fond des standards élaborés par la doctrine et la jurisprudence<sup>829</sup>.

Ces standards peuvent se résumer par l'absence d'intérêt digne de protection à utiliser le droit, lorsque pareil usage s'avère purement chicanier ou, lorsque, dans les circonstances dans lesquelles il est exercé, le droit est mis au service d'intérêts qui ne correspondent pas à ceux que la règle est destinée à protéger<sup>830</sup>.

Ces standards sont élaborés par référence à un citoyen « moyen », médiocre<sup>831</sup>, c'est-à-dire médian, ramassé dans la formule « personne raisonnable ». L'abus sera considéré comme manifeste s'il est reconnu comme tel par toute « personne raisonnable ». Il pourra par exemple y avoir abus de droit lorsqu'une personne adopte un comportement contradictoire (« *venire contra factum*

---

<sup>825</sup> « *Offenbar* » en allemand ; « *manifesto* » en italien.

<sup>826</sup> « *Manifestus* », pour CICÉRON, signifie « évident » : *Pro Roscio Amerino*, 11 ; 68 et 95 ; IDEM, *In Verrem*, I, 48. Sur l'évolution historique de l'abus manifeste de droit, voir S. ABBET, *De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit. Etude de droit romain et de droit suisse*, Schulthess, Zurich, 2006.

<sup>827</sup> ATF 131 III 535 consid. 4.2.

<sup>828</sup> Sur le rapport entre « ruse » et « droit », dans une veine toutefois méliorative concernant la ruse, voir PAPAUX, *RIEJ*, pp. 207 ss.

<sup>829</sup> ATF 140 III 491 consid. 4.2.4 : « *Wann ein solcher Missbrauch vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen, wobei die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind* ».

<sup>830</sup> STEINAUER, *TDP*, n° 570 p. 213 et n° 573 s. p. 214 s.

<sup>831</sup> *De mediocritas*, voir Volume 1, Titre II, Chapitre 1, Section 3, Sous-section 4, p. 51.

*proprium* »)<sup>832</sup> ; ne commet en revanche point un abus de droit celui qui invoque la nullité pour vice de forme d'un précontrat de vente immobilière non exécuté<sup>833</sup>.

Pour pénétrer plus avant les principaux ressorts de l'abus de droit selon l'art. 2 al. 2 CC en tant que *principe général*, rien ne remplace la jurisprudence comme lieu de l'incarnation de cette clause générale. Aussi suivrons-nous un arrêt du Tribunal fédéral davantage dans le détail, dans la « carne » de l'incarnation, ici une résiliation abusive d'un contrat de travail, plus finement encore un cas d'abus non expressément énuméré dans la loi<sup>834</sup>.

A et B sont employés de la banque C. B, qui travaille dans le service dirigé par A, a opéré des détournements de fonds pendant dix ans. A, mis au courant, entreprend immédiatement toutes les démarches appropriées. L'enquête interne à la banque conclut à l'absence de toute faute de A. Nonobstant sa droiture, A est licencié après 26 ans de bons et loyaux services, à seule fin de sauvegarder l'image de la banque (l'employeur) ternie par des actes illicites commis par un collaborateur du service dirigé par l'employé congédié A.

---

<sup>832</sup> C'est-à-dire adopter un comportement contradictoire. Par exemple, si une partie admet la propriété de la partie adverse sur un terrain, elle ne peut pas, dans un procès successif, prétendre être propriétaire de ce terrain : DESCHENAUX, *TDP*, p. 172 en bas.

<sup>833</sup> ATF 140 III 200 consid. 4 concernant la qualification juridique d'une lettre d'intention. A. et B. SA ont conclu un accord, le 17 juillet 2009, intitulé « lettre d'intention », par lequel B. SA s'est engagée envers A. à établir une propriété par étages sur son propre terrain et à lui vendre pour CHF 500'000 de parts de copropriété relatives à l'utilisation d'une zone spécifique d'un entrepôt qu'elle s'appropriait à construire. A., à son tour, s'est engagée à acheter. Les parties ont déclaré qu'elles étaient conscientes du fait que l'art. 216 CO exige la forme authentique pour ce type d'accords, même s'ils sont préliminaires. Les parties se sont ainsi engagées à signer le contrat de vente instrumenté par notaire jusqu'au 30 septembre 2009 et ont convenu d'une peine conventionnelle de CHF 100'000 en cas d'inexécution. B. SA n'a pas constitué la propriété par étages et a vendu la propriété à des tiers. A. lui a donc demandé, en justice, de payer la peine conventionnelle. B. SA s'est opposé en invoquant la nullité du contrat pour vice de forme. Le juge de première instance a admis la demande de A, en estimant que le défendeur avait manifestement abusé de son droit en invoquant le vice de forme. Le Tribunal cantonal a annulé le jugement et a rejeté la demande. Le Tribunal fédéral a considéré que ne commet pas un abus de droit celui qui invoque la nullité pour vice de forme d'un précontrat de vente immobilière non exécuté (consid. 4.1). Il a toutefois admis le recours pour des questions d'établissement des faits pertinents en renvoyant l'affaire à l'autorité inférieure.

<sup>834</sup> ATF 135 III 535.

Le Tribunal fédéral a considéré que pareil licenciement par la banque était abusif, même si le motif – préserver ses propres intérêts et sauvegarder l’image auprès des tiers – ne figure pas dans la liste des cas de congés abusifs de l’art. 336 CO, une liste certes exemplative. D’autres motifs de congé abusif peuvent être retenus via la clause générale de l’art. 2 al. 2 CC. En particulier lorsqu’il y a une disproportion *évidente* entre les intérêts en présence

De cet arrêt, nous inférons quatre considérations synthétiques concernant la notion d’abus manifeste de droit permettant d’en mieux circonscrire la substance :

(1) L’abus de droit ne requiert pas de l’auteur une volonté de nuire. Une simple absence d’intérêt *légitime* à user de son droit suffit à donner lieu à un abus manifeste de droit, dès lors que la finalité de l’institution juridique est détournée. Par exemple, le propriétaire d’un logement signifie au locataire son congé, en bonne et due forme. Le locataire tombe gravement malade peu avant le terme. Le propriétaire le fait néanmoins expulser à la date donnée en l’absence de tout intérêt, l’appartement étant resté vide par la suite<sup>835</sup>. *A fortiori*, l’abus d’un droit sera-t-il considéré comme manifeste lorsque l’auteur a agi avec l’intention de nuire<sup>836</sup>.

(2) Une seconde exigence pour la qualification d’abus manifeste de droit réside dans la considération du but : il s’apprécie en fonction de la finalité juridique et non pas en fonction de l’utilité sociale du droit en question. Par exemple, la finalité juridique de la prescription est d’assurer au débiteur une certaine sécurité patrimoniale en ce sens que si un créancier ne s’est pas manifesté depuis plusieurs années, le débiteur est fondé à penser que le créancier a renoncé à sa créance. La situation respective de richesse ou de pauvreté de l’un et de l’autre – utilité sociale – est sans pertinence. Toutefois, si le débiteur amène avec astuce le créancier à ne pas agir en temps utiles et qu’il invoque ensuite la prescription, il commet un abus manifeste de droit. De

---

<sup>835</sup> Exemple fourni par E. Huber devant la Commission du Parlement suisse chargée d’examiner le projet de Code civil, cité in : LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 49 note 205.

<sup>836</sup> ATF 143 III 233 consid. 3, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que lorsque le débiteur d’une contribution d’entretien diminue son revenu dans l’intention de nuire à son créancier, une modification de la contribution d’entretien est exclue même si la réduction de revenu est irrémédiable. Il a encore précisé que l’assistance judiciaire doit être refusée lorsque le demandeur a renoncé à des revenus précisément en vue de la procédure à mener ou a aliéné certains biens uniquement pour pouvoir demander cette aide étatique.

même, il y a abus manifeste dans l'invocation de l'exception de prescription<sup>837</sup> lorsque, sans mauvaise intention certes, le débiteur tient un comportement qui pousse le créancier à renoncer à effectuer les démarches juridiques nécessaires pendant le délai de prescription et que ce retard paraît compréhensible, selon une évaluation *raisonnable*, à savoir fondée sur des critères objectifs<sup>838</sup>.

(3) Pour qu'un abus de droit soit effectif, le comportement litigieux ne doit pas seulement être abusif, encore doit-il l'être *manifestement*. Pour cette raison avons-nous souligné – en les mettant en *italiques* – que l'on raisonne en fonction d'intérêts *légitimes*, qu'il faut une disproportion *évidente*, que l'on fait appel à une personne *raisonnable*. Ce dernier point donne à comprendre que l'appréciation d'un abus manifeste de droit s'opère par rapport au sentiment général, partagé dans une société donnée, et non en fonction des conceptions personnelles du juge.

(4) L'abus manifeste de droit doit encore provoquer un dommage pour le sujet passif du rapport de droit, sans quoi la situation ne présente aucune pertinence juridique.

#### § 4. *Conclusions sur l'art. 2 CC*

En principe, le titulaire d'un droit subjectif peut l'utiliser à sa discrétion, tout en respectant des limites juridiquement contraignantes, de type légal en général, de source jurisprudentielle parfois, ou non juridiquement contraignantes fondées sur des raisons éthiques, lorsque l'exercice du droit semble rester dans les limites du droit.

L'art. 2 CC connaît deux destinataires principaux. D'une part, les *sujets de droit*, à l'endroit desquels il énonce un principe philosophique fondamental leur indiquant comment ils doivent se comporter *juridiquement*, exercer leurs *droits* : en respectant les règles de la bonne foi. D'autre part, le *juge* en charge de sanctionner les abus manifestes de droit c'est-à-dire des abus reconnaissables par toute personne dite raisonnable.

---

<sup>837</sup> ATF 128 V 236 consid. 4a.

<sup>838</sup> L'abus manifeste de droit est un corollaire de la bonne foi *objective*.

### Sous-section 3. La bonne foi *subjective* (*Guter Glaube*) : art. 3 CC

#### § 1. *L'économie générale de l'art. 3 CC*

La note marginale porte explicitement « Bonne foi »<sup>839</sup>, sans précision supplémentaire. La lecture de l'al. 1 – sur laquelle nous reviendrons – permet de comprendre que l'art. 3 CC concerne la dimension *subjective* de la bonne foi, à savoir la bonne foi dans une situation *déterminée*, comme élément de la naissance d'un droit ou de ses effets, vécue par un sujet *déterminé*, *telle* personne dans *telle* situation, non plus un « devoir *général* » (art. 2 CC).

Cette bonne foi *subjective* comporte deux aspects :

1. Du point de vue de la loi :

Une présomption de présence *in concreto* de la bonne foi dès lors qu'une règle légale en fait dépendre la naissance ou les effets d'un certain droit. Ainsi en va-t-il avec l'art. 933 CC qui dispose : « l'acquéreur de bonne foi auquel une chose mobilière est transférée à titre de propriété ou d'autre droit réel par celui auquel elle avait été confiée, doit être maintenu dans son acquisition, même si l'auteur du transfert n'avait pas l'autorisation de l'opérer ». L'art. 933 CC fait dépendre, en plus d'autres conditions, la naissance du droit de propriété de la bonne foi de l'acquéreur. De par l'art. 3 al. 1 CC, la bonne foi de cet acquéreur est présumée, sous-entendant « jusqu'à preuve du contraire » (*infra*).

2. Du point de vue du cas d'espèce :

Plus précisément, celui des circonstances concrètes en fonction desquelles l'autorité jugera si la bonne foi est légitime eu égard à l'attention que l'on pouvait raisonnablement attendre de la personne plongée dans le cas singulier en question (art. 3 al. 2 CC).

Eu égard à la proximité sémantique (mais point conceptuelle, nous l'avons esquissé) des expressions de la bonne foi aux art. 2 et 3 CC, la saine compréhension du dernier s'obtiendra avec la meilleure profondeur par contraste avec le premier. Des incarnations de leurs différences les rendant mieux que les discours théoriques – ce que la méthodologie juridique n'est

---

<sup>839</sup> « *Effetti della buona fede* », en italien et « *Guter Glaube* », en allemand.

d'ailleurs pas puisque sans elle le *praticien* ne serait pas –, c'est par l'exemple que nous les aborderons.

Avant d'y travailler, on soulignera encore une fois que les deux dispositions, véritables principes *généraux*, ne s'appliquent que de concert avec une autre norme juridique, elle plus *spéciale*.

Art. 271 al. 1 CO

Art. 933 CC

*Le congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi.*

*L'acquéreur de bonne foi auquel une chose mobilière est transférée à titre de propriété ou d'autre droit réel par celui auquel elle avait été confiée, doit être maintenu dans son acquisition, même si l'auteur du transfert n'avait pas l'autorisation de l'opérer.*

L'art. 271 al. 1 CO a une portée générale, objective : n'importe quel congé notifié à n'importe quel locataire pour n'importe quel bail d'immeubles ou bail commercial.

Certes, l'article 933 CC vise n'importe quel acquéreur *mais* dans telle situation déterminée et prévue par l'art. 933 CC.

« règles de la bonne foi » = art. 2 CC

Tel droit, ici droit de propriété, dont la naissance est suspendue à la présence de la « bonne foi » = art. 3 CC

L'économie générale de l'art. 3 CC peut se résumer comme suit.

Si une disposition légale pose la bonne foi au titre de condition dont découle la naissance ou l'effet d'un droit, la présence *in concreto* de la bonne foi sera présumée. Point besoin de la prouver, elle est acquise de par la loi *prima facie*, mais *prima facie* seulement.

Si la partie adverse estime que la personne n'est pas de bonne foi, s'ouvrent à elle deux possibilités : soit, dans le cadre de l'art. 3 al. 1 CC, renverser la présomption et prouver l'absence de bonne foi ; soit, dans le cadre de l'art. 3 al. 2 CC, prouver l'existence de circonstances telles que la bonne foi ne peut

plus être présumée eu égard à l'attention que l'on pouvait attendre du sujet de droit dans la situation donnée (*infra*).

Le Tribunal fédéral présente fort bien le mécanisme d'ensemble de l'art. 3 CC dans l'ATF 143 III 653 consid. 4.3.3 : « En vertu de l'art. 3 al. 1 CC, la bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. Cette présomption dispense la personne qui se prévaut de sa bonne foi, et qui devrait normalement l'établir si l'art. 8 CC s'appliquait, de la prouver [...]. La partie adverse peut combattre cette présomption en apportant la preuve du contraire, c'est-à-dire en établissant que l'intéressé était de mauvaise foi. Cette preuve vise un fait interne qui ne peut être établi qu'à partir de circonstances extérieures, par exemple une communication faite à l'intéressé ; elle relève du fait [...]. Celui qui est subjectivement de bonne foi peut être déchu du droit d'invoquer la protection légale attachée à sa bonne foi parce qu'il n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui (art. 3 al. 2 CC). Dans ce cas, le débat ne se place plus sur le terrain de la preuve et du fait, mais sur celui du droit à la protection de la bonne foi [...]. La mesure de l'attention exigée par les circonstances, au sens de l'art. 3 al. 2 CC, est une notion soumise à l'appréciation du juge (art. 4 CC ; [...]). Le juge applique d'office l'art. 3 al. 2 CC : dans son appréciation juridique du degré de l'attention commandée par les circonstances, il doit prendre en considération l'ensemble de la situation concrète et appliquer des critères objectifs [...]. Cette question relève du droit, mais le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec retenue cette appréciation juridique (art. 4 CC) et n'intervient que si l'autorité cantonale a abusé de ce pouvoir [...] ».

En d'autres termes, l'art. 3 CC institue à son alinéa 1 une présomption qui précise le cadre de l'art. 8 CC, présomption qui, partant, peut être renversée par la partie qui la conteste en prouvant la mauvaise foi de la partie adverse, à savoir en prouvant que la partie qui peut de par la loi se prévaloir de la bonne foi connaissait le vice juridique. Ainsi, à l'art. 3 al. 1 CC, ce n'est pas la *bonne* mais la *mauvaise* foi qui doit être prouvée (puisque la *bonne* foi est présumée). Autre possibilité : la partie sur laquelle pèse la charge de renverser la présomption selon l'art 3 al. 1 CC établit, conformément à l'alinéa 2, que l'autre partie – qui est au bénéfice de la présomption – n'est pas légitimée à invoquer la bonne foi eu égard aux circonstances de l'espèce<sup>840</sup>.

---

<sup>840</sup> ATF 119 II 23 consid. 3a.

L'économie générale de l'art. 3 CC ayant été exposée, nous pouvons en examiner de manière plus détaillée les conditions d'application.

§ 2. *La présomption de bonne foi subjective : art. 3 al. 1 CC*

En bonne méthodologie et pédagogie, et même légistique concernant un texte juridique, l'art. 3 al. 1 CC présente une difficulté rédactionnelle : la conséquence *précède* la condition, l'art. 3 al. 1 CC disposant en effet que « la bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit ». Si l'on voulait reformuler l'art. 3 al. 1 CC dans une veine plus « intuitive » prévoyant d'abord la condition et ensuite la conséquence, la rédaction serait la suivante : « Si une règle de droit subordonne la réalisation de ses effets à l'existence de la bonne foi, *alors* la bonne foi est présumée pour le bénéficiaire du droit ». Dit à la faveur d'un exemple concret : si l'acquisition de la propriété dépend de la bonne foi du bénéficiaire – futur propriétaire –, alors sa bonne foi est présumée (suivant l'art. 933 CC).

L'art. 3 al. 1 CC renvoyant aux dispositions légales qui font naître des droits ou découler des effets de la présence de la bonne foi, il faut que ces articles contiennent l'expression « bonne foi »<sup>841</sup> ou « sur la foi »<sup>842</sup>.

Le *leading case* de l'art. 933 CC nous éclairera encore une fois. La loi dispose que « l'acquéreur de bonne foi auquel une chose mobilière est transférée à titre de propriété ou d'autre droit réel par celui auquel elle avait été confiée, doit être maintenu dans son acquisition, même si l'auteur du transfert n'avait pas l'autorisation de l'opérer ». Si les autres conditions de l'acquisition de propriété prévues par cette disposition sont réalisées, le tiers acquéreur sera protégé *prima facie* dans son acquisition en vertu de la présomption de l'art. 3 al. 1 CC liée à l'art. 933 CC : nous sommes en présence d'une chose mobilière confiée<sup>843</sup> à une personne, qui la transfère, même sans en avoir l'autorisation, par un acte juridique, à titre de propriété ou d'un autre droit réel (un gage notamment<sup>844</sup>), à un tiers.

<sup>841</sup> Voir notamment : art. 92, 174 al. 3, 304 al. 2, 528 al. 1, 661, 714 al. 2, 933 CC ; art. 8 al. 2, 34 al. 3, 167 CO.

<sup>842</sup> Art. 18 al. 2, 164 al. 2 CO.

<sup>843</sup> C'est-à-dire qu'une personne laisse volontairement l'objet entrer en possession d'une autre personne : ATF 80 II 235 consid. 2.

<sup>844</sup> Art. 884 al. 2 CC.

L'explication (le ressort conceptuel) de la situation visée par l'art. 933 CC se trouve notamment à l'art. 930 al. 1 CC : « [l]e possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire ». Selon une jurisprudence constante, il n'existe pas de devoir général de l'acquéreur d'une chose de se renseigner sur le pouvoir de disposition de l'aliénateur ; ce n'est que s'il existe des motifs concrets propres à soulever le doute sur ce point que l'acquéreur doit se renseigner<sup>845</sup>.

Si une personne, à qui une chose mobilière est confiée, se présente à une autre, cette dernière pourra présumer, en vertu de l'art. 930 al. 1 CC, que la première en est propriétaire. Par exemple, je prête mon CC/CO annoté à mon colocataire pour l'examen d'Introduction au droit/Méthodologie juridique. A la fin de l'examen, il rencontre Luca qui, voyant une personne avec un CC/CO annoté présume, selon l'art. 930 al. 1 CC, qu'elle en est propriétaire. Luca débute son stage d'avocat le lendemain et souhaite acquérir ledit code, que mon colocataire lui vend, alors qu'il en est seulement le possesseur (au bénéfice d'une maîtrise de fait), n'ayant par conséquent aucun titre légitime pour en transférer la propriété. Luca sera protégé – *prima facie* – dans son acquisition (art. 933 CC *cum* art. 3 al. 1 CC).

Il apparaît dès lors que la bonne foi *subjective* concerne une personne qui tient pour vrai ce qui ne l'est pas, sans qu'on puisse lui reprocher cette ignorance ou cette erreur. En d'autres termes, une personne tient pour régulier ce qui est en réalité entaché d'un vice<sup>846</sup>. Ici, Luca tient pour *propriétaire* du CC/CO mon colocataire qui n'en est que le *possesseur*. Il s'agit par conséquent d'un *fait interne, intérieur* à la représentation que le bénéficiaire de la présomption s'est fait de la situation. Le législateur considère que la fausse représentation que cette personne s'est faite de la réalité doit être considéré comme vraie, mais vraie sur le mode de la présomption et non selon la vérité absolue ; en d'autres termes, présumée vraie, pertinente, eu égard au droit considéré et à la situation vécue.

Il ne s'agit là toutefois que d'une présomption<sup>847</sup> « réfragable » : le législateur postule, sauf à prouver le contraire, que le bénéficiaire du droit en question est

---

<sup>845</sup> ATF 131 III 418 consid. 2.3.2 et les références citées.

<sup>846</sup> Voir notamment arrêt du Tribunal fédéral 5C.122/2006 du 6 octobre 2006 consid. 2.2.2, dans lequel le Tribunal fédéral rappelle que la bonne foi de l'art. 3 al. 1 CC est « l'ignorance non fautive du vice ».

<sup>847</sup> Pour une partie de la doctrine, l'art. 3 al. 1 CC n'instaurerait pas de présomption, cet article se limitant à prévoir un renversement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 8 CC,

de bonne foi. Cela ne signifie pas pour autant qu'il l'est véritablement. Dès lors, la partie adverse conserve la possibilité de *renverser* cette présomption (sans quoi elle serait « irréfragable »), en prouvant le contraire, à savoir la mauvaise foi de la personne concernée, en « démontrant » qu'elle *savait* que la situation factuelle était différente de celle qu'elle se représentait, qu'elle *connaissait* le vice, l'irrégularité.

Les ressorts de cette approche avaient été dépliés en toute netteté par Eugen Huber déjà, ès qualité de rapporteur de la Commission au Conseil national. Eugen Huber indique, le 16 novembre 1906<sup>848</sup>, comment tenir en échec la présomption de l'art. 3 al. 1 CC. D'après lui, « *Es wird also dem Gegner, der den guten Glauben bestreitet, zur Pflicht gemacht, dass er demjenigen, den er angreifen will, den bösen Glauben nachweist. Er weist das nach, indem er dartut, dass nach demvorliegenden Verhältnissen der betreffende Beklagte nicht in gutem Glauben gewesen sei oder bei schuldiger Aufmerksamkeit nicht habe in gutem Glauben sein können* »<sup>849</sup>. Eugen Huber propose une *alternative* – le « *oder* » de la phrase citée – pour contrecarrer la présomption<sup>850</sup> : ou la partie adverse prouve, de manière directe en quelque sorte, la mauvaise foi de la personne concernée ou elle démontre, sur un mode « indirecte », que celle-ci ne peut pas être de bonne foi si elle a prêté une

---

voir notamment : A. KOLLER, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, 2<sup>ème</sup> édition, Universitätsverlag, Fribourg, 1989, p. 50 ; H. P. WALTER in : *Berner Kommentar, Band I : Einleitung und Personenrecht ; I. Abteilung : Einleitung, Art. 1-9 ZGB*, Stämpfli, Bern, 2012, n° 376 ad art. 8 CC ; A. RUMO-JUNGO in : *Zürcher Kommentar, Beweislast, Art. 8 ZGB*, 3<sup>ème</sup> édition, Schulthess, Zurich, 2018, n° 277 ad art. 8 CC.

<sup>848</sup> Voir Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil national, 1906 III 1031 ss.

<sup>849</sup> Citation reprise du Bulletin cité à la note précédente, p. 1036 (nous soulignons). Le rapporteur de langue française, Virgile Rossel, expliqua que « L'art. 4 [l'actuel art. 3 CC] renferme, en son alinéa 2, une sorte de définition négative de la bonne foi, en disposant que "quiconque aurait dû reconnaître en agissant avec l'attention qu'on était en droit d'exiger de lui qu'il ne pouvait conserver sa bonne foi, n'est pas autorisé à s'en prévaloir". Et le premier alinéa du même texte donne la règle générale relative à la présomption de la bonne foi. Je n'ai pas à m'y arrêter » : Bulletin cité, p. 1039.

<sup>850</sup> Dans la suite de son exposé, Eugen Huber souligne le caractère procédural – lié au fardeau de la preuve – de l'art 3 al. 1 CC : « *Es entspricht diese Verteilung der Beweislast und der Umschreibung des Beweisthemas demjenigen, was bereits in der Praxis des O. R., namentlich zu Art. 205 dieses Gesetzes, Anerkennung gefunden hat* » : Bulletin cité, p. 1036.

attention suffisante aux circonstances. Cette dernière remarque fait référence à l'al. 2 de l'actuel art. 3 CC.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a fait sienne l'alternative jadis proposée par Eugen Huber. Dans un arrêt du 31 mai 2005, notre Haute Cour a affirmé que « La bonne foi est présumée, conformément à l'art. 3 al. 1 CC, ce qui signifie que ce n'est pas la bonne, mais la mauvaise foi qui doit être prouvée. Ainsi, la partie qui a la charge de cette preuve peut soit détruire la présomption de bonne foi en démontrant que la partie adverse connaissait le vice juridique et, par conséquent, qu'elle était de mauvaise foi, soit admettre cette présomption, mais établir, en conformité de l'art. 3 al. 2 CC, que l'autre partie ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi, parce que celle-ci n'est pas compatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'elle »<sup>851</sup>.

Certes, historiquement « *tertium non datur* » (il n'y a pas de troisième voie possible). Cependant, du point de vue de la méthodologie juridique, on se demandera quel est le sort du *doute* éprouvé par la personne bénéficiaire de la présomption. Si celle-ci a des doutes sur la situation factuelle – elle ne connaît pas comme tel le vice, mais se doute qu'une irrégularité entache la situation –, est-elle encore présumée de bonne foi ?

Dans la jurisprudence, au moins celle rendue en matière de représentation<sup>852</sup>, il semblerait que seul un doute *sérieux* empêche la présomption de l'art. 3 al. 1 CC : « en cas de simple dépassement des pouvoirs de représentation, seuls des doutes sérieux sur les réels pouvoirs du représentant peuvent conduire à nier la bonne foi du tiers contractant »<sup>853</sup>. Dans un autre arrêt, concernant un nantissement – à savoir la mise en garantie – d'une cédula hypothécaire<sup>854</sup>, le Tribunal fédéral a estimé que « Lorsque le créancier gagiste [celui qui reçoit

---

<sup>851</sup> ATF 131 III 511 consid. 3.2.2.

<sup>852</sup> Voir art. 33 al. 3 CO : « Si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite ».

<sup>853</sup> ATF 131 III 511 consid. 3.2.2, qui précise ensuite qu'« en cas d'abus, des doutes d'une intensité relativement faible suffisent. Ainsi, lorsque le représentant abuse de ses pouvoirs, l'art. 3 al. 2 CC doit s'appliquer sans restriction ». Sur ces aspects, voir notamment : C. CHAPPUIS, « L'abus de pouvoir du fondé de procuration » in : *Revue suisse de droit des affaires* 66 (1994), pp. 232 ss.

<sup>854</sup> La cédula hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 al. 1 CC). Elle prend la forme d'une cédula hypothécaire de registre ou d'une cédula hypothécaire sur papier (art. 843 CC). Dans le cas de la décision du Tribunal fédéral citée, la cédula hypothécaire était sur papier, la seule forme possible avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012 (RO 2011 p. 4637 ss).

l'objet remis en garantie, *in casu* une cédula hypothécaire] a ou doit avoir des doutes sur la qualité de propriétaire du porteur du titre, il ne peut plus s'en remettre simplement à la présomption de propriété attachée à la possession (art. 930 al. 1 CC) »<sup>855</sup>. Les deux arrêts semblent antinomiques : doutes *sérieux* ou *simples* doutes ? Ils n'ont toutefois pas été rendus dans le même domaine juridique. Comment dès lors lever les doutes sur le degré du doute que ne doit pas atteindre la représentation de la situation par le bénéficiaire de la bonne foi sous peine de perdre ce bénéfice légal ?

Pour répondre à la question posée, on se reportera à une définition récente de la bonne foi subjective posée par le Tribunal fédéral : « la bonne foi consiste en ce que la conscience de l'irrégularité juridique fait défaut malgré un vice juridique ; il y a absence de conscience de l'irrégularité juridique non seulement lorsque l'intéressé ignore qu'il y a un vice juridique, mais également lorsqu'il le sait, mais n'agit pas en ayant conscience de faire quelque chose de répréhensible »<sup>856</sup>. Dès lors, une personne qui a des doutes sur un vice juridique mais qui n'en tient aucun compte dans ses actes, en particulier parce qu'elle ne s'en représente pas la possible illicéité, pourrait être considérée de bonne foi. La jurisprudence n'est toutefois pas toujours de semblable bienveillance : l'existence d'un doute a pu suffire dans certains cas, aux analyses contestées par une partie de la doctrine au demeurant<sup>857</sup>. Des débats subtiles montrant que le passage de l'al. 1 à l'al. 2 de l'art. 3 CC est d'examen délicat : le droit, science de la nuance... extrême.

Si le législateur a soin de préciser le statut du bénéficiaire de l'art. 3 al. 1 CC – en présumant sa bonne foi –, le juriste doit en inférer, en bonne méthodologie, qu'il déroge à un régime « normal », à la règle ordinaire, sans quoi il ne répéterait (vraisemblablement) pas la règle. Le régime « normal » se trouve,

<sup>855</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 5C.50/2003 du 13 août 2003 consid. 4.2.

<sup>856</sup> ATF 143 III 653 consid. 4.3.3.

<sup>857</sup> Voir également l'ATF 107 II 440 consid. 4d, rendu en matière d'acquisition de bonne foi de cédulas hypothécaires, qui admet que pour nier la bonne foi l'existence d'un doute suffit (« *Für die Verneinung des guten Glaubens reichte es aus, dass die Klägerin im Zeitpunkt des Erwerbs der Schuldbriefe Zweifel an der Gültigkeit der Schuldbriefe haben musste und, wie sie selber einräumt, auch tatsächlich hatte.* ». Toutefois, d'après KOLLER, *op. cit.*, p. 28, les doutes quant à l'existence ou non du défaut n'impliquent pas sa connaissance « positive » (ne s'agissant précisément que de *doutes*) ; ils permettent par conséquent l'existence de la bonne foi. La portée du doute doit dès lors être résolue conformément à l'art. 3 al. 2 CC.

en effet, à l'art. 8 CC : « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit »<sup>858</sup>.

Le principe est donc – en l'absence de l'art. 3 al. 1 CC – que celui qui invoque sa bonne foi doit la prouver. Toutefois, confronté à un fait interne – la fausse représentation de la réalité que le bénéficiaire s'est faite –, le législateur a estimé juridiquement pertinent de modifier le régime ordinaire, estimant qu'une certaine confiance pouvait exister dans des situations-types déterminées – visées par la loi opérant référence explicite à la bonne foi – et qu'elle méritait par conséquent protection jusqu'à preuve du contraire. Raison pour laquelle la présomption de l'art. 3 al. 1 CC est dite *réfragable*.

Une présomption, en général, est un procédé par lequel on conclut d'un fait facile à établir (fait-prémisse, *factum probans*) ou l'existence d'un autre fait (fait présumé, *factum probandum*), lui difficile ou impossible à établir, ou l'existence d'un droit (*jus probandum*)<sup>859</sup>. Reprenant l'exemple de l'art. 930 al. 1 CC, le fait-prémisse – le fait facile à établir – est la possession, la maîtrise physique d'un bien ; la conclusion, fait présumé – l'existence d'un droit –, est la propriété.

La présomption dite *réfragable* permet à la fois la « preuve du contraire » – qui s'intéresse au fait présumé, en prouvant qu'il ne s'est pas réalisé – et la « contre-preuve », à savoir établir que les conditions de la présomption – fait-prémisse – ne sont pas remplies. Rappelant la présomption de l'art. 930 al. 1 CC : « le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire ». Le fait-prémisse (*factum probans*), le point de départ, est la possession, une maîtrise de fait. De ce fait – facile à établir : mon colocataire a la maîtrise du CC/CO, il l'a en main –, on conclut à l'existence d'un droit – (*jus probandum*), la propriété. Dans cet exemple, la preuve du contraire reviendrait à démontrer que le possesseur (mon colocataire) n'est pas le propriétaire malgré les apparences – le CC/CO m'appartient –, tandis que la contre-preuve – qui s'intéresse au fait-prémisse – consiste à établir que la possession du CC/CO est viciée – mon colocataire m'a pris de force le CC/CO.

---

<sup>858</sup> Une méthodologie rigoureuse se devra de souligner l'incorrection épistémologique du législateur lovée dans le « déduire ». Nous ne pouvons rien *déduire* d'un fait, puisque « déduire » est un raisonnement *top-down* et qu'avec un fait nous sommes déjà sur le niveau « *down* », en bas, sur le terrain. Nous ne pouvons pas déduire du « *down* » au « *down* », *a fortiori* pas si l'on veut passer du fait au droit. Le législateur aurait dû écrire « inférer » un droit d'un fait. Voir encore Volume 1, note 126.

<sup>859</sup> LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 471.

En bonne méthodologie, aux liens profonds avec la logique, qui dit « réfragable » suppose quelque « irréfragable ». Le droit connaît en effet des présomptions (dites) *irréfragables* – qui ne peuvent pas être renversées – parce que le droit ne permet pas d'en rapporter la preuve du contraire. Néanmoins, il est possible d'en établir la contre-preuve. A l'exemple de l'art. 320 al. 2 CO : « Il [Le contrat de travail] est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire ». Le législateur n'admet pas que l'on puisse contester le fait présumé, à savoir la conclusion d'un contrat de travail. Toutefois, il est possible de s'en prendre au fait-prémisse – accepter pour un temps l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire – et démontrer, par une contre-preuve, que ce fait n'est pas établi. Comme l'avait déjà indiqué le Conseil fédéral en 1967, lorsque la rémunération apparaît comme l'élément unique ou principal en échange duquel le travailleur fournit sa prestation, le contrat de travail est réputé conclu<sup>860</sup>. En revanche, si des éléments caractéristiques du contrat de travail manquent – le lien de subordination entre l'employeur et l'employé, la rémunération, la durée des services offerts par l'employé à l'employeur –, la présomption devient inapplicable.

Grâce aux présomptions, le juriste débutant prend pleine conscience que le vrai (le réel) est traité en droit en fonction d'un certain modèle. Les faits « purs » n'existent pas *en droit*, seuls ceux dûment prouvés (par conformité aux dispositions topiques des codes de procédure qui les « autorisent ») ou posés par la loi (les présomptions notamment) trouvent grâce à ses yeux : les « faits en droit » n'existent qu'à travers leur modélisation juridique. En d'autres termes, ils sont *déjà* « in-formés » par le droit, structurés fonction de ses besoins propres pour entrer dans la sphère juridique.

Les présomptions permettent en outre de distinguer le *juste* du *vrai*. Dans les présomptions réfragables, le juste s'offre à la réfutation du vrai, un réel certes

<sup>860</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail) (Du 25 août 1967), FF 1967 II 249, 304 : « Cette disposition [l'art. 320 al. 2 CO] crée une présomption irréfutable selon laquelle le travail au service de l'employeur est fourni contre un salaire lorsque, d'après les circonstances objectives, la rémunération apparaît comme le seul ou le principal motif du travail ». Voir cependant A. VION, « L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats ? » in : *SJ 2013 II*, pp. 29 ss., pour qui l'art. 320 al. 2 CO serait dépourvu de portée juridique propre ; il concrétiserait les règles générales d'interprétation des contrats selon le principe de la confiance dans le contexte spécifique du contrat de travail.

déjà médiatisé ou modélisé par le droit. Dans les présomptions irréfragables, on pourrait certes montrer le vrai (le réel), mais la vérité n'aura aucun impact sur le juste.

La présomption d'innocence du droit pénal donne son relief le plus contrasté au jeu du *vrai* et du *juste* en droit. L'absence d'un faisceau d'indices suffisamment convergents conduira les autorités à relaxer le prévenu : on ne connaîtra probablement jamais la *vérité* à propos des actes perpétrés mais les autorités adoptent « néanmoins » une décision *juste* dans la mesure où, dans tout État de droit, on estime de meilleure justice pour le système et de plus haute dignité pour les individus la situation d'un coupable en liberté plutôt qu'un innocent en prison.

Parfois la vérité est totalement négligée, pas même recherchée « à dire *vrai* » : la *fiction* juridique.

Certes de manière brève là encore, de par son intimité avec la notion de présomption, en particulier dans la délicate relation qu'entretiennent le juste et le vrai, la figure méthodologique de la *fiction* doit être exposée.

La fiction règle une situation de manière contraire à la réalité, sans se préoccuper de la vérité à tout le moins. Pour d'aucuns, elle serait un « mensonge de la loi »<sup>861</sup>. Ainsi, alors que la conclusion proposée par présomption reste plausible, la fiction altère, par volonté délibérée du législateur, la réalité.

A l'exemple de la fiction de notification postale d'un envoi sous pli recommandé à l'échéance du délai de garde de sept jours : la personne qui reçoit un courrier recommandé et ne le retire pas à l'échéance du délai – la poste retournant cet envoi<sup>862</sup> – est réputée<sup>863</sup> avoir pris connaissance de l'envoi,

---

<sup>861</sup> Expression utilisée par LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 478.

<sup>862</sup> Voir à ce sujet l'art. 19 al. 2 et 3 de l'Ordonnance sur la poste (OPO, RS 783.01) : « <sup>2</sup> Le prestataire assurant la distribution à domicile doit reprendre l'envoi postal dans un délai maximum de sept jours à l'installation de cases postales où il a été distribué ou aurait dû l'être. <sup>3</sup> Si le prestataire assurant la distribution à domicile ne reprend pas l'envoi postal, l'exploitant de l'installation de cases postales doit retourner l'envoi concerné au prestataire assurant la distribution à domicile au tarif le plus avantageux. Les frais de renvoi sont à la charge du prestataire assurant la distribution à domicile. ».

<sup>863</sup> Selon LE ROY/SCHOENENBERGER, *op. cit.*, p. 478 « En général, l'expression "est réputé" indique une fiction, alors que "est censé" désigne une présomption. ».

la loi instaurant cette fiction<sup>864</sup>. La preuve du contraire est exclue. Certes, comme la présomption, la fiction part du connu pour affirmer (littéralement « poser ») l'inconnu ; plus exactement, pour affirmer connu cet inconnu, mais sans se préoccuper de savoir quel est l'état de la réalité en la matière. Dans la « fiction postale », le *connu* est le défaut de notification, l'*inconnu* réside dans le contenu, intellectuel surtout, du pli postal, à savoir les informations dont le destinataire n'a pas connaissance, pour n'avoir pas retiré l'envoi, mais une connaissance qui lui est néanmoins attribuée, sans possibilité de contestation, par la fiction légale.

De manière générale, l'élément inconnu, dans le cas de la fiction, n'est pas forcément vrai... et pas forcément faux non plus : il n'importe pas. Si le législateur posait par exemple la *fiction* légale des comourants en cas de naufrage selon laquelle le plus jeune a survécu quelques instants au plus vieux (et par conséquent en hérite), peu importerait les dépositions des rescapés à propos de la succession réelle des trépas des comourants concernés par la fiction. Le législateur a estimé *juste* cet ordre.

De même que l'*ordre* juridique, que personifie plus ou moins le législateur, pour des raisons pragmatiques de bonne gestion de la cité et de la justice comme de praticabilité du droit, affirme que *nul n'est censé ignorer la loi* – nonobstant une inflation législative constante à tel point que même les juristes ne connaissent pas toutes les lois – et que *res judicata pro veritate habetur*, ce qui a été jugé *est tenu pour vrai*. Que ces affirmations, véritables *positions* (fait d'être posées), correspondent ou non à la « réalité » n'importe pas : le *juste*

---

<sup>864</sup> Art. 138 al. 3 let. a CPC; art. 20 al. 2bis PA; art. 44 al. 2 LTF. Les fictions peuvent même s'enchaîner, non sans provoquer des difficultés méthodologiques, comme il ressort de l'ATF 146 IV 30. Le Tribunal fédéral a été confronté à un cas dans lequel un prévenu, qui a fait opposition à l'ordonnance pénale, ne s'est pas présenté aux débats devant le tribunal de première instance, la convocation – envoyée, à deux reprises, sous pli recommandé – n'ayant pas été retirée. Le Tribunal fédéral a dû préciser le rapport entre deux fictions, d'un côté celle de l'art. 85 al. 4 let. a CPP, qui dispose : « Le prononcé [de l'autorité pénale] est également réputé notifié lorsque, expédié par lettre signaturée, il n'a pas été retiré dans les sept jours à compter de la tentative infructueuse de remise du pli, si la personne concernée devait s'attendre à une telle remise » et, de l'autre, celle de l'art. 356 al. 4 CPP, d'après lequel « Si l'opposant fait défaut aux débats sans être excusé et sans se faire représenter, son opposition est réputée retirée ». Pour le Tribunal fédéral la fiction du retrait de l'opposition à une ordonnance pénale pour défaut de comparution devant le tribunal de première instance, malgré une citation (art. 356 al. 4 CPP), ne peut pas découler de la fiction légale de la notification de la citation à comparaître (art. 85 al. 4 let. a CPP).

l'emporte sur le *vrai* quel qu'il soit. Des conséquences juridiques en seront tirées, en termes de responsabilité ou de position juridique en l'occurrence.

En refusant la preuve du contraire, le *juste* (légalement prévu) ne s'offre pas à la réfutation du *vrai*. Aussi Baudouin peut-il écrire : « Le droit vit de fictions qui s'opposent au réel, officialise le mensonge et fabrique délibérément l'erreur »<sup>865</sup> ; à tout le moins l'ignorance du réel... mais pour la bonne cause.

En conclusion, l'art. 3 al. 1 CC concrétise le « si la loi ne prescrit le contraire » de l'art. 8 CC ; le législateur, en prescrivant précisément le contraire à l'art 3 al. 1 CC, postule la loyauté du bénéficiaire du droit qui naît de la bonne foi.

§ 3. *La bonne foi subjective est-elle légitime in casu ? Art. 3 al. 2 CC*

Le justiciable subjectivement<sup>866</sup> de bonne foi selon la présomption de l'al. 1 peut être déchu de la protection attachée à sa bonne foi lorsqu'elle est « incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. » (art. 3 al. 2 CC). Cette personne serait par conséquent privée du le droit qui naît grâce à la bonne foi ou des effets de ce droit.

L'al. 1 s'intéresse au *fait* (l'erreur, le vice de la personne concernée) et à sa *preuve* – la présomption admise, la réfutation possible –, tandis que l'al. 2 CC concerne la *protection* de la bonne foi<sup>867</sup>, l'attention requise par les

---

<sup>865</sup> J.-L. BAUDOIN, « Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes – Aspects nouveaux », in : *La vérité et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant 1987*, Economica, Paris, 1989, p. 22. Nous avons déjà dit le droit « rusé ».

<sup>866</sup> L'adverbe est utilisé par le Tribunal fédéral : « Celui qui est subjectivement de bonne foi peut être déchu du droit d'invoquer la protection légale attachée à sa bonne foi parce qu'il n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui » (ATF 143 III 653 consid. 4.3.3).

<sup>867</sup> ATF 131 III 418. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a été confronté à une action en restitution de pièces de monnaie anciennes ouverte par un État étranger contre une banque suisse, à qui les pièces de monnaie avaient été remises par un tiers – qui n'avait pas le pouvoir d'en disposer – en garantie d'un prêt. Selon l'art. 884 al. 2 première phrase CC, « celui qui, de bonne foi, reçoit une chose en nantissement y acquiert un droit de gage, même si l'auteur du nantissement n'avait pas qualité d'en disposer ». Notre Haute Cour a considéré, dans ce cas, la présomption de l'art. 3 al. 1 CC comme admise. Dès lors, « le débat ne se place plus sur le terrain de la preuve et du fait, mais sur celui du droit à la protection de la bonne foi » (consid. 2.3.1), à savoir, si la banque « qui était de bonne foi, est déchue du droit d'invoquer la protection légale attachée à cette bonne foi parce qu'elle n'aurait pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'elle » (consid. 2.3.1) Le Tribunal fédéral est parvenu à la

circonstances étant une question *de droit*, soumise à l'appréciation du juge selon l'art. 4 CC<sup>868</sup>. Cela signifie que le juge applique d'office l'art. 3 al. 2 CC, à charge d'examiner l'ensemble de la situation concrète et d'y appliquer des critères objectifs<sup>869</sup>.

Le législateur a réservé la possibilité au sujet passif, auquel la présomption de l'art. 3 al. 1 CC est valablement opposée, de la réfuter (présomption réfragable), en prouvant que les circonstances singulières du cas concret ne permettent plus de faire crédit de la bonne foi telle que présumée à l'al. 1.

En d'autres termes, la partie qui « subit » la présomption de bonne foi de l'al. 1 doit prouver que son bénéficiaire connaissait ou à tout le moins ne pouvait pas ignorer ou encore ne pouvait pas ne pas connaître, le vice qui entachait le rapport juridique dont il prétend tirer avantage.

Toutefois, comme évoqué, cette analyse se conduit selon des critères objectifs, à savoir que l'attention à porter aux circonstances s'examine en référence à la représentation de la situation que ce serait faite le citoyen standard, médian, moyen (« *bonus pater familias* ») placé dans les mêmes circonstances. En matière d'acquisition de droits issus d'une inscription au registre foncier (art. 973 CC) par exemple, une personne raisonnable n'achète pas, en principe, un immeuble au bénéfice d'une servitude de passage sans visiter les lieux. Le tiers acquéreur, présumé de bonne foi, ne pourra ignorer – sauf dans des circonstances exceptionnelles – les particularités non mentionnées dans l'inscription qu'une telle visite aurait pu lui révéler<sup>870</sup>.

Ou encore, dans notre *leading case* du CC/CO annoté, si j'inscris mon nom, prénom et adresse dans ce code, Luca ne pourra pas invoquer la protection de l'art. 3 al. 1 CC, car le citoyen *standard*, placé dans les mêmes circonstances, se rendrait compte en prêtant l'attention requise, que le CC/CO annoté n'appartient pas à mon colocataire.

---

conclusion que la banque avait pris toutes les mesures imposées par les circonstances, qu'elle pouvait par conséquent bénéficier de la protection de sa bonne foi.

<sup>868</sup> Comme le rappelle le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence (ATF 122 III 1 consid. 2a/aa ; ATF 143 III 653 consid. 4.3.3).

<sup>869</sup> Comme l'expose le Tribunal fédéral, voir : ATF 119 II 23 consid. 3c/aa ; ATF 143 III 653 consid. 4.3.3.

<sup>870</sup> ATF 137 III 145 consid. 3.3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_856/2014 du 26 janvier 2015 consid. 3.3.3.

En revanche, si le bénéficiaire de l'al. 1 a montré un comportement, une croyance – au sens de *créance-foi* – qui correspond au comportement standard, celui d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances, sa bonne foi sera juridiquement établie, plus exactement confirmée, et le droit en découlant protégé.

Il faut donc qu'il ait porté une attention *suffisante*, compte tenu des circonstances *singulières* du cas néanmoins appréhendées dans la perspective du *citoyen standard* fournissant le critère « *objectif* » de la suffisance de l'attention légitimant la « bonne foi *subjective* » de l'art. 3 CC.

Si le bénéficiaire (potentiel) s'écarte de cette représentation médiane, standard, il ne pourra plus se prévaloir de sa bonne foi, quand bien même serait-il en son for intérieur, en sa subjectivité propre, en sa représentation à lui, idiosyncrasique, de « bonne foi ». Sans l'élégance mais avec la rigueur méthodologique, il s'agirait de distinguer dans le cadre de l'art. 3 al. 2 la « *bonne foi subjective subjective* » (celle que vit vraiment, cas échéant, le bénéficiaire potentiel) de la « *bonne foi subjective objective* » du citoyen standard, dont l'attitude modélisée (soit le « standard ») fournit le canon de l'évaluation (soit l'« *objectivité* ») du comportement du bénéficiaire potentiel.

Fort de l'esprit de *système* qui préside à l'*ordre* juridique, le juriste débutant commencera de voir les liens entre les figures méthodologiques, ici l'al. 2 de l'art. 3. CC comme concrétisation de l'art. 2 CC. Dans cette perspective, si le bénéficiaire n'a pas fait montre de suffisamment d'attention eu égard à ce que commandaient les circonstances, il y aurait abus de droit à le laisser bénéficier des avantages que le droit lui octroie grâce à la présomption, démentie en l'occurrence. En synthèse de bonne méthode mais de piètre plume, une « bonne foi subjective objectivée ».

§ 4. *Conclusion et ouverture : la « bonne foi subjective » est-elle objective ?*

Le justiciable est – pour le législateur – raisonnable, mais aussi faillible, sujet à paresse, négligence ou étourderie : le droit est fait *par* les hommes *pour* les hommes. A l'art. 3 al. 1 CC le législateur présume, sauf preuve du contraire, que le citoyen est raisonnable dans certaines situations déterminées, partant que le système juridique peut faire confiance à la vision de la réalité qu'il s'est

forgée. Une personne peut ainsi, le cas échéant, tenir pour vrai ce qui ne l'est pas, sans que le droit ne cherche à lui reprocher cette erreur<sup>871</sup>.

Cependant, à l'al. 2 de l'art. 3 CC le législateur retire au citoyen le bénéfice de la présomption de la bonne foi dans la mesure où son attitude n'a pas été raisonnable, faisant montre de paresse, de négligence, d'étourderie. Au juge d'en décider, non pas selon sa sensibilité propre, moins encore selon son « bon vouloir », mais fonction de toutes les circonstances du cas, en s'appuyant sur des critères qualifiés par la doctrine et la jurisprudence d'« objectifs ».

Ces critères ne sont évidemment pas « objectifs » en toute rigueur de méthodologie juridique puisque la figure du « citoyen standard » est une construction<sup>872</sup>, résultant par conséquent de quelque « choix de valeur » (pour parler selon la tautologie), construction sociale du tribunal et de la doctrine<sup>873</sup>.

Mais il n'y a là aucun défaut du système juridique : le droit *ne peut* se pratiquer autrement, puisqu'il est un *art*, et non une science, affaire de *jugement* et non de *calcul*, noble *responsabilité* d'une cour et non clinique algorithme d'un *computer*. Sauf à ne rien saisir du *droit* comme *justice*, une justice qui se rend

---

<sup>871</sup> Le droit en tant que *jus* ne cherche pas comme tel à aligner le *juste* sur le *vrai*, ainsi que nous l'apprend, quand le juriste en a encore conscience, la présomption d'innocence, pourtant cardinale en droit pénal : en l'absence de preuve suffisante, le vrai, qui n'a pas été *établi*, le cède au juste : il est *juste*, estime-t-on dans un État de droit, de libérer en ces cas l'accusé.

<sup>872</sup> Statistique déjà, et d'une statistique non scientifique – les juges, fédéraux exemplairement, ne commandent pas des enquêtes statistiques pour connaître le comportement moyen du citoyen – mais « doxique », selon leur *doxa*, leur *opinion*, d'une représentation inspirée de leur propre « expérience générale de la vie », comme l'a montré avec force analyses d'arrêts (mille), J. VAN MEERBEEK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2014, en le chef des juges de la CJUE, à propos du principe le plus essentiel de nos systèmes de droit pourtant, la sécurité juridique ; en particulier « le fossé existant entre le discours limpide de la Cour sur le principe et son application, paradoxalement ambiguë, incertaine et imprévisible. » (quatrième de couverture).

<sup>873</sup> Des *choix*, corrélativement de la subjectivité (fût-elle objectivée) des plus apparents dans l'ancienne expression du standard, le *bonus pater familias*. N'était-ce pas le mâle modèle de sagesse, pis modèle de la sagesse, dans ces temps reculés, et pourtant récents !, en lesquels les femmes n'avaient pas la pleine capacité civile, ne pouvant par exemple ouvrir un compte bancaire sans le consentement de leur mari, en droit français par exemple, au sortir de la seconde guerre mondiale... ou ne bénéficiaient pas du droit de vote sur le plan fédéral suisse, en 1970 encore.

Les grands principes du droit suisse

(ô Trajan) au justiciable précisément par la considération des *singularités uniques* (selon la tautologie encore) du cas d'espèce.

## Conclusion générale

Tout au long de cet ouvrage, quels que furent les efforts pour le celer ou les négligences pour l'oublier rencontrés, le droit toujours regarde au *juste*. Il en est l'art, *ars juris*.

Un art d'autant plus difficile que notre monde est pluraliste. Nous ne pouvons pas nous contenter d'une simple maxime du juste pour organiser les innombrables actes juridiques quotidiens, fût-elle vénérable : *ars aequo et bono*.

Le droit porte au bien commun ; il ressortit de la mission sociale ; la justice sera vocation pour les âmes au terme de cette *Introduction* bien nées aux Facultés de droit... quand elles se destinent encore au *pourquoi*.

Le *comment* n'est certes pas négligeable. Nous lui avons au reste sacrifié une très large part de cet ouvrage.

Les moralines étant bien incapables de se substituer à la morale, le droit se trouve de tous bords appelé, pressé, sommé parfois d'instituer, maintenir ou restaurer l'ordre. Aussi *pose-t-il* (droit positif, *jus positum*) des directives, des orientations, des mesures qu'un regard superficiel se plaît à nommer « commandement », ne voyant même plus qu'avec cet « ordre *de* » (quelqu'un) qui se prend pour un « ordre *à* » (quelque bien, commun ultimement), le *commandement* pour l'*ordonnancement*, le *moyen* devient la *fin*. Âme adultérée du juriste serviteur du *juste*, devenu technicien de la *loi*, quand ce n'est pas de son seul texte.

Ces guides sont parfois fort précis mais nous les avons éprouvés inaptes à embrasser la totalité des cas comme y parviennent les *sciences* ; *règles* pourtant accomplies, déjà d'avoir saisi des réalités sociales la *régularité*<sup>874</sup>.

---

<sup>874</sup> PAULUS, D. 50, 17, 1 : « *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum* ». [« La règle définit de manière brève ce qu'est une chose. Ce n'est pas de la règle que vient le droit, mais bien du droit que la règle tire son origine. Par la règle on retient un résumé bref des choses et, comme dit Sabinus, une sorte d'exposé des faits qui perd son utilité dès qu'il est altéré » (notre traduction ; plus libre, celle de H. Hulot et J.-F. Berthelot concernant le premier membre de la phrase citée : « La règle est une maxime qui expose en peu de mots la jurisprudence qu'il faut suivre

## Conclusion générale

Modestie de la *règle* dite « loi », laquelle n'est jamais que générale et abstraite en regard des cas singuliers et concrets.

Structurel, partant incontournable, le saut qualitatif de la loi à la décision est accompli par une personne incarnée, sensible, faillible : le *juge*, qui dit le droit – « *juris-dictio* » – à la faveur d'une situation concrète, à laquelle il *rend* de la sorte *justice*.

Le législateur lui confère parfois explicitement un pouvoir d'appréciation (art. 4 CC) ou l'autorise officiellement à tenir compte des particularités du cas (art. 3 al. 2 CC) ou l'enjoint de prêter sa voix à la loi pour déclarer manifeste l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Alors le juge toujours devra rechercher l'esprit de la loi (art. 1 al. 1 CC), par là-même l'interpréter, et dans ce mouvement de l'âme juridique se porter aux lacunes de la loi pour les combler (art. 1 al. 2 *i.f.* CC).

Tous thèmes qui composent la matière propre de ce second volume consacré à la *mise en œuvre* du droit, à son « opération », laquelle ne pouvait que s'achever aux principes généraux, milieu cognitif de tout raisonnement juridique, au sein duquel la loi, toujours imparfaite, devient enfin le droit, s'accomplit dans l'espèce du « droit-dit », le droit vivant.

Dans toutes ces situations, la loi n'est plus d'aucun secours, exceptés les linéaments mentionnés. Seule la *prudence*, l'épaisseur de vie du juge en expériences éthiques et juridiques en particulier, la bonne tenue intellectuelle du juriste, de l'avocat, du notaire, encore, permettent de dégager une solution heureuse, à tout le moins acceptable, dans le cas concret.

L'étudiant en droit, *a fortiori* tout juriste, recherchant la dignité du *Droit* se gardera de la vénération de la *loi* veau d'or d'une certaine doctrine positiviste (à tendance légaliste), pleine de componction devant les « vaches sacrées de la philosophie spontanée des juristes [...notamment] la recherche du sens littéral, la théorie de l'acte clair, le devoir du juge d'obéir à la loi, la distinction entre le fait et le droit [...], l'idée que pour toute question litigieuse il n'existerait qu'une seule solution correcte. Ces lieux communs de la pensée juridique participent à une taxinomie binaire, c'est-à-dire à une méthode de raisonnement traçant une démarcation rigide entre la face positive et la face négative de toute réalité. Toutefois, la multiplicité des règles ayant vocation à

---

sur l'affaire qui est à traiter », in : *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, Metz, Behmer et Lamort, Paris, Rondonneau, an XII (1803)- an XIII (1805). 7 vol. ; le D. 50, 17, 1 se trouvant dans le dernier volume)].

appréhender les faits complique ce que les juristes voudraient spontanément pouvoir tenir pour une opération logique de qualification »<sup>875</sup>.

Sans doute la loi assure-t-elle les premiers pas de la démarche juridique en pays de droit continental, *civil law* ou « droit *privé* », en vérité « droit *civil* » (du citoyen *civis*) modèle du Droit. Mais la loi ne signifie aucunement un accomplissement du droit, sauf à prendre le « juste légal » pour le « juste *in concreto* »... Et manquer ainsi le droit, le « juste-dit » (« *juris-dictio* ») parce qu'incarné : on ne chérit pas un moyen pour lui-même, sous peine de devenir le moyen de ce moyen.

S'ensuivrait l'abandon de toute responsabilité (du *jugement*) dans le mensonge d'une loi auto-suffisante (aux formules sacramentelles « la loi dit que... », « la réponse se trouve dans le code », « trouver la catégorie adéquate »... adéquate à quoi ?), d'un *texte* parlant de lui-même.

La méthodologie juridique est toute entière bandée vers l'interprétation, au service de l'application (du droit) qui n'existe pas hors d'elle, dans la primauté pragmatique (et la précellence ontologique) du *cas*, finalité ultime du droit, et des *principes généraux* qui closent ce livre, l'étudiant sachant désormais comment ouvrir le Droit.

Et le juriste, moins débutant déjà, sachant désormais comment *entendre et étendre* le droit, discret hommage à l'art. 2 CC en sa note marginale, édifiante par le *devoir général* rappelé : de se rendre au juste et de rendre la justice. *Devoir*, plus encore devoir de *généraliste* au premier chef, qualité intellectuelle à laquelle a tenté d'introduire ce livre, *éminence* qui ne se gagne que par le ministère de la culture juridique.

Une culture juridique elle-même toujours déjà vouée au bien *général*, à une certaine harmonie de la cité pour le juriste authentique, à larges vues, non le machiniste de la loi.

Le philosophe Paul Ricœur, immense *généraliste* de la justice, saisissait l'ampleur du Droit en son serviteur le juge : « la finalité courte de cet acte [de juger] est de trancher un conflit – c'est-à-dire mettre fin à l'incertitude –, sa finalité longue est de contribuer à la paix sociale, c'est-à-dire finalement à la

---

<sup>875</sup> F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997, p. 8.

## Conclusion générale

consolidation de la société comme entreprise de coopération, à la faveur d'épreuves d'acceptabilité qui excèdent l'enceinte du tribunal »<sup>876</sup>.

---

<sup>876</sup> P. RICOEUR, *Le juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995, p 10.

# Table des matières

<b>Sommaire</b>	.....	<b>1</b>
<b>Titre IV. Le droit dans l'espace ou « des conflits de lois »</b>	.....	<b>5</b>
<b>Chapitre 1. L'esprit général du droit dans l'espace</b>	.....	<b>7</b>
<b>Chapitre 2. Les principes de la territorialité des lois et de la personnalité des lois</b>	.....	<b>11</b>
<b>Chapitre 3. Abrégé historique du droit dans l'espace</b>	.....	<b>15</b>
Section 1.	L'étranger de « bonne prise » .....	15
Section 2.	La Grèce antique et les conflits de lois .....	17
Section 3.	L'étranger à Rome .....	18
Section 4.	De la fin de l'Empire romain aux alentours du IX <sup>ème</sup> siècle .....	22
Section 5.	Autour du IX <sup>ème</sup> siècle et jusque vers le XII <sup>ème</sup> : la montée en puissance de la territorialité des lois .....	24
Section 6.	La théorie des statuts .....	24
Section 7.	L'époque moderne et contemporaine .....	29
Section 8.	La Confédération helvétique et les conflits de lois .....	31
<b>Chapitre 4. Notions élémentaires d'application du droit dans l'espace</b>	.....	<b>33</b>
Section 1.	Qualification, autorité compétente, droit applicable, circonstance de rattachement, règle de conflits et renvoi .....	33
Sous-section 1.	La qualification.....	33
Sous-section 2.	Autorité compétente et droit applicable.....	34
Sous-section 3.	Circonstance de rattachement, règle de conflits .....	38
Sous-section 4.	Le renvoi .....	39
Section 2.	L'ordre juridique étranger paralysé ? Les principes de la réciprocité et de l'ordre public.....	42
Sous-section 1.	Le principe de la réciprocité .....	42
Sous-section 2.	Le principe de l'ordre public .....	43

## Table des matières

Section 3.	L'« application » d'une décision étrangère : reconnaissance et <i>exequatur</i> .....	46
------------	--	----

## **Titre V. La mise en œuvre du droit objectif .....49**

### **Chapitre 1. Le contenu des règles de droit .....55**

Section 1.	Le contenu des règles de droit privé .....	55
Sous-section 1.	Les droits subjectifs .....	55
Sous-section 2.	Les injonctions et les permissions .....	59
Sous-section 3.	Les règles matérielles et les règles formelles .....	60
Section 2.	Le contenu des règles de droit public .....	61
Sous-section 1.	Les droits subjectifs .....	61
§ 1.	Du point de vue de l'administré .....	62
§ 2.	Du point de vue de l'État .....	63
Sous-section 2.	Les libertés fondamentales ou les droits fondamentaux .....	64
Sous-section 3.	Les injonctions et les défenses, voire les « devoirs » .....	65
Sous-section 4.	Règles formelles et règles matérielles .....	66
Section 3.	Réflexions actuelles concernant les droits subjectifs .....	67
Sous-section 1.	Les animaux .....	67
Sous-section 2.	L'intelligence artificielle et les algorithmes .....	69
Sous-section 3.	La Nature .....	74

### **Chapitre 2. Les droits privés subjectifs ..... 79**

Section 1.	Le rapport de droit .....	79
Sous-section 1.	La théorie des deux sujets .....	79
Sous-section 2.	La théorie du droit (subjectif) sur l'objet .....	80
Sous-section 3.	Le droit suisse : un mixte des deux théories .....	81
Section 2.	La classification des droits subjectifs .....	81
Sous-section 1.	Classification selon la théorie des deux sujets : droits absolus et droits relatifs .....	81
§ 1.	Définitions .....	81
§ 2.	Objets des deux catégories de droits subjectifs .....	82
Sous-section 2.	Classification selon l'objet du rapport : droits de jouissance et droits de compétence .....	84
§ 1.	Définitions .....	84

§ 2.	Subdivision des droits de jouissance et des droits de compétence.....	84
Sous-§ 1.	Les droits de jouissance.....	84
Sous-§ 2.	Les droits de compétence.....	85
Sous-section 3.	Autres classifications possibles.....	86
§ 1.	Droits patrimoniaux vs droits non-patrimoniaux.....	86
§ 2.	L'opposition entre droits réels et droits personnels : portée et conséquences.....	90
Sous-§ 1.	<i>Numerus clausus</i> des droits réels.....	90
Sous-§ 2.	Le droit de suite des droits réels.....	92
Sous-§ 3.	Le droit de préférence des droits réels.....	92
Sous-§ 4.	La concurrence entre titulaire de différents droits.....	92
§ 3.	Droits strictement personnels vs droits non strictement personnels.....	93
§ 4.	Droits cessibles, droits incessibles, droits transmissibles, droits intransmissibles.....	94
§ 5.	Droits saisissables vs droits insaisissables.....	95
§ 6.	Droits réels mobiliers vs droits réels immobiliers.....	97
§ 7.	Droit de propriété et droits réels restreints.....	98
<b>Chapitre 3.</b>	<b>Les choses. Ou ce sur quoi portent les droits subjectifs.....</b>	<b>101</b>
Section 1.	Généralités : classer pour distinguer.....	101
Section 2.	La classification des choses.....	102
<b>Chapitre 4.</b>	<b>Naissance, modification, transfert, extinction des droits subjectifs en droit privé.....</b>	<b>107</b>
Section 1.	La structure de la règle de droit consacrant un droit subjectif.....	107
Section 2.	Les différents faits juridiques.....	109
Sous-section 1.	Les faits de la nature.....	109
Sous-section 2.	Les faits de l'homme.....	110
§ 1.	Les actes illicites.....	111
§ 2.	Les actions juridiques.....	112
Sous-section 3.	Synthèse logique et graphique de la nomenclature des faits juridiques.....	113
Section 3.	Les actes juridiques.....	115
Sous-section 1.	Définition de l'acte juridique.....	115
Sous-section 2.	La classification des actes juridiques.....	116

## Table des matières

§ 1.	Acte uni-, bi- ou multilatéral .....	116
§ 2.	Acte entre vifs ou acte à cause de mort .....	116
§ 3.	Acte pour soi ou acte pour autrui.....	117
§ 4.	Acte d'enrichissement ou acte d'appauvrissement .....	118
§ 5.	Acte formel ou acte informel.....	119
Section 4.	Les contrats.....	121
Sous-section 1.	Les contrats unilatéraux ou les contrats bilatéraux ou les contrats multilatéraux .....	121
Sous-section 2.	Les contrats gratuits ou les contrats onéreux .....	124
Sous-section 3.	Les contrats formels ou les contrats informels .....	125
Sous-section 4.	Les contrats nommés ou les contrats innommés.....	127
Sous-section 5.	Les contrats de négociation ou les contrats d'adhésion .....	129
Sous-section 6.	Les contrats de droit administratif.....	130
 <b>Titre VI. Les grands principes du droit suisse.....</b>		<b>131</b>
 <b>Chapitre 1. Interprétation du droit et pouvoir créateur général du juge .....</b>		<b>135</b>
Section 1.	Prolégomènes. Ou de l'esprit général de l'interprétation.....	135
Section 2.	Interprétation de la loi et rôle des trois langues officielles .....	141
Sous-section 1.	Les trois langues officielles et leur rôle .....	142
Sous-section 2.	Les règles d'interprétation des textes divergents dans les langues officielles.....	148
Section 3.	Les « méthodes » d'interprétation .....	150
Sous-section 1.	Scientificité et ordonnancement des « méthodes ».....	150
Sous-section 2.	Caractéristiques de chacune des « méthodes » .....	152
§ 1.	La « méthode » dite littérale .....	152
§ 2.	La « méthode » dite systématique .....	157
§ 3.	La « méthode » dite historique .....	159
Sous-§ 1.	La méthode historique statique, dit aussi méthode historique <i>subjective</i> .....	160
Sous-§ 2.	La méthode historique évolutive, dite aussi méthode historique <i>objective</i> .....	162
§ 4.	La « méthode » dite téléologique.....	166
 <b>Chapitre 2. Interprétation du droit et application de la loi .....</b>		<b>169</b>
Section 1.	Remarques préliminaires .....	169

Section 2.	Quid lorsque plusieurs interprétations s'avèrent possibles ? ....	169
Section 3.	De l'« application conforme » de la règle de droit (à un ordre juridique supérieur) .....	170
Section 4.	De l'application extensive de la règle de droit.....	170
Section 5.	De l'application restrictive de la règle de droit.....	172
Section 6.	De l'application <i>a contrario</i> de la règle de droit.....	173
Section 7.	De l'application <i>a fortiori</i> de la règle de droit .....	174
Section 8.	De l'application <i>a maiore ad minus</i> de la règle de droit : qui peut le plus peut le moins .....	175
Section 9.	De l'application par analogie.....	176
Section 10.	De l'application des « règles du droit et de l'équité » (art. 4 CC).....	180
Sous-section 1.	Droit, équité et prudence : brefs éléments d'un flottement.....	180
Sous-section 2.	Équité, justice et juste : une omniprésence propre d'un principe général .....	184
Section 11.	La justice prédictive... ou la mort de l'interprétation ?.....	190
Section 12.	Interprétation de la loi et art. 1 CC : synthèse.....	196
<b>Chapitre 3.</b>	<b>Lacunes de la loi et pouvoir créateur ponctuel du juge .....</b>	<b>199</b>
Section 1.	L'esprit général de la figure méthodologique des lacunes.....	199
Section 2.	Comblement d'une lacune ou interprétation conduisant à une application par analogie ? .....	201
Section 3.	Silence qualifié, lacune proprement dite, lacune improprement dite et fausse lacune .....	202
Section 4.	Le juge confronté à une vraie lacune : une démarche en « comme si ».....	208
Section 5.	Lacune <i>praeter legem</i> et lacune <i>intra legem</i> .....	212
<b>Chapitre 4.</b>	<b>La bonne foi .....</b>	<b>215</b>
Section 1.	L'esprit général de la bonne foi.....	215
Section 2.	Nature et origine éthique de la bonne foi.....	215
Section 3.	Le contenu de la <i>bona fides</i> .....	218
Section 4.	La bonne foi en droit international public .....	220
Section 5.	La bonne foi en droit public interne.....	222
Sous-section 1.	Quelques éléments d'histoire.....	222

## Table des matières

Sous-section 2.	Quelques conséquences concrètes de la bonne foi en droit public : morceaux choisis .....	224
§ 1.	Bonne foi et droit de l'autorité de changer d'avis dans l'intérêt public .....	224
§ 2.	Bonne foi en rapport avec la confiance que le justiciable peut avoir en l'information officielle .....	228
§ 3.	Bonne foi en rapport avec la protection contre le cas fortuit ou la force majeure .....	229
§ 4.	Bonne foi en rapport avec le droit d'être entendu.....	230
§ 5.	Bonne foi en procédure.....	232
§ 6.	Bonne foi en rapport avec un acte d'abus de pouvoir de l'autorité .....	233
Section 6.	La bonne foi en droit privé des art. 2 et 3 CC.....	234
Sous-section 1.	Remarques liminaires. Ou l'esprit général de la bonne foi selon les art. 2 et 3 CC.....	234
Sous-section 2.	La bonne foi <i>objective</i> ( <i>Treu und Glaube</i> ) : art. 2 CC .....	238
§ 1.	Généralités.....	238
§ 2.	L'art. 2 al. 1 CC.....	239
§ 3.	L'art. 2 al. 2 CC : la notion d'abus de droit .....	244
§ 4.	Conclusions sur l'art. 2 CC.....	249
Sous-section 3.	La bonne foi <i>subjective</i> ( <i>Guter Glaube</i> ) : art. 3 CC.....	250
§ 1.	L'économie générale de l'art. 3 CC.....	250
§ 2.	La présomption de bonne foi subjective : art. 3 al. 1 CC.....	253
§ 3.	La bonne foi subjective est-elle légitime in casu ? Art. 3 al. 2 CC.....	262
§ 4.	Conclusion et ouverture : la « bonne foi subjective » est-elle objective ?.....	264
	<b>Conclusion générale.....</b>	<b>267</b>
	<b>Table des matières .....</b>	<b>271</b>