

Les jugements *contra legem* rendus en équité au sein de l'ordre juridique suisse

Mémoire de maîtrise universitaire en droit

présenté à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique
de l'Université de Lausanne par

Nicolas Vincent Reymond

sous la direction du

Professeur Edgar Philippin

Semestre de printemps 2020

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| Table des abréviations | II |
| Bibliographie | IV |
| I. Prolégomènes | 1 |
| A. Introduction | 1 |
| B. Quelques précisions terminologiques | 3 |
| 1. Jugement <i>contra legem</i> ou erreur du juge ? | 4 |
| II. Étendue du pouvoir interprétatif des juges à l'aune de diverses théories générales du droit | 6 |
| A. Prééminence de l'interprétation littérale..... | 6 |
| B. Une théorie réaliste de l'interprétation | 8 |
| C. L'interprétation selon Kelsen ou l'interprétation mixte | 10 |
| D. La théorie interprétative retenues dans ce travail | 12 |
| III. Les méthodes d'interprétation retenues en droit suisse | 14 |
| A. Le pluralisme méthodologique pragmatique | 15 |
| B. La théorie des lacunes de la loi | 18 |
| C. La place des jugements <i>contra legem</i> au sein de l'ordre juridique suisse..... | 21 |
| IV. Analyse d'arrêts choisis | 23 |
| A. Points de convergence des arrêts analysés | 24 |
| B. Analyse proprement dite de différents arrêts rendus de manière <i>contra legem</i> en équité | 25 |
| 1. ATF 123 III 292 (FC Lohn)..... | 25 |
| 2. ATF 116 Ia 359 (Theresa Rohner) | 29 |
| 3. ATF 145 I 207 (Invalidation d'une votation fédérale)..... | 35 |
| 4. PE19.000742 (Activistes du climat de Lausanne)..... | 39 |
| V. Tensions induites par ces arrêts rendus <i>contra legem</i> | 43 |
| A. Un principe de la légalité remis en question ? | 43 |
| B. L'étendue du pouvoir d'appréciation du juge est-il modifié par les jugements <i>contra legem</i> ? | 45 |
| C. Création prétorienne <i>contra legem</i> et <i>stare decisis</i> | 46 |
| VI. Conclusion | 48 |
| Annexe 1 : Jugement Ménard | 51 |

Table des abréviations

| | |
|-----------------|--|
| aCst | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (abrogée, RO 1 1) |
| al. | alinéa |
| art. | article |
| ATF | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse |
| C. | Codex Iustinianus |
| c. | considérant(s) |
| ch. | chapitre |
| CIA | Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (abrogé, RO 1969 1117) |
| CIJ | Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945 (RS 0.193.501) |
| cit. | cité |
| CC | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) |
| CEDH | Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101) |
| Chf | Francs suisses |
| CO | Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse. Livre cinquième : Droit des obligations (Code des obligations, RS 220) |
| CO ₂ | Dioxyde de carbone |
| CPC | Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272) |
| Cst | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101) |
| CP | Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) |
| CPP | Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0) |
| Deut. | Deutéronome |
| Dig. | Digeste |
| édit. | éditeur(s) |
| éd. | édition |
| et al. | et autre(s) |
| etc. | et cetera |
| Ex. | Exode |
| FC | Football club |
| FF | Feuille fédérale |
| GIEC | Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat |
| LDIP | Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291) |

| | |
|-------|--|
| LDP | Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1) |
| LLC | Loi fédérale du 5 octobre 2007 sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques (Loi sur les langues) (RS 441.1) |
| LPubl | Loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la feuille fédérale (Loi sur les publications officielles) (RS 170.512) |
| LTAF | Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32). |
| LTF | Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110) |
| lit. | lettre(s) |
| Mat. | Évangile selon Matthieu |
| n° | numéro(s) |
| NZZ | Neue Zürcher Zeitung |
| OCDE | Organisation de coopération et de développement économiques |
| p. | page(s) |
| PA | Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021) |
| PDC | Parti démocrate-chrétien |
| PJA | Pratique juridique actuelle |
| pr. | principium |
| RDS | Revue de droit suisse |
| RGP | Règlement général de police de la Commune de Lausanne (RSL 500.1) |
| RO | Recueil officiel |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral |
| RSL | Recueil systématique du droit communal de Lausanne |
| s. | et suivant(s) |
| SBS | Société de banque suisse |
| SJ | Semaine judiciaire |
| TF | Tribunal fédéral |
| trad. | traducteur |
| USEK | Université Saint-Esprit de Kaslik |
| vol. | volume(s) |
| ZBI | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |
| § | paragraphe(s) |

Bibliographie

- Amselek Paul*, L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen, in *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville 2011, p. 39-56.
- Ancel Pascal*, Langue du droit et langue de la rue : du Luxembourg à l'Europe, RDS 2017, p. 255-270.
- Aristote*, Éthique à Nicomaque, trad. Richard Bodéüs, Paris 2004.
- Augsburger-Bucheli Isabelle*, Le facteur linguistique influence-t-il le contenu des formules élaborées par le Tribunal fédéral en matière d'interprétation, in : *Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions (Jean-François Perrin, édit.)*, Fribourg 1989, p. 209-217.
- Auteurs collectifs*, La Bible en français courant, Villiers-le-Bel 1997 (cit. La Bible).
- Beccaria Cesare*, Des délits et des peines, trad. *Maurice Chevalier*, Paris 1991.
- Biaggini Giovanni*, Eine Premiere mit begrenzter präjudizielle Tragweite, ZBI120/2019 p. 531-558.
- Bochatay David*, L'équité dans la justice arbitrale. Aspect philosophique et de droit comparé, in *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé (Eleanor Cashin Ritaine/Élodie Maître Arnaud, édit.)*, Genève et al. 2008, p.27-40.
- Buergisser Michel*, Comment respecter la volonté du législateur ? Aperçu de quelques réponses en doctrine, in : *Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions (Jean-François Perrin, édit.)*, Fribourg 1989, p. 227-241.
- Cappelletti Mauro*, Des juges législateurs ? in *Le pouvoir des juges*, trad. *René David*, Aix-en-Provence et al. 1990, p. 23-114.
- Carbasse Jean-Marie*, Histoire du droit, 2^e éd., Paris 2013.
- Cuniberti Gilles*, Grands systèmes de droit contemporains. Introduction au droit comparé, Issy-les-Moulineaux 2015.
- Cashin Ritaine Eleanor*, La traduction nécessaire : traduction obligatoire et traduction inévitable au sein d'un ordre juridique national. L'expérience de l'Institut suisse de droit comparé, in : http://www.lalive.ch/data/publications/La_traduction_necessaire_26.05.2010.pdf (dernière consultation le 18 mai 2020).
- Cerutti Davide*, *Ius est aequum et bonum*. L'équité et le droit : racines romaines d'un rapport à géométrie variable, in *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé (Eleanor Cashin Ritaine/Élodie Maître Arnaud, édit.)*, Genève et al. 2008, p. 41-69.
- Chappuis Christine*, Commentaire des articles 2 et 304 à 306 CC, in : *Commentaire romand du Code civil. Première partie (Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx, édit.)*, Genève et al. 2010.
- Cottier Bertil*, Les concepts juridiques indéterminés : un oreiller de paresse pour le législateur ?, in *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé (Eleanor Cashin Ritaine/Élodie Maître Arnaud, édit.)*, Genève et al. 2008, p.611-628.
- Deschenaux Henri*, Le Titre préliminaire du code civil. Droit des personnes, in : *Traité de droit civil suisse (Max Gutzwiller/Hans Hinderling/Arthur Meier-Hayoz/Hans Merz/Roger Secrétan/Werner von Steiger, édit.)*, Tome II/1, Fribourg 1969.

- Devinat Mathieu/Pichonnaz Pascal*, L'égalité des langues officielles devant les cours suprêmes : regards croisés sur le droit canadien et le droit suisse, RDS 2017, p. 271-286.
- Donzallaz Yves*, Loi sur le Tribunal fédéral. Commentaire, Berne 2008.
- Dunand Jean-Philippe*, Le code civil d'Eugen Huber : une loi conçue dans l'esprit de la démocratie ?, in La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse (*Pierre Tschannen*, édit.), Genève et al. 2005, p. 53-79.
- Eco Umberto*, Lector in fabula. Le rôle du lecteur ou la Coopération interprétative dans les textes narratifs, trad. Bouzaher Myriem, Paris 2018.
- Engel Pierre*, Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO, Neuchâtel 1973.
- Flückiger Alexandre*, (Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019.
- Fumagalli Antonio*, Gericht verneint « rechtfertigenden Notstand », NZZ 2020, 21.02, n°43, p. 13.
- Gauch Peter/Schluep Walter R./Tercier Pierre*, La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile), Zurich 1978.
- Geny François*, Méthode d'interprétation et source en droit privé positif. Essai critique, Paris 1919.
- Gilliard François*, Le Tribunal fédéral interprète du droit privé, in : Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions (*Jean-François Perrin*, édit.), Fribourg 1989, p. 167-177.
- Grandjean Michel*, La publication de la Bible en allemand (1543), in : La Réforme. Matin du monde moderne (*Michel Grandjean*, édit.), Bière 2016, p. 49-59.
- Graven Philippe*, Note sur l'interprétation des lois pénales en Suisse, in : Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions (*Jean-François Perrin*, édit.), Fribourg 1989, p. 153-165.
- Grin Nina/Meyer Pauline/Reymond Nicolas*, Des délits et des peines : un essai sur la représentation de la justice et du juge selon Beccaria, Lausanne 2019.
- , Fribourg 1989, p. 153-165.
- Guastini Riccardo*, Interprétation et description de normes, in : Interprétation et Droit (*Paul Amselek*, édit.), Bruxelles et al. 1995, p. 89-101.
- Honsell Heinrich*, Commentaire des articles 1 à 4 CC, in : Basler Kommentar Zivilgesetzbuch. Première partie (*Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis*, édit.), 6^e éd., Bâle 2018.
- Huber Eugen*, Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, tome 1 : Introduction, droit des personnes et de la famille, Berne 1901.
- Hurtado Pozo José/Godel Thierry*, Droit pénal général, 3^e éd., Zurich 2019.
- Jakab András*, Qu'est-ce qui fait le bon juriste ? Magnaud était-il vraiment un bon juge ?, Droits, vol. 52, n° 2, 2010, p. 153-164.
- Jouanjan Olivier*, Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper, Droits, vol. 37, n° 1, 2003, p. 31-48.
- La Théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes, Droits, vol. 54, n° 2, 2011, p. 27-48.
- Jouzel Jean/Masson-Delmotte Valérie*, Réchauffement climatique : les perspectives des rapports entre science, politique et société, in : Annales des Mines – Responsabilité et environnement 2016, n°83, p. 50-54.

- Kandel Robert*, Le réchauffement climatique, coll. que sais-je, Paris 2002.
- Kelson Hans*, Théorie pure du droit, trad. *Charles Eisenmann*, Paris 1962.
- Landrove Juan Carlos*, L'équité de l'art. 4 CC et celles des arts. 31 al. 3 CIA et 187 al. 2 LDIP appliquées respectivement par le juge et par l'arbitre sont-elles synonymes ?, in : Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé (*Eleanor Cashin Ritaine/Élodie Maître Arnaud*, édit.), Genève et al. 2008, p. 103-127.
- Leben Charles*, L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique, *Droits*, vol. 54, n° 2, 2011, p. 49-80.
- Le Roy Yves/Schoenenberger Marie-Bernadette*, Introduction générale au droit suisse, 4^e éd., Genève 2015.
- Mahillon Pierre*, Le rôle du juge dans l'interprétation : tension ou extension, in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (*Michel van de Kerchove*, édit.), Bruxelles 1978, p. 565-578.
- Mahon Pascal/Mavroidis Petros C.*, Le pouvoir et les méthodes d'interprétation du juge en droit domestique et en droit international, in : *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata* (*Roland Ruedin*, édit.), Genève et al. 1999, p. 397-410.
- Manai Dominique*, Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse, Genève 1985.
- Mandofia Marina*, Comparaison des expressions utilisées par le Tribunal fédéral pour légitimer une décision qui heurte le sens clair de la loi, in : *Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions* (*Jean-François Perrin*, édit.), Fribourg 1989, p. 219-225.
- Meier-Hayoz Arthur*, Der Richter als Gesetzgeber. Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit, in : *Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener* (*Max Kummer/Hans Ulrich Walder*, édit.), Zurich 1973, p. 189-206
- Monnier Gilles*, Commentaire de l'introduction aux art. 14–18 et des articles 14 à 18, in *Commentaire romand du Code pénal. Première partie*, (*Robert Roth/Laurent Moreillon*, édit.), Genève 2009.
- Montesquieu*, De l'esprit des lois. Anthologie, Paris 2013.
- Moor Pierre*, Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit, Genève et al. 2010.
- Introduction à la théorie de la légalité, in : *Figure de la légalité* (*Charles-Albert Morand*, édit.), Paris 1992, p. 11-28.
- Morand Charles-Albert*, La légalité de la légalité, in : *Figure de la légalité* (*Charles-Albert Morand*, édit.), Paris 1992, p. 185-203.
- Moreillon Laurent et al.*, Petit commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017.
- Nantermod Philippe*, Le parlementaire, ce juge qui s'ignore, *RDS* 2019 II, p. 353-367.
- Niggli Marcel Alexander/Göhlich Carola*, Commentaire des articles 14 et 14– 18, in : *Basler Kommentar Strafrecht* (*Alexandre Niggli Marcel/Hans Wiprächtiger*, édit.), Bâle 2019.
- Nussbaumer Arnaud*, L'acquiescement des activistes du climat à Lausanne, in : <www.lawinside.ch/875/> (dernière consultation le 28 mai 2020).
- OCDE*, Panorama des administrations publiques 2019, Paris 2019.

- Ost François/van de Kerchove Michel*, Les directives d'interprétation en théorie du droit et en droit positif belge. La lettre et l'esprit, in : Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions (*Jean-François Perrin*, édit.), Fribourg 1989, p. 7-39.
- Papaux Alain*, Introduction à la philosophie du « droit en situation », Genève et al. 2006.
- De la notion aux cas... et retour : du principe-cadre au principe-matrice, in Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé (*Eleanor Cashin Ritaine/Élodie Maître Arnaud*, édit.), Genève et al. 2008, p.3-24.
- Paychère François*, Les enquêtes de satisfaction conduites auprès des tribunaux des cantons de Berne et de Genève, in : les Cahiers de la justice 2013, n° 1, p. 37-45.
- Perrin Jean-François*, Le Tribunal fédéral face aux méthodes d'interprétation, SJ 1983, p. 609-624.
- Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois, in : Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions (*Jean-François Perrin*, édit.), Fribourg 1989, p. 243-256.
- Commentaire des articles 4, 285 à 289, 293 à 295 et 316 à 317 CC, in : Commentaire romand du Code civil. Première partie (*Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx*, édit.), Genève et al. 2010.
- Perelman Chaïm*, Éthique et droit, Bruxelles 1990.
- Picard Étienne*, Contre la Théorie réaliste de l'interprétation juridique, in Revue juridique de l'USEK 2009, n° 10, p. 21-110.
- Pichonnaz Pascal*, Le Centenaire du Code des obligations, RDS 2011 II, p. 117-226.
- Pichonnaz Pascal/Vogenaue Stefan*, Le « pluralisme pragmatique » du Tribunal fédéral : une méthode sans méthode ? Réflexion sur l'ATF 123 III 292, PJA 1999, p.417-426.
- Pigeon Louis-Philippe*, Rédaction et interprétation des lois, Québec 1986.
- Radanne Pierre*, Changement climatique et société(s), in : Écologie et politique 2006, n°33, p. 95-115.
- Rochat Jocelyn*, Les juges traitent de plus en plus de sujets politiques, in : Allez savoir ! n° 74, p. 15-18.
- Rossel Jean-Emmanuel*, L'interprétation des normes contradictoires, in : Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions (*Jean-François Perrin*, édit.), Fribourg 1989, p. 55-85.
- Rousseau Jean-Jacques*, Du contrat social, Paris 2012.
- Schweizer Philippe*, Commentaire des articles 61, 150 à 159, 168 à 167, 295 à 304, 308 à 327a et 335 à 353, in Commentaire romand du Code de procédure civile (*François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Denis Tappy*, édit.), 2^e éd., Genève et al. 2019.
- Sophocle*, Antigone, trad. *Robert Pignarre*, Paris 1999.
- Steinauer Paul-Henri*, L'interprétation des silences du législateur à l'aide des arguments a contrario, a simili et a fortiori, in : Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions (*Jean-François Perrin*, édit.), Fribourg 1989, p. 41-53.
- Strauss Léo*, Le droit naturel, Archives de Philosophie 2016/79, n° 3, pp. 453-484.
- Tanquerel Thierry*, Manuel de droit administratif, Genève et al. 2011.
- Tercier Pierre*, Le droit des obligations, Zurich 1996.

Troper Michel, Pour une théorie juridique de l'État, Paris 1994.

— Une théorie réaliste de l'interprétation, *Revista opinião jurídica* 2006, n° 8, p.301-317.

Wendt Christian, La préfecture comme facture normatif à Rome, in : La norme sous la République romaine et le Haut-Empire. Élaboration, diffusion et contournements (*Tanja Itgenshorst/Philippe le Doze*, édit.), Pessac 2017, p. 275-281.

Werro Franz, Commentaire des articles 1 et 16 à 19 CC, in : Commentaire romand du Code civil. Première partie (*Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx*, édit.), Genève et al. 2010.

Wurzbarger Alain, Le Tribunal fédéral. Comprendre son fonctionnement, agir devant les juges, Genève et al. 2011.

Jurisprudence

Arrêt du Tribunal fédéral

| | |
|-----------------|--|
| | ATF 131 II 562 |
| ATF 145 I 207 | ATF 131 III 26 |
| ATF 145 III 63 | ATF 131 III 562 |
| ATF 145 IV 17 | ATF 130 II 65 |
| ATF 145 IV 154 | ATF 129 III 656 |
| ATF 142 V 402 | ATF 129 IV 6 |
| ATF 141 I 49 | ATF 128 I 288 |
| ATF 141 III 53 | ATF 126 I 43 |
| ATF 141 III 564 | ATF 123 III 292 |
| ATF 140 III 251 | ATF 122 I 57 |
| ATF 140 III 577 | ATF 122 I 253 |
| ATF 140 V 458 | ATF 122 IV 1 |
| ATF 139 I 57 | ATF 116 Ia 359 |
| ATF 139 III 334 | ATF 112 II 167 |
| ATF 138 I 61 | ATF 111 Ia 191 |
| ATF 138 III 378 | ATF 108 Ib 78 |
| ATF 137 I 1 | ATF 92 II 168 |
| ATF 137 III 337 | ATF 83 I 173 |
| ATF 136 III 6 | ATF 76 II 51 |
| ATF 136 III 283 | ATF 49 I 293 |
| ATF 133 V 593 | Arrêt du 24 janvier 2020, 6B_1224/2019 |
| ATF 132 III 470 | Arrêt du 24 janvier 2020, 6B_1250/2019 |
| ATF 131 I 57 | Arrêt du 18 avril 2019, 5A_42/2019 |
| ATF 131 I 467 | Arrêt du 12 mai 2014, 5A_39/2014 |

Arrêt du 9 juillet 2010, 2C_818/2009

Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne

Arrêt du 21 janvier 2000, 2A_373/1998

PE19.000742

Travaux préparatoires

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet du Code civil suisse du 28 mai 1904, FF 1904 IV 1.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final) du 5 mars 1905, FF 1907 II 1.

Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du code des obligations (Supplément au message du 5 mars 1905) du 1er juin 1909, FF 1909 III 747.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de code pénal suisse du 23 juillet 1918, FF 1918 IV 1.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une loi fédérale sur les droits politiques du 9 avril 1975, FF 1975 I 1337.

Message sur l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes » du 14 novembre 1979, FF 1980 I 73.

Message du Conseil fédéral portant sur la révision totale de la Constitution de 1874 du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1.

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1.

Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 4000.

Message concernant une modification de la loi fédérale sur les droits politiques du 30 novembre 2001, FF 2001 6051.

I. Prolégomènes

A. Introduction

Pour la plupart des justiciables, enfants du légalisme révolutionnaire¹, les termes *droit* et *loi* sont synonymes² et surtout consubstantiellement liés à la justesse et l'équité. Cependant, tel ne fut pas toujours le cas. Aristote avançait que certes, l'injustice survient lorsque la loi est violée, mais aussi lorsque des actes ou des règles sont inéquitables faisant ainsi sortir l'équité du texte³. À Rome, le peuple exigea la rédaction des XII tables afin de rendre le droit intelligible⁴ tout en octroyant, le temps passant, un pouvoir toujours plus grand au préteur afin de la corriger ou de la compléter si bien qu'il incarnera même la loi sous la République⁵, avant de perdre de son influence notamment par l'avènement du christianisme⁶. Il est vrai que la réduction du droit à la seule loi n'est, aujourd'hui, plus soutenable. Eugen Huber, rédacteur de notre code civil, défend que la loi n'est qu'une source du droit à côté de la coutume et du droit prétorien⁷.

Néanmoins, le légalisme perdure. Notre Constitution fédérale commande aux Tribunaux d'appliquer les lois fédérales⁸, l'article 4 CC règle le pouvoir d'appréciation du magistrat en le limitant au cadre de la loi, sans oublier qu'un ancien juge fédéral défend que le magistrat « doit appliquer la loi, qui fixe les grandes lignes de son action, tout en lui laissant une certaine marge d'appréciation »⁹. À côté de cela, la doctrine légistique soutient encore cette volonté de perfection, de plénitude de la loi puisque « l'univocité du sens et l'absence de lacune seraient essentielles pour garantir une sécurité du droit dans l'application de la loi : le législateur devrait donc s'y atteler en perfectionnant sa technique rédactionnelle afin de permettre une application syllogistique aussi prévisible que possible de sorte que le juge ne soit effectivement que le porte-parole mécanique de la loi »¹⁰. Pourtant, nous tâcherons de démontrer tout au long de ce travail que la loi, bien que primordiale, n'est qu'une source du droit pour le magistrat qui aura pour mission de trancher les litiges de la manière la plus juste possible. Fort heureusement, dans la majorité des cas, la loi et l'interprétation reflètent cette justesse, mais marginalement, il arrive que l'application de la norme conduise à un résultat insatisfaisant. Dans ce cas, nous démontrerons que le magistrat, sous couvert de divers subterfuges, ambitionnera de trouver la solution la plus équitable, quitte à se détacher du sens usuellement attribué à une norme — l'analogie, la réduction téléologique ou l'interprétation extensive en sont des moyens —, voire en ayant recours

¹ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 423 s.

² Alain Papaux (2006), p. 15.

³ Aristote (2004), p. 227.

⁴ Jean-Marie Carbasse (2013), p.13-15.

⁵ Christian Wendt (2017), p. 276 s.

⁶ L'adage latin « *non exemplis, sed legibus indicandum est* » (Ce n'est pas sur des exemples, mais sur des lois qu'il faut juger) provenant des codifications de l'Empereur Justinien démontre cette perte d'influence de la décision au regard du cas afin de céder le pas à la loi ; C. 7. 45. 13.

⁷ Art. 1 al. 1 et 2 CC.

⁸ Art. 190 Cst.

⁹ Alain Wurzbürger (2011), p. 183.

¹⁰ Alexandre Flückiger (2019), p. 518.

à la figure du jugement *contra legem* rendu en équité pourtant considéré comme prohibé en droit suisse¹¹.

Dans une première partie, nous nous attacherons à analyser trois grands courants portant sur l'interprétation des lois. Le premier défend que l'interprétation ne peut être que le fruit d'une analyse grammatico-littérale des énoncés légaux et fonde le courant des exégèses en France. Une deuxième théorie avance que le juge est tout puissant dans le cadre de l'interprétation des lois et qu'il est le seul à fixer la norme. Enfin, en troisième thèse, certains auteurs — dont H. Kelsen selon nous — exposent que le législateur énonce un cadre dans lequel le juge peut librement interpréter la loi¹². Nous fixerons aussi les règles interprétatives retenues dans ce travail, mélange de diverses théories, quoique proches de la théorie mixte, incluant surtout des principes d'équité qui dépassent un strict cadre positiviste. Puis, nous nous attarderons sur les principes retenus par le Tribunal fédéral dans le cadre de l'interprétation des lois et des lacunes de la loi. Nous questionnerons aussi la place des décisions *contra legem* au sein de notre système juridique. Dans une seconde partie, nous nous intéresserons aux jugements rendus en équité de manière *contra legem* et aux conséquences qu'ils peuvent avoir en droit et sur la société. Contrairement à ce que pensent deux auteurs¹³, nous essayerons de démontrer que les jugements *contra legem* se différencient du comblement des lacunes de manière nette. Enfin, suite à cette théorisation des différentes catégories, nous analyserons quatre décisions, principalement du Tribunal fédéral, rendues selon nous de manière *contra legem* en équité.

Si de prime abord nous souhaitons nous restreindre au droit privé pour des raisons de commodité notamment systémique, nous nous sommes rendu compte que les principes soutenant l'équité *contra legem* sont identiques en droits pénal, civil et public ; nous développerons brièvement ce point. Avant toute chose, il nous paraît important de poser quelques explications terminologiques et précisions théoriques. Nous nous attèlerons aussi à différencier trois types de jugements différents auxquels le justiciable peut être confronté.

Sous un aspect plus méthodologique, nous regrettons la fermeture des bibliothèques qui nous a empêchés d'avoir accès à autant de doctrine, tant en langue allemande qu'en langue française, que les besoins d'un pareil exercice commandent. À ce titre, souvent, les dernières éditions des précis et autres ouvrages n'étaient soit plus disponibles, soit impossibles à emprunter. Nous pensons notamment au *Traité de droit civil suisse* portant sur la partie générale que, dans sa dernière édition, écrite par le Professeur Steinauer, nous fut impossible à consulter ce qui nous a contraint de nous appuyer sur l'excellente première édition du Professeur Deschenaux.

¹¹ Jean-François Perrin (1989), p 249 s.

¹² Charles Leben (2011), p. 53 à 55.

¹³ Pascal Mahon/Petros C. Mavroidis (1999), p. 399.

B. Quelques précisions terminologiques

Ce travail s'appuyant sur certains concepts, il nous semble primordial de définir quelques notions générales. L'interprétation étant au centre de ce mémoire, il nous paraît nécessaire de commencer par différencier la théorie de la connaissance de la théorie de la volonté. Selon la première, l'interprétation revient à indiquer le sens d'une chose.¹⁴ Ainsi, « l'interprétation n'est pas autre chose qu'une identification de la volonté qui s'est réellement exprimée lors de l'élaboration de la loi »¹⁵ ; autrement dit, le sens préexiste au texte. La seconde théorie soutient que l'interprétation est un travail de signification du sens¹⁶. « La loi doit être considérée comme un acte de raison. [...] Ce choix ouvre évidemment à l'interprète d'immenses possibilités puisqu'il peut puiser dans la raison le droit en cas de conflit avec la volonté du législateur »¹⁷ ; cette théorie peut se résumer à laisser à chaque interprète de la loi le loisir de déterminer le sens au texte. C'est d'ailleurs dans cette veine que s'inscrit le droit suisse au regard notamment des règles interprétatives du droit posées par l'article 1 CC.

À répétées reprises, nous convoquerons la figure de l'équité durant ce travail ; reste à en déterminer le sens. D'une manière générale, c'est une idée « exogène au droit positif et le transcendant. Elle est constituée d'un ensemble de principes qui préexistent au droit positif et qui orientent aussi bien l'élaboration que l'application du droit »¹⁸. Une définition plus précise de ce terme propose que l'équité « désigne les considérations qui sont ajoutées au droit pour réaliser la justice »¹⁹. Ces considérations s'affranchissent « des règles pour mieux cibler l'idéal »²⁰. Cette notion sert à parfaire le droit, à accompagner les lois dans cette recherche d'idéal de justice²¹. D'ailleurs, la formulation de l'article 4 CC exprime sans ambiguïté les deux sources de la justice en précisant que « le juge applique les règles du droit et de l'équité »²². Certes, l'équité prévue par l'article 4 CC a comme seul but d'offrir une base légale au pouvoir discrétionnaire des juges²³. À ce propos, originellement, E. Huber n'avait pas explicitement conféré aux magistrats le droit de trancher en équité — l'architecture générale de la première version du Code civil l'octroyait implicitement²⁴. Ce n'est que durant les travaux parlementaires que cette faculté fut rajoutée afin d'éviter que l'arbitraire ne soit trop souvent soulevé²⁵. Il n'empêche, la loi ne se suffit pas à elle-même. Elle s'enracine dans les principes généraux fondant le sentiment de justice tout comme elle se réalise dans le cas par la translation de l'abstrait au concret²⁶. À cet égard, à chaque décision, on tentera de mettre en application la définition de Celsus du droit : *ius est ars boni et*

¹⁴ Michel Troper (2006), p. 301.

¹⁵ Jean-François Perrin (1983), p. 611.

¹⁶ Michel Troper (2006), p. 301.

¹⁷ Jean-François Perrin (1983), p. 611.

¹⁸ Dominique Manai (1985), p. 66.

¹⁹ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 35.

²⁰ Jean-François Perrin (2010), art. 4 n° 18.

²¹ Alain Papaux (2006), p. 59 s.

²² Jean-François Perrin (2010), art. 4 n° 16.

²³ Heinrich Honsell (2018), art. 4 n° 1.

²⁴ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 450.

²⁵ Juan Carlos Landrove (2008), p. 109.

²⁶ Alain Papaux (2006), p. 207 s.

*aequi*²⁷. Plus que représenter deux notions antinomiques, elles se combinent parfaitement dans la recherche du droit juste²⁸.

1. Jugement contra legem ou erreur du juge ?

Montesquieu exposait dans son *Esprit des lois* que « les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »²⁹. Un siècle plus tard, Victor Hugo s'insurgeait dans *les Misérables* contre cette prééminence du seul droit écrit en rappelant que les codes ne sont pas les seules sources du droit³⁰. Néanmoins, E. Huber s'inspira, pour la rédaction de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} CC, de la primauté de la loi napoléonienne³¹. Il rappelait que, contrairement à la doctrine, la loi devait être intelligible afin que chaque personne se trouvant en Suisse puisse la comprendre et la respecter³². En outre, la loi n'était-elle pas le fruit et l'instrument d'une volonté d'autodétermination du peuple, le libérant ainsi de tout arbitraire provenant de l'exécutif, aussi clément fût-il³³ ? À cela, le Conseil fédéral précisait qu'un « code civil doit, en principe, embrasser tout le droit privé »³⁴ renforçant d'autant ce sentiment que la loi se trouve principalement dans les codes, bien qu'il fût admis que, parfois, les textes légaux présentent des lacunes qu'il s'agissait de corriger³⁵.

S'inspirant du Code civil français, E. Huber rechercha la concision et l'abstraction dans la rédaction des articles du futur Code civil suisse³⁶. Il reviendra ainsi au juge d'interpréter ces normes abstraites et de trouver les solutions au cas d'espèce³⁷. Selon nous, c'est dans cette marge d'interprétation réservée aux magistrats que se pose la question de la « justesse »³⁸ d'un raisonnement juridique.

Nous posons comme hypothèse de recherche qu'il existe trois sortes de jugements dans un système légaliste. Le premier que nous qualifierons de *faux* comprend les décisions erronées ou arbitraires. Une deuxième catégorie de jugements, bien que ne respectant pas la lettre voire l'esprit de la loi, doit être comprise comme rendue en équité de manière *contra legem*. Finalement, en troisième catégorie, nous trouverons une multitude de décisions renversées ou non par les autorités supérieures en raison d'une motivation juridique inexacte ou d'une appréciation différente des faits sans pour autant qu'il faille les

²⁷ Dig. 1, 1, 1, pr.

²⁸ Davide Cerutti (2008), p. 42.

²⁹ Montesquieu (2013), p. 216.

³⁰ Alain Papaux (2006), p. 16-17.

³¹ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 106-107.

³² Eugen Huber (1901), p.10-11.

³³ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 107.

³⁴ FF 1904 IV 10.

³⁵ FF 1904 IV 13.

³⁶ Eugen Huber (1901), p. 17.

³⁷ Jean-Philippe Dunand (2005), p. 64.

³⁸ Il s'agit de comprendre ce terme dans un sens absolu, sans aucun jugement de valeur, ne servant qu'à déterminer ce qui est juste et injuste. À ce stade, nous rejoignons l'approche du Prof. Alain Papaux (2006), p. 19-24.

qualifier de fausses ou rendues de manière *contra legem* en équité³⁹. D'ailleurs, c'est ce cas de figure qu'E. Huber prévoyait lors de la rédaction du Code civil suisse en usant de notions abstraites et générales⁴⁰.

Les jugements *faux* le sont en raison de leur violation de la conformité au droit et à la séparation des pouvoirs devant guider l'activité d'interprétation des magistrats⁴¹. Sans mener des recherches poussées — qui sortiraient du champ d'étude de ce travail —, nous constatons que le Tribunal fédéral a recours à la figure de l'arbitraire pour les annuler⁴². Dans ces cas, il précisera que « l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait envisageable ou même préférable. Le Tribunal fédéral n'annule la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou encore un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable ; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il que le recourant démontre qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat »⁴³, préservant autant que possible l'appréciation des instances inférieures. Sans tomber dans l'arbitraire, notre troisième catégorie de décisions se compose des décisions renversées en raison d'une autre opinion juridique. Concernant les jugements renfermant une erreur de rédaction ou de calcul, il s'agira de passer par la voie de la rectification⁴⁴, en soi le raisonnement juridique est dans cette hypothèse correct.

C'est la deuxième catégorie de jugements qui retient notre attention dans ce travail, soit ceux rendus en équité de manière *contra legem*. Nous définissons ces jugements comme représentant une décision judiciaire allant à l'encontre, volontairement, de la lettre et de l'esprit d'une loi afin de donner une solution juste⁴⁵, dans une acception subjective du terme, à une cause qu'un tribunal doit trancher. En d'autres termes, ces jugements peuvent se résumer à : « il y a une règle de droit qui doit être appliquée, si la règle n'est pas bonne, il faut la réinterpréter⁴⁶ »⁴⁷ — tout comme la jurisprudence qui peut en découler d'ailleurs. À ce titre, le jugement Louise Ménard, acquittée malgré le vol reconnu et avéré d'une miche de pain, rendu par le tribunal de Château-Thierry en 1898 est un exemple éloquent⁴⁸. Plus

³⁹ P. Moor explique que cela est dû d'une part à l'obligation de motivation permettant d'entrevoir les différentes solutions qui eurent été possibles et d'autre part en raison de l'indétermination même des textes ; *Pierre Moor* (2010), p. 239 s.

⁴⁰ *Jean-Philippe Dunand* (2005), p. 64.

⁴¹ *Charles-Albert Morand* (1992), p. 186.

⁴² ATF 131 I 57 c. 2 ; ATF 131 I 467 c. 3.1 ou encore ATF 141 III 564 c. 4.1.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ La rectification est notamment prévue par l'art. 129 al. 1 LTF ou l'art. 334 al. 1 CPC. *Philippe Schweizer* (2019), n° 2 et 11.

⁴⁵ Cette notion doit être comprise comme une décision rendue *ex aequo et bono* tel que le domaine de l'arbitrage (art. 381 al. 1 lit. b CPC) ou des jugements en matière de droit international peuvent le connaître (au sens de l'art. 38 § 2 CIJ).

⁴⁶ Il s'agit de comprendre ce terme dans le sens commun du terme interprétation et non celui lié à un cadre déterminé par un système juridique.

⁴⁷ *András Jakab* (2010), p. 155.

⁴⁸ Le texte de ce jugement se trouve reproduit à l'Annexe 1. La numérotation marginale est de mon fait.

que de fonder l'état de nécessité en droit pénal français⁴⁹, ce jugement illustre le tiraillement entre le respect de la norme et la nécessité de justice et d'équité. Le considérant topique permettant de fonder l'approche *contra legem* n'est autre que la fin du deuxième : « lorsqu'une pareille situation se présente et qu'elle est, comme pour Louise Ménard, très nettement établie, le juge peut, et doit, interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ». Tout l'enjeu est donc là : jusqu'à quel point le juge est-il en droit d'interpréter une norme, de prendre en compte son sentiment de justice, voire de sortir du pur cadre interprétatif afin de faire œuvre de législateur poursuivant un but d'équité, de tempérance.

II. Étendue du pouvoir interprétatif des juges à l'aune de diverses théories générales du droit

Des XII Tables romaines exemple parfait du légalisme et de l'interprétation stricte des textes⁵⁰ jusqu'à la procédure extraordinaire abolissant les actions de la loi⁵¹ et protégeant l'interprétation téléologique des magistrats⁵², la marge interprétative était déjà débattue par les juristes romains. Nous verrons dans ce chapitre que l'interprétation littérale romaine renaît dès le Moyen-âge avec comme point d'orgue les codifications. Puis, comme à Rome, d'autres théories interprétatives apparaissent. Cicéron soutenait qu'il « est vrai de dire qu'un magistrat est une loi qui parle »⁵³ et nous verrons que Michel Troper ne se porte pas en faux de cet aphorisme. Finalement, si Hans Kelsen est le père de la pyramide des normes et de la justice constitutionnelle, nous constaterons que sa méthode d'interprétation des normes mélange lettre et esprit, révélant ainsi une tension entre l'application mécanique et la subsomption opérée par les magistrats. Il n'empêche, et de tout temps, que l'interprétation est considérée comme étant « une opération intellectuelle qui consiste à donner la signification d'un texte »⁵⁴.

A. Prééminence de l'interprétation littérale

Depuis l'avènement du christianisme, l'écrit a pris une place centrale dans notre façon de concevoir le droit⁵⁵. Le Décalogue⁵⁶ en est une preuve édifiante puisque figeant des règles de conduite, mais aussi des règles interprétatives⁵⁷ qui, toutes, devront être « transmises [...] aux israélites »⁵⁸ ; le peuple devant y obéir « scrupuleusement »⁵⁹. La Réforme puis les Lumières n'arrêteront pas cette prééminence de l'interprétation littérale. Martin Luther traduit la Bible afin

⁴⁹Relevons que le Code pénal français ne reconnaîtra ce motif justificatif qu'avec la loi du 22 juillet 1992 (Loi n° 92-683) démontrant ainsi, s'il le fallait, toute l'importance que peut revêtir la jurisprudence dans l'interprétation des lois.

⁵⁰ Jean-Marie Carbasse, p.13-15.

⁵¹ C. 2.57.1.

⁵² C. 7.45.13.

⁵³ Christian Wendt (2017), p. 276, la source de cette maxime est De Legibus 3.2.

⁵⁴ Charles Leben (2011), p.49.

⁵⁵ Saint-Augustin considéra que les normes contenues dans l'Évangile — y compris le Décalogue par renvoi de Mat. 5 — sont les seules pouvant guider les hommes sur Terre ; Alain Papaux (2006), p. 75.

⁵⁶ La Bible, Ex. 20, 3-17 et Deut. 5, 6-21.

⁵⁷ Ibid., Ex. 20, 22-26, et ch. 21-23,19.

⁵⁸ Ibid., Ex. 20, 22.

⁵⁹ Ibid., Ex. 24, 7.

qu'elle soit compréhensible par tous⁶⁰ ; Montesquieu évoque le juge, simple bouche de la loi⁶¹ ; Rousseau soutient que la loi ne peut qu'être juste et doit être interprétée étroitement afin d'éviter toute violation du Contrat social⁶² ; sans oublier Beccaria, qui soutient l'usage par le juge du « syllogisme parfait [...] pour la bonne raison que le juge n'est pas législateur »⁶³ dans l'application du droit pénal. Finalement, au temps des grandes codifications napoléoniennes, les rédacteurs du Code civil français ordonnaient au juge d'appliquer la loi y compris lorsqu'elle n'est pas claire, asseyant ainsi la primauté de l'interprétation littérale⁶⁴. Même les partisans de l'École du droit historique, mettant pourtant en avant l'historicité des phénomènes humains, préférant la coutume à quelques lois *top-down* et réprouvant les codifications napoléoniennes, finirent par accepter l'idée d'une codification des normes par un législateur, qui fixerait l'âme du peuple et la *ratio legis* des normes sur du papier⁶⁵.

En parallèle à ces mouvements de codification, les magistrats souhaitèrent être cadrés par des principes, des normes facilitant d'autant leur travail de juge⁶⁶. Si les premiers juristes, encore habitués à la malléabilité de la coutume, faisaient preuve d'une interprétation assez souple des normes, bientôt l'unique fondement des décisions judiciaires ne devait être que la loi⁶⁷. Son interprétation est admise, mais le texte lui-même renferme cette dernière sans qu'aucune source extérieure ne puisse apporter un autre éclairage et en aucun cas la jurisprudence ne devra être consultée⁶⁸. À cela s'ajoute l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789, dont l'article 6 prévoit que la « loi est l'expression générale de la volonté générale », limitant d'autant plus le pouvoir interprétatif des magistrats⁶⁹. En parallèle, nous trouvons une volonté politique, en France, que les lois soient interprétées littéralement, faisant naître une illusion que ce droit nouvellement codifié est exhaustif, permettant d'épuiser toutes les lacunes du droit⁷⁰. Ainsi, mécaniquement, le juge est tenu d'appliquer les textes juridiques sans débattre leur fondement, mais en concentrant les débats juridiques sur les concepts se trouvant dans le texte⁷¹. Les théories cognitives ou formalistes reposant sur la théorie de la connaissance étaient nées⁷².

La primauté de la loi, en Suisse, n'est fort heureusement pas aussi absolue⁷³. Heinrich Honsell soutient même que les cas d'application de la loi basée uniquement sur un texte légal

⁶⁰ Luther, en premier traducteur de la Bible, met en fameux œuvre le « *sola scriptura* » permettant à chacun de se fier directement au texte ; Michel Grandjean (2016), p. 58.

⁶¹ Montesquieu (2013), p. 216.

⁶² Jean-Jacques Rousseau (2012), p.73.

⁶³ Cesare Beccaria (1991), p. 67.

⁶⁴ Art. 4 du Code civil français : Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

⁶⁵ Alain Papaux (2006), p. 129-131 et 133 ; Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 128-130.

⁶⁶ François Gény (1919), p. 6.

⁶⁷ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 424.

⁶⁸ François Gény, p. 23-25.

⁶⁹ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 424.

⁷⁰ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 427.

⁷¹ András Jakab (2010), p. 155.

⁷² Riccardo Guastini (1995), p. 89.

⁷³ Franz Werro (2010), art. 1 n° 1.

suffisamment clair permettant de ne pas s'intéresser au sens des mots, ne surviennent pas aussi souvent que ce que le justiciable semble imaginer⁷⁴. Le Tribunal fédéral utilise néanmoins, comme considérant topique, « La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre »⁷⁵ ; dès lors qu'il doit interpréter une norme, toutefois, il précise qu'il « ne privilégie aucune méthode d'interprétation »⁷⁶. Cette approche de notre Haute-cour respecte ainsi parfaitement la volonté d'E. Huber : « un code n'embrasse jamais le droit tout entier. [...] La codification peut fort bien présenter des lacunes, elle en accuse même ordinairement »⁷⁷. L'articulation entre le droit écrit et les autres sources du droit est faite⁷⁸ et nous préserve ainsi de tout « fétichisme de la loi écrite et codifiée »⁷⁹, permettant ainsi à nos juges d'être des « ministres d'équité » lorsque la loi est lacunaire ou non univoque⁸⁰.

B. Une théorie réaliste de l'interprétation

En parallèle à la théorie cognitive, les théories dites sceptiques, dont fait partie la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper, se sont développées⁸¹. Ces théories ont en commun d'arguer que l'interprétation juridique se fonde uniquement sur la théorie de la volonté, permettant donc aux juristes de déterminer eux-mêmes la signification des lois, du droit⁸². Les premières esquisses de ce courant de pensée remontent au XVIIIe siècle lorsqu'un évêque anglican émit l'idée que « quiconque a une autorité absolue d'interpréter le droit écrit ou oral est le véritable législateur et non la personne qui la première l'a mis par écrit ou l'a énoncé »⁸³.

La théorie réaliste de l'interprétation postule que l'interprétation des lois est une pure fonction de volonté, confiant ainsi à l'interprète un pouvoir spécifique et unique⁸⁴. M. Troper précise que l'interprétation se focalise sur les faits et sur les énoncés légaux, mais non sur la norme⁸⁵ ;⁸⁶. Cette théorie ambitionne de donner une image de la justice telle qu'elle existe ; elle décrit le droit non comme l'application des lois grâce à des règles préexistantes, mais en se basant sur la réalité émanant du terrain⁸⁷. Sur ce point, M. Troper rejoint Chaïm Perelman qui soutient que le droit positif ne peut se manifester que par les réalités sociales et non par ce qui est écrit dans les codes⁸⁸. Cela permet à M. Troper de poser que « les textes [légaux] n'ont aucun sens, mais sont

⁷⁴ « Fälle der Rechtsanwendung, die allein nach dem Wortlaut entschieden werden können, die m. a. W. so klar sind, dass man auf die Sinnfrage verzichten kann, sind nicht so häufig wie der Laie gemeinhin annimmt » ; Heinrich Honsell (2018), art. 1 n°1.

⁷⁵ ATF 145 IV 17 c. 1.2 ou allant dans le même sens ATF 141 III 53 c. 5.4.1 et 130 II 65 c. 4.2.

⁷⁶ ATF 145 IV 17 c. 1.2.

⁷⁷ Eugen Huber (1901), p. 31.

⁷⁸ Jean-Philippe Dunand (2005), p. 64 s.

⁷⁹ François Gény (1919), p. 70.

⁸⁰ Jean-François Perrin (2010), art. 4 n° 19.

⁸¹ Riccardo Guastini (1995), p. 89.

⁸² Ibid., p. 89 et Pierre Moor (2010), p. 238.

⁸³ Charles Leben (2011), p. 54.

⁸⁴ Michel Troper (2006), p. 303.

⁸⁵ Précision que dorénavant dans ce travail, le terme norme se définit comme « la signification prescriptive qui s'attache à un énoncé, il ne peut y avoir de norme avant que la signification ne soit déterminée, c'est-à-dire, justement, avant qu'elle ne soit interprétée », Étienne Picard (2009), p. 36.

⁸⁶ Michel Troper (2006), p. 306 à 309.

⁸⁷ Olivier Jouanjan (2003), p. 36.

⁸⁸ Chaim Perelman (1990), p. 547

seulement en attente de sens »⁸⁹. Les lois sont donc des énoncés neutres et descriptifs ; ce n'est que l'interprétation, voire la somme de ces interprétations⁹⁰ qui, contextualisée⁹¹, donnera le sens de la loi, soit la norme sous réserve que l'interprétation soit authentique⁹². Puisque le magistrat est le seul pouvant signifier le sens véritable d'une loi, l'arbitraire ne peut exister, mais surtout un jugement *contra legem* est impossible⁹³. Le législateur ne fixe qu'un texte de loi sans définir les situations d'application ni arrêter l'interprétation devant être retenue pour chaque cas conférant ainsi au magistrat le rôle de façonner la consistance normative de l'énoncé⁹⁴. En soi, cette toute-puissance interprétative laissée aux acteurs est intrinsèquement liée au positivisme et aux codifications⁹⁵. Umberto Eco expose, à juste titre, que tout texte renferme une multitude de sens qu'il appartient au lecteur d'arrêter⁹⁶ et que seule « une insertion contextuelle de chaque expression peut permettre au destinataire une interprétation définitive »⁹⁷. Dès lors, « la signification attribuée à une norme, par interprétation, ne saurait être, en elle-même "objective", soit considérée comme une norme par un tiers, puisque tout tiers peut avoir d'aussi bonnes raisons d'interpréter autrement [...] le texte de la norme, de donner au texte une autre signification de norme »⁹⁸.

Si chaque interprète peut conférer aux textes de loi le sens normatif qu'il souhaite, le risque de perdre une certaine homogénéité, à tout le moins une cohérence, dans le système juridique est immense, tout comme de se retrouver face à des décisions contradictoires. Comme parade à ces risques, M. Troper expose qu'il existe un certain nombre de contraintes extra-légales cadrant l'activité des magistrats : une formation identique des magistrats, un sentiment moral d'être tenu de suivre les interprétations précédentes aussi longtemps qu'elles semblent être soutenables, ou encore la préservation de l'équilibre des pouvoirs⁹⁹. En résumé, si les juges « veulent assurer le succès de leur interprétation, ils doivent tenir compte des positions de force de chacun, positions qui sont autant de contraintes qui s'imposent à eux dans leur travail interprétatif »¹⁰⁰. C'est pourquoi M. Troper conclut sa théorie en posant, très pragmatiquement, que « rien n'empêche le Conseil d'État ou la Cour de cassation de donner à n'importe quel texte n'importe quelle signification, puisque toute interprétation sera également valide, mais s'ils se comportaient ainsi, il est clair que les juridictions inférieures et les justiciables seraient dans l'incapacité de régler

⁸⁹ Michel Troper (2006), p. 306 s.

⁹⁰ Olivier Jouanjan (2003), p. 43 s.

⁹¹ Ibid., p. 39.

⁹² « Le texte interprété n'a pas et ne peut avoir d'autre sens que celui que lui a donné l'autorité habilitée, même si ce sens paraît contraire à toutes les interprétations données par d'autres personnes, même si elle paraît déraisonnable et même si elle va à l'encontre de tout ce qu'on peut savoir de l'attention de l'auteur du texte », Michel Troper (2006), p. 303.

⁹³ Ibid., p. 303 s.

⁹⁴ Ibid., p. 303-309.

⁹⁵ Alain Papaux (2006), p. 181-183.

⁹⁶ Umberto Eco (2018), p. 13-15.

⁹⁷ Ibid., p. 15.

⁹⁸ Olivier Jouanjan (2011), p. 38.

⁹⁹ Michel Troper (2006), p. 313 s.

¹⁰⁰ Charles Leben (2011), p. 51.

leurs propres conduites, parce qu'il leur serait impossible de prévoir les conséquences de leurs actes »¹⁰¹.

Si la théorie troperienne de l'interprétation laisse libre champ aux magistrats, elle déstabilise plus d'un juriste au regard de la sécurité du droit¹⁰² tout en laissant entrevoir un gouvernement des juges. Une autre limite, plus grave, de cette théorie est qu'il n'est pas possible pour un tiers à la cause de soutenir qu'une solution viole le droit sachant que ce droit, ne peut être que le fruit d'une interprétation authentique et le fruit d'une interpellation sempiternellement renouvelée et changeante¹⁰³. Ajoutons à cela qu'il est impossible d'avoir une norme de rang constitutionnel préexistante, voire anhistorique, fondant le pouvoir interprétatif des magistrats¹⁰⁴. Outre les lacunes propres à cette théorie, les kelseniens ont une réponse simple permettant de contrer M. Troper : « la signification subjective de la norme que l'auteur de l'acte de volonté peut bien vouloir lui donner ne saurait conférer à cette norme le caractère du droit positif [...], il n'y a aucune raison que ce qui est une norme pour lui soit une norme pour nous »¹⁰⁵ démontrant s'il le fallait le relativisme et la subjectivité des décisions.

C. L'interprétation selon Kelsen¹⁰⁶ ou l'interprétation mixte

En 1934 paraissait la première édition allemande de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen, exposant sa volonté d'expurger du droit toutes les idéologies politiques et tous les éléments provenant des sciences naturelles tout en essayant d'établir que le droit, à tout le moins la jurisprudence, devait être considéré comme une science¹⁰⁷. Il s'ingénie à démontrer que le positivisme « n'est pas seulement une théorie selon laquelle le droit est le produit de volontés humaines, mais aussi une certaine conception de la science du droit »¹⁰⁸. Dans son ouvrage, H. Kelsen développe longuement la théorie de la pyramide des normes, approfondit la notion même de norme, mais ne consacre étonnamment qu'une dizaine de pages à l'interprétation des lois, pourtant au cœur de l'activité de tout juriste. Néanmoins, il reconnaît que « si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes »¹⁰⁹.

Pour H. Kelsen, un travail d'interprétation par le magistrat est nécessaire tant pour les normes générales et abstraites que pour la jurisprudence, sans omettre que le justiciable, devant comprendre les normes pour s'y conformer, y aura recours aussi¹¹⁰. Ce constat oblige l'auteur à différencier l'interprétation ayant autorité, soit celle des organes judiciaires, de celle émanant de

¹⁰¹ Michel Troper (2011), p. 317.

¹⁰² Étienne Picard (2010), p. 30.

¹⁰³ Étienne Picard (2010), p. 25.

¹⁰⁴ Ibid., p. 27 s.

¹⁰⁵ Olivier Jouanjan (2011), p. 37.

¹⁰⁶ La classification de H. Kelsen parmi les représentants de la théorie rhétorico-herméneutique ou mixte fait encore débat, toutefois nous ne nous prononcerons pas sur ce point ; Charles Leben (2011), p. 56.

¹⁰⁷ Hans Kelsen (1962), p. VII.

¹⁰⁸ Michel Troper (1994), p. 18 et Hans Kelsen (1962), p. 1 s.

¹⁰⁹ Hans Kelsen (1962), p. 453.

¹¹⁰ Ibid., p. 453 s.

la doctrine, simple commentatrice¹¹¹. Relevons que M. Troper¹¹² ainsi que les partisans d'une interprétation grammatico-littérale des lois font aussi cette distinction¹¹³. Cette différenciation faite, H. Kelsen met en exergue deux cas de figure nécessitant un travail interprétatif. Le premier est lié à sa pyramide des normes. Puisque toute règle de droit trouve son fondement dans une norme supérieure, la norme inférieure, plus précise, sera immanquablement une interprétation de la première¹¹⁴. Quoiqu'il en soit, cette interprétation issue du processus législatif reste une norme au sens étroit¹¹⁵. Le second cas de figure a trait tant à la marge de manœuvre que le législateur a laissée aux autorités judiciaires dans son application – que l'on nommerait en droit suisse lacune *intra legem* – qu'à l'« indétermination involontaire » du sens des mots utilisés¹¹⁶ ; ceci est dû, principalement, à la polysémie de certains termes plaçant l'organe judiciaire devant diverses significations possibles¹¹⁷.

En cas de pluralité d'interprétations possibles, H. Kelsen préconise que la loi serve de cadre¹¹⁸ dans lequel les magistrats pourront, librement, déterminer le sens qui leurs convient¹¹⁹. Toutefois, l'idée d'un cadre posé par la loi implique qu'il existerait « malgré tout, quelque chose de fixe, capable de tenir l'intervention dans ses limites et d'empêcher ainsi la complète dérive d'un système objectif livré à la subjectivité de ses interprètes »¹²⁰. Néanmoins, cette idée de cadre met en lumière deux problèmes.

Le premier est lié au concept des lacunes de la loi développé par l'auteur autrichien. En théorie, les règles juridiques sont autosuffisantes et doivent être appliquées telles quelles¹²¹ ce qui signifie que les lacunes de la loi ne peuvent exister¹²². Les lois étant humaines, elles sont reflet de l'imperfection, leurs absurdités ou leurs caractères lacunaires doivent être considérés comme étant voulus et ne pouvant être comblés par le juge¹²³. Cette assertion est en profonde contradiction avec le Titre VIII de la *Théorie pure du droit* traitant de l'interprétation comme le démontre P. Amselek : « Ce n'est pas le même discours qui est tenu dans les développements sur l'interprétation et sur l'indétermination ou le manque de précision de toute norme ouvrant, dans la même mesure, un panel de choix possible aux acteurs juridiques — que cette

¹¹¹ Ibid., p. 454 et 462 s.

¹¹² Michel Troper (2006), p. 303.

¹¹³ Charles Leben (2011), p. 53.

¹¹⁴ Hans Kelsen (1962), p. 454 s.

¹¹⁵ Hans Kelsen (1962), p. 10-11.

¹¹⁶ Ibid., p. 456.

¹¹⁷ Ibid., p. 455 et 456.

¹¹⁸ A. Papaux donne une définition de ce concept tel que pourrait l'entendre H. Kelsen : « Le “cadre”, par définition, nous offre de savoir où nous allons. Notre pensée est délimitée, littéralement “dé-terminée” : elle connaît un terme, un “cadre”, en théorie fixé à l'avance », Alain Papaux (2008), p. 3.

¹¹⁹ Ibid., p. 457.

¹²⁰ Oliver Jouanjan (2011), p. 39.

¹²¹ Paul Amselek (2011), p. 44.

¹²² Hans Kelsen (1962), p. 331 s.

¹²³ Hans Kelsen (1962), p. 334.

indétermination soit intentionnelle ou accidentelle, c'est-à-dire précisément due à une déficience involontaire, à un état lacunaire de la règle énoncée »¹²⁴.

Le second écueil que rencontre l'idée d'un cadre interprétatif préexistant n'est autre que la manière dont on appréhende l'amplitude de ce cadre¹²⁵. H. Kelsen soutient que la norme, au regard de la théorie de la connaissance, renferme les différents sens que le magistrat pourra retenir¹²⁶. L'usage même de la théorie de la connaissance revient à reconnaître la nécessité d'un travail interprétatif. À cet égard, le cadre devient mouvant modifiant d'autant le champ d'appréciation du magistrat. En réalité, « l'interprétation [de normes dans la théorie pure du droit revient à combiner] un acte de volonté enchâssé dans un cadre déterminé par un acte de connaissance »¹²⁷. Finalement, malgré une volonté de créer une « science »¹²⁸ ayant ses règles d'interprétation propres expurgeant d'autant la subjectivité des magistrats, H. Kelsen reconnaît que le droit ne se fait que par interprétation et ne peut simplement se déduire. Ceci même s'il tente de différencier l'interprétation des magistrats de celle du législateur, auteur du cadre¹²⁹.

D. La théorie interprétative retenues dans ce travail

Sachant que nous souhaitons démontrer que les magistrats possèdent une marge interprétative étendue englobant le principe général de l'équité et permettant de retenir un sens contraire à la lettre ou à l'esprit de la loi, il s'agit de développer la théorie interprétative à laquelle nous aurons recours dans ce travail.

La théorie mixte ou rhétorico-herméneutique emprunte le réalisme défendu par Troper et une partie du formalisme grammatico-littéral¹³⁰. Cela nous semble être un compromis praticable et une base suffisante afin de développer la nôtre. La toute-puissance pensée syllogistique offre certes un cadre rassurant, presque mathématique, d'application du droit, mais conduit rapidement le magistrat au constat que la loi, générale et abstraite, est en elle-même insuffisante pour trancher le cas singulier et concret¹³¹. Rappelons-nous que chaque mot possède, selon le contexte, le vécu de l'interprète¹³², voire l'époque¹³³, des sens différents ouvrant plusieurs mondes interprétatifs¹³⁴. Alain Papaux illustre cette polysémie en prenant le terme *baleine* faisant référence à la fois aux poissons, à une catégorie de mammifère, voire à une partie d'un parapluie¹³⁵, sans oublier l'armature d'un soutien-gorge.

¹²⁴ Paul Amselek (2011), p. 44.

¹²⁵ Olivier Jouanjan (2011), p. 40.

¹²⁶ Hans Kelsen (1962), p. 457.

¹²⁷ Olivier Jouanjan (2011), p. 39.

¹²⁸ Hans Kelsen (1962), p. 1 s.

¹²⁹ Hans Kelsen (1962), p.459 s.

¹³⁰ Chaïm Perelman (1990), p. 553.

¹³¹ Alain Papaux (2006), p. 137 s.

¹³² Umberto Eco (2018), p. 26-28.

¹³³ Olivier Jouanjan (2003), p. 44.

¹³⁴ Umberto Eco (2018), p. 19 ; Pierre Moor (2010), p. 237.

¹³⁵ Alain Papaux (2006), p. 184 ou Umberto Eco (2018), p. 15-19.

C. Leben expose que grâce à la théorie mixte, les magistrats ont la capacité d'interpréter un texte en jouissant d'une liberté importante, mais qu'ils ne sont pas en droit d'inventer de bout en bout la signification de la loi¹³⁶. C'est en cette seconde partie que M. Troper s'écarte de cette théorie et ne nous permettent pas de soutenir l'interprétation réaliste.¹³⁷ En parallèle, H. Kelsen soutient que la liberté d'interprétation est limitée par le cadre de la loi¹³⁸, fixant ainsi des barrières trop hermétiques. R. Guastini affine cette thèse mixte en écrivant que « les juges n'exercent aucun pouvoir discrétionnaire lorsqu'ils appliquent une certaine norme à des cas "clairs"; les juges exercent un pouvoir discrétionnaire seulement lorsqu'ils appliquent une norme à des cas "douteux", des cas qui tombent dans la zone de "pénombre" »¹³⁹. Nous ne nous portons pas en faux contre cette assertion. En outre, en plus des règles de droit, ajoutons qu'il va de soi que le juge est tout aussi libre d'interpréter les faits¹⁴⁰, ce que prévoient d'ailleurs les différentes procédures¹⁴¹. L'exemple développé par C. Perelman est à ce titre éloquent : savoir si un drapeau lilas doit être assimilé à un drapeau rouge dans le cadre d'une interdiction de manifester avec pareil drapeau revient à demander au juge un jugement de valeur, donc une interprétation¹⁴².

Reste à déterminer comment sortir du cadre légaliste sans pour autant donner un pouvoir absolu au juge tel que développé par M. Troper ou sans devoir se fonder sur une habilitation telle que théorisée par H. Kelsen¹⁴³. Pour ce faire, nous sommes obligés de nous distancer du pur cadre du positivisme et nous aventurer dans le iusnaturalisme. Cette théorie défend que le droit existe en dehors de toute intervention humaine¹⁴⁴. *Antigone* de Sophocle en donne un exemple éloquent lorsque l'héroïne s'oppose aux normes de Créon interdisant d'enterrer son frère en rappelant que « ce n'est pas Zeus qui les [ndlr les normes] avait proclamées, ni la Justice qui siège à côté de Dieux infernaux ; ce ne sont pas ces lois qu'ils ont fixées pour les hommes : et je ne pensais pas que tes proclamations fussent assez fortes pour permettre à un homme, à un simple mortel, de transgresser les lois non écrites et immuables des Dieux. Elles ne datent ni d'aujourd'hui ni d'hier, elles sont toujours en vigueur, et nul ne sait depuis quand elles existent. Je n'allais, pas moi, céder à la crainte qu'inspire un homme quel qu'il soit, et avoir à en répondre devant les Dieux »¹⁴⁵. Relevons que dans le cadre de notre travail, déterminer quelle est la source iusnaturalisme n'est pas d'une importance capitale, car le résultat final demeure le même¹⁴⁶ : « le droit est indépendant de l'arbitraire humain [... soit] celui qui est fabriqué par l'homme »¹⁴⁷. En droit suisse, nous pouvons trouver ces traces de iusnaturalisme au sein des principes généraux du droit. Ce sont ceux « exprimant les valeurs philosophiques sur lesquelles reposent, ou devraient reposer, le

¹³⁶ Charles Leben (2011), p. 56

¹³⁷ Michel Troper (2006), p. 310 s.

¹³⁸ Oliver Jouanjan (2011), p. 39.

¹³⁹ Riccardo Guastini (1995), p. 100.

¹⁴⁰ Alain Papaux (2006), p. 139 ; Chaïm Perelman (1990), p. 555 ; Michel Troper (2006), p. 309 s.

¹⁴¹ Philippe Schweier (2019), art. 157, n° 1-5 ; art. 10 al. 2 CPP ; art. 32 al. 1 PA.

¹⁴² Chaïm Perelman (1990), p. 555.

¹⁴³ Pierre Moor (2010), p. 237.

¹⁴⁴ Alain Papaux (2006), p. 113 s.

¹⁴⁵ Sophocle (1999), p. 61.

¹⁴⁶ Alain Papaux (2006), p. 114.

¹⁴⁷ Léo Strauss (2016), p. 455.

système juridique de l'État»¹⁴⁸ et l'un de ces principes n'est autre que l'équité complétant parfaitement la loi¹⁴⁹.

Ainsi, selon nous, les magistrats possèdent un pouvoir interprétatif complet leur permettant d'appréhender librement tant les faits que le droit. La loi n'est qu'un cadre que, la plupart du temps, les autorités judiciaires respectent par souci de sécurité du droit, de prévisibilité pour le justiciable, et volonté de cohérence avec le système juridique. A cet égard, Aristote soutenait déjà que les lois, par essence, ne pouvaient être que générale puisque « ce qui arrive le plus fréquemment » le reste devant être corrigé par l'équité¹⁵⁰. C'est pourquoi le juge peut sortir de ce cadre lorsque l'équité, le sentiment de justice le commande¹⁵¹. Il n'aura pas à tenir compte qu'une règle de droit, voire une interprétation constante, existe pour régler le cas d'espèce¹⁵². Ceci même si, comme le dit très justement Pierre Moor, le but du droit est de « restreindre le plus possible ce qu'il y a de subjectif dans l'exercice du pouvoir »¹⁵³.

III. Les méthodes d'interprétation retenues en droit suisse

Le jurisconsulte Paul exposait « *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntati quaesto* »¹⁵⁴ que nous résumons par une loi claire ne nécessite aucune interprétation. Cette idée, bien que rassurante et permettant d'éviter tout gouvernement des juges¹⁵⁵, n'est plus d'actualité¹⁵⁶. La nécessité d'interpréter les lois est reconnue par tous, ce d'autant plus que la seule chose univoque d'une règle de droit suisse consiste en sa composition faite de caractères latins et de papier¹⁵⁷ — et encore¹⁵⁸... Ajoutons même, comme le présente Bertil Cottier, que l'usage de notions indéterminées — voulues par le législateur — offre une souplesse interprétative au magistrat et une malléabilité de la loi dans le temps sans pareil, susceptible parfois d'atteindre à la prévisibilité du droit et à sa sécurité¹⁵⁹. A. Flückiger dresse un constat similaire en comparant le législateur à des parties à un contrat préférant ne pas tout prévoir par

¹⁴⁸ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 175.

¹⁴⁹ Dominique Manai (1985), p. 65 ; Alain Papaux (2006), p. 206 s.

¹⁵⁰ Aristote (2004), p. 278-279.

¹⁵¹ À Rome déjà, le préteur pouvait y avoir recours afin corriger la norme trop stricte en lui offrant la possibilité de la compléter, de la corriger voire d'y déroger et cela s'est perpétué jusqu'à l'Ancien régime. Puis les Révolutions du XVIIIe siècle virent dans le principe de l'équité l'arbitraire monarchique. Il fallut attendre les codifications modernes de la fin du XIXe siècle voir réapparaître ce principe général ; Dominique Manai (1985), p. 60 s.

¹⁵² À ce titre, le pouvoir d'appréciation équivaut à celui d'un arbitre tranchant en équité, soit sans devoir tenir compte d'un ordre juridique particulier ; Juan Carlos Landrove (2008), p. 116-118.

¹⁵³ Pierre Moor (2010), p. 239.

¹⁵⁴ D. 32.25.1.

¹⁵⁵ Alain Papaux (2006), p. 207-209.

¹⁵⁶ Pierre Moor (2010), p. 51 s. ; Jean-Philippe Dunand (2005), p. 64 s.

¹⁵⁷ Alain Papaux (2006), p. 181 s. ; Alexandre Flückiger (2019), p. 520.

¹⁵⁸ L'art. 15 al. 2 LPubl prévoit que la version publiée sur la plate-forme internet (art. 1a LPubl) fait foi dématérialisant d'autant la loi et reléguant le papier à un simple support de diffusion (art. 16 LPubl).

¹⁵⁹ Bertil Cottier (2008), p. 611 s. : L'auteur nous précise que les « concepts juridiques ne sont en soi des oreillers de paresse, mais ils le deviennent si l'on se repose sur eux seuls pour réguler le comportement de chacun » (p. 612) aussi, les normes doivent être pourvues de mesures explicatives tant légales qu'extra-légales. Il reconnaît la nécessité de ces lois emplies de concepts indéterminés en prenant l'exemple de l'art. 28 CC suffisamment vague pour évoluer avec les mœurs, suivre les progrès techniques voire une certaine paresse ou faiblesse du législateur qui ne peut tout prévoir lors de son travail.

gain de temps et économie de moyens¹⁶⁰. D'ailleurs, le législateur reconnaît expressément cette nécessité interprétative par le truchement de l'article 4 CC traitant des lacunes *intra legem* et de l'article 1 alinéa 2 CC offrant au magistrat la possibilité de faire œuvre de législateur lorsqu'il se trouve face à une lacune proprement dite. Aussi, nous développerons dans cette partie les principes interprétatifs du Tribunal fédéral ayant actuellement cours. Cette interprétation permet au magistrat de déterminer s'il est face, ou non, à une lacune de la loi qu'il lui incombera de combler. Finalement, nous tenterons de démontrer que c'est en cas de lacune improprement dite ou de silence qualifié que le magistrat, sous le sceau de l'équité, pourra se détourner du sens communément admis de la norme, voire du texte légal, et rendre une décision *contra legem*.

A. Le pluralisme méthodologique pragmatique

Croire que le raisonnement juridique se résume à un simple travail syllogistique semble « illusoire [même] fallacieux tant il est vrai que la règle de droit n'est pas le seul fondement de la décision judiciaire et que d'autres facteurs motivent sa décision ; d'autres facteurs où se combinent aussi bien l'individuel que le collectif, aussi bien le psychique que le social, aussi bien l'éthique que l'économique et le politique »¹⁶¹. D'ailleurs, le Message du Conseil fédéral de 1904 portant sur le Code civil expose que l'article 1 CC fixe les principes d'interprétation de la loi que les magistrats devront respecter, leur conférant ainsi le droit de ne pas s'intéresser qu'au texte¹⁶², mais aussi à son esprit¹⁶³. De jurisprudence constante¹⁶⁴ et au regard de l'article 1 alinéa 1 CC, le Tribunal fédéral arrête que la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre¹⁶⁵. Mais face à un sens peu clair du texte de loi, il convient de rechercher la véritable portée de la norme¹⁶⁶ ; ¹⁶⁷. Pour ce faire, le Tribunal fédéral a recours au pluralisme méthodologique pragmatique¹⁶⁸ (*der pragmatische Methodenpluralismus*¹⁶⁹) et non simplement à la recherche de la *ratio legis*¹⁷⁰.

Ce pluralisme méthodologique oblige les magistrats à avoir recours à quatre moyens d'interprétation afin de rechercher la véritable portée du texte légal. Le but est d'éviter qu'une

¹⁶⁰ Alexandre Flückiger (2019), p. 522.

¹⁶¹ Dominique Manaï (1985), p. 145.

¹⁶² FF 1904 IV 13.

¹⁶³ Michel Buergisser (1989), p. 232 s.

¹⁶⁴ Le Professeur Perrin passe en revue les trois branches principales du droit et arrive à la conclusion que pour le TF si les formulations sont différentes entre les différentes cours le résultat est identique quant à la prééminence de l'interprétation ; Jean-François Perrin (1983), p. 609 s.

¹⁶⁵ Ajoutons que la doctrine au jour de l'adoption du Code civil partageait l'idée que le texte n'était que le point de départ d'un plus complexe travail interprétatif ; Michel Buergisser (1989), p. 233 s.

¹⁶⁶ ATF 145 IV 17 c. 1.2 ; ATF 137 III 337 c. 3.1 ; ATF 133 V 593 c. 5 ; ATF 131 II 562 c. 3.5 ; ATF 128 I 288 c. 2.4.

¹⁶⁷ Nous nous sommes interrogés quant à la signification de la variation des formules utilisées par le Tribunal fédéral dans sa rédaction de considérant ayant trait à l'interprétation. Selon nous, le sens et la volonté restent identiques, qu'il importe la formule exacte utilisée et la langue usitée. À ce propos, une étude datant de 1985 arrive à la même conclusion ; Isabelle Augsburger-Bucheli (1989), p. 209 s. Dans le même sens Jean-François Perrin (1983), p. 622.

¹⁶⁸ Relevons que ce pluralisme méthodologique pragmatique n'a pas toujours été la règle. Durant les premières décennies du XXe siècle, le TF avait souvent recours à l'approche téléologique lorsqu'il devait déterminer le sens d'une norme ; Michel Buergisser (1989), p. 234 s. ainsi que les auteurs cités.

¹⁶⁹ ATF 145 III 63 c. 2.1.

¹⁷⁰ ATF 140 V 458 c. 5.1 ; ATF 136 III 283 c. 2.3.1.

application du droit au pied de la lettre engendre quelques injustices en se détournant de l'esprit de la loi¹⁷¹. Le premier moyen d'interprétation est l'approche littérale permettant au juge de se fonder sur l'analyse littérale et grammaticale de la norme en cherchant le sens courant des mots¹⁷². User de l'interprétation littérale en Suisse pose évidemment la question de la version du texte à retenir, nonobstant que toutes les versions ont la même valeur juridique¹⁷³ ; nous y reviendrons.

Relevons que si le Tribunal fédéral n'a pas fondé d'ordre dans les moyens interprétatifs, il n'empêche qu'il préconise de commencer par l'interprétation littérale¹⁷⁴. Si les juges de Mon-Repos se fondent sur les trois versions d'une loi, tel n'est pas toujours le cas des cours cantonales qui, souvent, se contentent de la version dans leur langue¹⁷⁵. Ceci peut être dommageable puisque le sens véritable de la norme, sa profondeur se trouvent souvent à la croisée des langues officielles¹⁷⁶. E. Huber reconnaissait déjà cette complémentarité linguistique, mettant en avant la simplicité et la clarté du français ou la précision des termes allemands¹⁷⁷. Cette articulation entre différentes versions linguistiques n'est évidemment pas unique à la Suisse. À cet égard, le système juridique belge commande aussi aux magistrats de prendre en compte le texte de loi ; en cas de divergence lors de l'analyse littérale, il s'agira de rechercher la volonté du législateur¹⁷⁸, solution en somme proche de la nôtre. Le Canada a retenu le même raisonnement en développant que le droit se trouve entre les deux versions linguistiques¹⁷⁹. Finalement, une autre limite à ce mode d'interprétation se trouve dans la définition retenue des mots utilisés dans la loi. Les rédacteurs originels du Code civil ont eu comme volonté de retenir les acceptions courantes des mots et d'avoir recours autant que possible aux mêmes mots pour exprimer la même idée¹⁸⁰. Toutefois, la langue évoluant, le risque de dissociation entre le sens usuel des mots et son sens juridique fluctue, pouvant ainsi créer des dichotomies¹⁸¹. Dès lors tant en Suisse¹⁸², qu'au Québec¹⁸³ ou en Belgique¹⁸⁴, il s'agit de retenir, en premier lieu, les termes dans leur sens courant actuel, même s'il a évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi et dans une seconde phase seulement de retenir le sens dégagé par la jurisprudence ou le législateur¹⁸⁵.

En suivant la logique de l'article 1 alinéa 1 CC, dès lors que le sens de la loi n'est pas limpide, le juge doit se reporter à son esprit, autrement dit avoir recours aux autres méthodes interprétatives,

¹⁷¹ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 432.

¹⁷² Pascal Mahon/Petros C. Mavroidis (1999), p. 400.

¹⁷³ Art. 70 al. 1 Cst et art. 10 LLC.

¹⁷⁴ ATF 137 III 337 c. 3.1 ; ATF 128 I 288 c. 2.4.

¹⁷⁵ Eleanor Cashin Ritaine (2009), p. 9.

¹⁷⁶ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 183.

¹⁷⁷ Eugen Huber (1901), p. 15.

¹⁷⁸ François Ost/Michel van de Kerchove (1989), p. 28.

¹⁷⁹ Mathieu Devinat/Pascal Pichonnaz (2017), p. 276.

¹⁸⁰ Eugen Huber (1901), p. 12-15.

¹⁸¹ Pascal Ancel (2017), p. 256.

¹⁸² Jean-Philippe Dunand (2005), p. 63-64

¹⁸³ Louis-Philippe Pigeon (1986), p. 58-61.

¹⁸⁴ François Ost/Michel van de Kerchove (1989), p. 25 s.

¹⁸⁵ Alexandre Flückiger (2019), p. 547-573.

dont l'interprétation téléologique. Cette dernière s'intéresse au « but de la règle, à son esprit, ainsi qu'aux valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé »¹⁸⁶. À juste titre, il est considéré que l'interprétation est dynamique : si le but premier de la règle ne change pas, les situations qu'elle sera amenée à couvrir peuvent s'étendre ou se restreindre¹⁸⁷. Le Tribunal fédéral précise sa pensée : « la volonté du législateur doit être dégagée de la loi elle-même, de son texte, de sa logique interne, du but qu'elle se propose. "Ce qui importe, ce n'est pas le sens qu'a pu attribuer à une disposition le législateur historique, voire telle ou telle personne qui a été mêlée à l'élaboration de la loi ; c'est le sens qui résulte de tout le système de la loi, compte tenu des circonstances actuelles et de l'état de développement de la technique" (ATF 78 I 30). Il serait faux cependant de croire qu'en posant ces principes, le Tribunal fédéral a entendu se rallier résolument à l'interprétation dite objective et abandonner du même coup l'interprétation historique »¹⁸⁸.

À ce propos, l'interprétation historique, troisième méthode retenue par la jurisprudence, se confond parfois avec l'interprétation téléologique puisque toutes deux s'appuient sur les travaux préparatoires et la volonté du législateur¹⁸⁹. Toutefois, la différence est liée à la période de référence : si l'interprétation téléologique se veut dynamique, l'historique s'attarde sur le sens donné à la loi au jour de son adoption par le législateur¹⁹⁰. Souvent, ce moyen permet au juge de confirmer le sens dégagé par les autres moyens interprétatifs¹⁹¹, voire de retenir une interprétation extensive ou restrictive sans omettre, pour les lois récentes, de fixer le cadre que le juge ne saurait dépasser¹⁹². Sauf à avoir recours à une interprétation historique dynamique¹⁹³, ce moyen interprétatif, selon nous, ne doit servir qu'à renforcer le sens déduit en ayant eu recours aux autres techniques interprétatives¹⁹⁴. À ce titre, le Tribunal fédéral soulignait que « *ein Gesetz entfaltet [...] ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhangigen Dasein, sobald es in Kraft getreten ist* »¹⁹⁵.

Finalement, le dernier moyen interprétatif reconnu est l'approche systématique. Cette dernière « se fonde sur la cohérence de l'ordre juridique et recherche le sens de la norme par l'analyse de la place que celle-ci occupe dans le système dans lequel elle s'insère »¹⁹⁶. Cette approche systématique correspond à l'idée originelle du législateur : « un code doit embrasser tout le droit

¹⁸⁶ ATF 140 V 458 c. 5.1.

¹⁸⁷ Pascal Mahon/Petros C. Mavroidis (1999), p. 400 et François Ost/Michel van de Kerchove (1989), p. 31.

¹⁸⁸ ATF 83 I 173 c. 4.

¹⁸⁹ Franz Werro (2010), art. 1 n° 68.

¹⁹⁰ Pascal Mahon/Petros C. Mavroidis (1999), p. 400.

¹⁹¹ François Ost/Michel van de Kerchove (1989), p. 28.

¹⁹² François Gilliard (1989), p. 171-173.

¹⁹³ F. Werro décrit cette notion comme une « volonté actualisée » du législateur ; il s'agirait de transposer la volonté d'alors du législateur à aujourd'hui et de tenter d'en déduire sa « compréhension contemporaine de la réalité » ; Franz Werro (2010), art. 1 n° 68.

¹⁹⁴ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 434.

¹⁹⁵ ATF 112 II 167 c. 2 b ; nous traduisons cela librement par : une loi déploie une existence propre, indépendante de la volonté du législateur, dès lors qu'elle est entrée en vigueur.

¹⁹⁶ Pascal Mahon/Petros C. Mavroidis (1999), p. 401.

privé »¹⁹⁷ pouvait-on lire dans le Message du Conseil fédéral. À cela, E. Huber ajoutait : « les rubriques marginales font [...] partie intégrante de la loi. Elles doivent donc servir non seulement à l'orientation, mais elles doivent au besoin, compléter ou alléger le texte »¹⁹⁸. Plus loin, le père du Code civil explique que le code part du général aux exceptions¹⁹⁹ et s'est construit par matière afin de faciliter la compréhension et la recherche²⁰⁰. Cette méthode interprétative tend à rappeler au juge que les lois sont insérées dans un système dont chaque norme en est un rouage²⁰¹.

Franz Werro résume ce nécessaire recours aux moyens interprétatifs en rappelant que « le texte de la loi ne peut faire l'objet d'une lecture utile que dans l'analyse de sa place dans la loi. [Pour cela il] faut lier l'élément grammatical, les éléments systématique et logique, historique et téléologique [...] »²⁰². Le Tribunal fédéral ne reconnaît aucune hiérarchie entre les différents moyens d'interprétation des lois au profit d'une articulation lui permettant de dégager le sens le plus raisonnable²⁰³. Ainsi, rappelons-nous que les juges auront certes la volonté de trouver le sens le plus raisonnable, mais seront surtout influencés par les interprétations faites par les parties, la doctrine, voire même leurs préinterprétations du texte et la crainte que la motivation de leur décision paraisse faible²⁰⁴. Malgré le pluralisme méthodologique, les magistrats ont tendance à se focaliser sur l'interprétation littérale et systématique mettant quelque peu de côté l'intention du législateur soit les méthodes téléologique et historique servant plutôt à confirmer le sens qu'ils ont précédemment dégagé²⁰⁵. À notre avis, cela est dommageable puisque ne permettant pas toujours de dégager l'ensemble des normes contenues dans le texte. De manière générale, le travail du magistrat s'arrête au stade de l'interprétation lui permettant de trancher le cas, mais il se peut que la loi renferme une lacune qu'il s'agira de combler ou que l'interprétation engendre un résultat insatisfaisant pouvant dans certains cas être corrigé.

B. La théorie des lacunes de la loi

S'il existe habituellement une coïncidence entre les faits et les lois en vigueur permettant aux magistrats de trancher, il se peut aussi que l'ordre juridique positif présente un vide, une lacune, n'offrant pas au tribunal de solution juridique²⁰⁶. Sachant que les autorités judiciaires doivent éviter tout déni de justice formel²⁰⁷ et que le droit, au contraire de la loi, ne peut être lacunaire²⁰⁸, il appartient aux juges de donner une solution au cas d'espèce²⁰⁹. En rédigeant le Code civil, E. Huber, conscient de ce caractère parfois lacunaire de la loi²¹⁰, octroie au juge de faire acte de

¹⁹⁷ FF 1904 IV 10.

¹⁹⁸ *Eugen Huber* (1901), p. 13.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 13.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 17-20.

²⁰¹ *François Ost/Michel van de Kerchove* (1989), p. 34.

²⁰² *Franz Werro* (2010), art. 1 n° 66.

²⁰³ *Pascal Mahon/Petros C. Mavroidis* (1999), p. 402.

²⁰⁴ *Charles Leben* (2011), p. 50.

²⁰⁵ *Jean-François Perrin* (1983), p. 622.

²⁰⁶ *Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger* (2015), p. 442 ; *Hans Kelsen* (1962), p. 329.

²⁰⁷ Art. 29 al. 1 Cst et *Heinrich Honsell* (2018), art. 1 n° 26.

²⁰⁸ *Alain Papaux* (2006), p. 15 s.

²⁰⁹ *Hans Kelsen* (1962), p. 329.

²¹⁰ *Eugen Huber* (1901), p. 30.

législateur en cas de défaut d'une disposition légale ou subsidiairement de coutume²¹¹. Précisons que la théorie des lacunes n'englobe pas les lacunes *intra legem*, soit celles volontairement laissées par le législateur lors de la rédaction d'une loi²¹². Nous serons face à pareilles lacunes lorsque la loi « trace les contours d'une règle laissant à charge du juge de combler le vide »²¹³. Il aura recours pour cela à l'article 4 CC traitant de la marge d'appréciation conférée aux magistrats²¹⁴.

Si H. Kelsen soutient que la loi n'est jamais lacunaire et qu'une demande sans solution légale doit être repoussée puisque tout ce qui n'est pas interdit est permis²¹⁵, cette idée se révèle aujourd'hui dépassée, et ceci pour tous les domaines du droit²¹⁶, y compris en droit pénal²¹⁷. Selon H. Honsell, les ordres juridiques suisse et autrichien font partie de ceux ayant le plus théorisé les lacunes et reconnaissant leurs existences²¹⁸. Sans nous prononcer sur le cas autrichien, cela n'est guère étonnant en Suisse tant E. Huber souhaitait que les normes soient concises, proches du justiciable et écrites avec des termes intelligibles par le plus grand nombre ; le tout avec comme volonté de garantir autant que possible les libertés civiles de la population²¹⁹.

Aussi, le Tribunal fédéral reconnaît trois types de lacunes : la lacune proprement dite, la lacune occulte et le silence qualifié²²⁰. Nous développerons plus loin la notion de lacune improprement dite (lacune *intra legem*), soit celle qui se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante²²¹. Le silence qualifié se définit comme une lacune voulue par le législateur nonobstant qu'une réglementation eût été souhaitable²²², aussi les magistrats se devront de respecter ce silence²²³. Afin de déterminer ce silence, il s'agira avant tout d'étudier les travaux préparatoires ainsi que les débats ayant eu lieu aux Chambres fédérales, qui permettront peut-être de démontrer l'intention (négative) du législateur²²⁴. Relevons que le silence qualifié correspond à la lacune telle que définie par H. Kelsen puisque les magistrats se devront de refuser la demande²²⁵. À ce stade, nous précisons qu'un silence qualifié peut être dommageable, voire, selon la cause, constituer une lacune improprement dite, soit être une

²¹¹ Art. 1 al. 2 CC.

²¹² Jean-François Perrin (2010), art. 4 n° 2-4.

²¹³ Juan Carlos Landrove (2008), p. 112.

²¹⁴ Jean-François Perrin (2010), art. 4 n° 2-4. Pour des exemples du pouvoir d'appréciation réservé au magistrat : ATF 131 III 26 c. 12.2.2 (latitude laissée au juge d'ajouter à l'allocation pour une atteinte à la personnalité un autre mode de réparation) ou ATF 140 III 577 c. 3.2 (détermination des « motifs légitimes » dans le cadre d'un changement de nom selon l'art. 30 CC).

²¹⁵ Hans Kelsen (1962), P. 329-341.

²¹⁶ Le Tribunal fédéral reconnaît ces lacunes et la nécessité de les combler, par exemple : ATF 142 V 402 c. 4.2 ; ATF 126 I 43 c. 1 ; ATF 122 I 253 c. 6 ; ATF 108 Ib 78 c. 4.

²¹⁷ Philippe Graven (1989), p. 153 ss et les ATF que l'auteur cite.

²¹⁸ Heinrich Honsell (2018), art. 1 n° 25.

²¹⁹ Jean-Philippe Dunand (2005), p. 64-66 et 68 s.

²²⁰ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 442-446.

²²¹ ATF 131 II 562 c. 3.5.

²²² « Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), ist kein Platz für richterliche Lückenfüllung », ATF 132 III 470 c. 5.1.

²²³ Heinrich Honsell (2018), art. 1 n° 32 et ATF 140 III 251 c. 4.2.

²²⁴ ATF 140 III 251 c. 4.2.

²²⁵ Hans Kelsen (1962), p. 331.

solution insatisfaisante. Ainsi, il s'agira au regard de notre théorie d'appliquer par analogie les règles de la lacune improprement dite au silence qualifié quand cela est nécessaire sous l'angle de l'équité engendrant un jugement *contra legem*. Par contre, la situation est tout autre en cas de lacune proprement dite et de lacune occulte. Dans le premier cas, le législateur s'est abstenu involontairement de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi²²⁶ ; quant au second cas, la lacune occulte peut être définie comme l'omission par « le législateur 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 »²²⁷.

Nous reconnaissons qu'il est conceptuellement plus compliqué d'appréhender la lacune occulte. A ce titre, l'ATF 121 III 219 tranchant une affaire liée au droit de la société anonyme peut être utilisé comme exemple. Le Conseil d'administration d'UBS²²⁸ souhaitait modifier les statuts de la société consécutivement à l'augmentation du capital-actions tel que l'article 653 g alinéa 1 CO le prévoit, toutefois, en principe, seule l'assemblée générale de la société est en droit de faire cette modification (article 698 al. 2 ch. 1 CO). Le Tribunal fédéral a résolu cette question en retenant d'une part, la lacune occulte en admettant que le législateur commandait la modification des statuts de la société par le conseil d'administration mais n'a pas posé la dérogation nécessaire à l'article 698 CO et d'autre part, en usant des différents principes d'articulation des normes contradictoires.

À cet égard, malgré que le juge possède la faculté de combler les lacunes en faisant acte de législateur, les magistrats préfèrent user des règles de l'interprétation²²⁹, restant dans le cadre de l'article 1 alinéa 1 CC, afin de trouver une solution au cas d'espèce²³⁰. Toujours est-il que lorsque le juge agit *modo legislatoris*, il lui incombera d'agir comme s'il eût été législateur devant ainsi respecter le principe d'insertion²³¹. Autrement dit, il devra se fonder sur l'ensemble du droit suisse en vigueur incluant les principes généraux²³², « les intérêts généraux de la situation et non pas seulement des parties »²³³. Surtout, le troisième alinéa impose aux magistrats de prendre en compte l'entier de la jurisprudence et de la doctrine afin de déterminer la norme qu'il créera. À cela, non sans une certaine raison, A. Flückiger rappelle que le juge devenant législateur, il lui

²²⁶ ATF 131 II 562 c. 3.5

²²⁷ ATF 139 I 57 c. 5.2.

²²⁸ Après vérification auprès du registre du commerce, nous avons constaté, à notre plus grand étonnement, qu'UBS n'est plus, aujourd'hui, l'acronyme d'Union de banques suisses tel que cela était avant la fusion avec la SBS en 1998.

²²⁹ Il existe des divergences doctrinales quant au recours à l'analogie et autres moyens logiques. Pour certains auteurs, utiliser l'analogie revient à interpréter la loi et à rester dans le cadre de l'art. 1 al. 1 CC alors que pour d'autre, dont le commentateur bâlois, l'analogie est un moyen permettant au magistrat de faire œuvre de législateur ; *Heinrich Honsell* (2018), art. 1 n° 35 et *Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger* (2015), p. 449. D'autres auteurs soutiennent que tant dans le cadre du premier alinéa que du deuxième, il sera possible d'avoir recours aux instruments de logique réductive afin de trouver une solution au cas ; *Paul-Henri Steinauer* (1989), p. 42 et *Franz Werro* (2010), art. 1 n° 30.

²³⁰ *Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger* (2015), p. 449.

²³¹ *Franz Werro* (2010), art. 1 n° 33 ; *Henri Deschenaux* (1969), p. 104.

²³² *Heinrich Honsell* (2018), art. 1 n° 36.

²³³ *Franz Werro* (2010), art. 1 n° 34.

devient nécessaire aussi de prendre en compte les données et les conséquences socio-économiques que sa norme engendrera²³⁴. Complétons que le droit prétorien n'engendre pas une atteinte à la séparation des pouvoirs puisque le magistrat « doit résoudre un cas particulier, [... donc] ne légifère pas pour l'ensemble de la population »²³⁵.

Finalement, nous constatons que dans le cadre du comblement de lacune, le juge, bien que cadré par le système juridique, reste passablement libre d'adopter la solution qui lui paraît la plus juste. Il va de soi qu'une interprétation *contra legem* est dans ce cas de figure impossible par le simple fait de l'absence de norme préalable. F. Werro souligne d'ailleurs que la solution développée par E. Huber reconnaît « au juge un pouvoir qui [est] le véritable prolongement de celui accordé au législateur »²³⁶ renforçant d'autant notre point de vue.

C. La place des jugements *contra legem* au sein de l'ordre juridique suisse

Si l'article 1 alinéa 1 CC pose la primauté de la loi au sens matériel, la possibilité qu'il donne au juge de trancher selon son esprit tempère ce légalisme en rappelant l'adage latin « *summum ius summa iniuria* »²³⁷. Ainsi, notre système judiciaire se caractérise par une volonté de concilier deux idées pouvant parfois être contradictoires : la sécurité du droit et l'équité²³⁸. De manière constante, le Tribunal fédéral soutient que c'est seulement lorsque le sens du texte n'est pas clair qu'il conviendra d'interpréter, voire de combler, par la suite, une lacune²³⁹. Cependant, il se peut, parfois aussi, que la loi, bien que claire, ou qu'une interprétation bien établie et constante, que les tribunaux décident de ne pas s'y conformer. Dans un tel cas, nous serons face à une interprétation *contra legem* dès lors que l'on s'écarte de l'écrit ou de la *ratio legis*²⁴⁰. Le Professeur Perrin bien que rejetant l'interprétation *contra legem* en droit suisse, car constitutive d'une violation de l'article 1 alinéa 1 CC et de l'article 113 alinéa 3 de la Constitution fédérale de 1874²⁴¹ (article 190 Cst aujourd'hui), arrive néanmoins à la conclusion qu'il est possible de se détacher du texte, voire de s'y opposer en invoquant l'esprit du texte²⁴².

Notre ordre juridique reconnaît un cas de figure dans lequel le juge peut aller à l'encontre de la norme. Il s'agit de certaines lacunes improprement dites dans le cas où le résultat constituerait une fraude à la loi, un abus de droit ou violerait la Constitution²⁴³. Une lacune improprement dite existera lorsque la loi, certes, offre une solution, mais que cette dernière apparaît

²³⁴ Alexandre Flückiger (2019), p. 121-123.

²³⁵ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 448 s.

²³⁶ Franz Werro (2010), art. 1 n° 35.

²³⁷ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 429 s.

²³⁸ Michel Buerigisser (1989), p. 229.

²³⁹ ATF 131 II 562 c. 3.5 et arrêts cités dans l'ATF.

²⁴⁰ Marina Mandofia (1989), p. 220.

²⁴¹ Art. 113 al. 3 aCst : Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés.

²⁴² Jean-François Perrin (1989), p. 250-252.

²⁴³ ATF 131 II 562 c. 3.5 ; ATF 129 III 656 c. 4.1.

insatisfaisante²⁴⁴ ; certains auteurs évoquent même un « défaut de la loi »²⁴⁵. À ce titre, le complément à la définition retenue par Henri Deschenaux affine la différence entre les deux types de lacunes : « [les lacunes improprement dites] désignent des défauts ou des erreurs qu'on reproche au législateur, en se plaçant du point de vue du droit désirable, des exigences de la politique juridique [...] d'une certaine conception du droit »²⁴⁶. Le Tribunal fédéral abonde dans ce sens : « savoir si l'on est en présence d'une lacune occulte, que le juge peut et doit combler en raison de l'économie de la loi, ou d'une lacune improprement dite relevant de considérations de politique législative qui sortent du champ de compétence du pouvoir judiciaire, est une question d'interprétation parfois délicate, car la frontière entre ces deux notions peut se révéler relativement ténue »²⁴⁷. Nous l'avons compris, la différence entre comblement de lacune et défaut de la loi n'est pas toujours évidente, pouvant même attenter à la séparation des pouvoirs²⁴⁸.

Marina Mandofia, après l'analyse d'une cinquantaine d'arrêtés du Tribunal fédéral, concluait un article en soutenant que notre Haute cour ne rend pas d'arrêt *contra legem* à proprement dit, tout au plus des interprétations *contra verbum legis* construites à partir de la ratio legis²⁴⁹. Il est vrai que cette idée correspond aux canons de la légalité, de la séparation des pouvoirs et des règles d'interprétation. À cela s'ajoute que les jugements *contra legem* ne sont pas légions en droit privé suisse, notamment parce que les rédacteurs du Code civil firent en sorte que les mots soient suffisamment élastiques pour que l'interprétation évolue sans qu'il faille s'écarter de la norme²⁵⁰. Finalement, les juges de Mon-Repos arrêtent qu'au « besoin, une norme dont le texte est à première vue clair peut être étendue par analogie à une situation qu'elle ne vise pas (extension téléologique) ou, au contraire, si sa teneur paraît trop large au regard de sa finalité, elle ne sera pas appliquée à une situation par interprétation téléologique restrictive (réduction téléologique) »²⁵¹ excluant d'autant tout recours à la figure du *contra legem*. Selon nous, cette conjonction de moyens permet aux magistrats de faire semblant de s'inscrire dans le respect de la norme et du système légal, si rassurant, alors même que le résultat matériel de la norme s'apparente à une décision *contra legem* en équité.

À cela, nous précisons que même un jugement *contra legem* s'inscrit dans la continuité d'un ordre juridique, dans le prolongement du droit de l'État. P. Moor prenant l'exemple de l'article 8 CEDH démontre que les juges augmentent, décision après décision, à droit constant, le cadre normatif du texte. L'auteur qualifie cela comme une expansion normative²⁵². Plus loin, il nuance cette idée d'expansion en écrivant : « les normes particulières ne [contiennent] en réalité rien de nouveau par rapport au texte de référence »²⁵³. Cela fait écho à l'incertitude intrinsèque du droit n'offrant

²⁴⁴ ATF 139 I 57 c. 5.1; ATF 131 II 562 c. 3.5.

²⁴⁵ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 446 s.

²⁴⁶ Henri Deschenaux (1969), p. 94.

²⁴⁷ ATF 139 I 57 c. 5.2 ; arrêt du TF 2C_818/2009 du 9 juillet 2010.

²⁴⁸ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 446 ; Henri Deschenaux (1969), p. 94.

²⁴⁹ Marina Mandofia (1989), p. 219 s.

²⁵⁰ Michel Buergisser (1989), p. 232.

²⁵¹ ATF 137 III 337 c. 3.1.

²⁵² Pierre Moor (2010), p. 265 s.

²⁵³ Ibid., p. 266.

en soi une réponse qu'au cas singulier et concret tout en sachant que d'autres solutions eussent été tout autant possibles²⁵⁴. Ainsi, dans tous les cas, les juges endossent l'habit du créateur de droit et dans le cadre de l'expansion d'une norme cela conduit à une interprétation dilatée à l'extrême²⁵⁵. Nous considérons que le recours en droit suisse à l'analogie ou la réduction téléologique sont des figures de style rassurantes, permettant de rendre des jugements *contra legem* en équité sans les nommer. Pourtant, cela ne conduit pas encore à un gouvernement des juges²⁵⁶ ni n'atteint la séparation des pouvoirs²⁵⁷ ; mieux, cela permet aux tribunaux d'être aussi proches que possible du « sentiment de justice et d'équité »²⁵⁸. C'est d'ailleurs ce que nous souhaitons démontrer dans le prochain chapitre. Les juges suisses s'écartent parfois du sens établi de la norme afin de rendre le droit plus juste, au plus proche des considérations sociales, économiques et politiques du moment. À cet égard, ils tranchent de manière *contra legem*, sans, s'en apercevoir peut-être. D'ailleurs, le Tribunal fédéral ne retient-il pas « l'impératif de justice avant l'impératif de légalité »²⁵⁹.

IV. Analyse d'arrêts choisis

Selon Montesquieu, les trois pouvoirs ont comme fonction de se contrebalancer, amenant ainsi un nécessaire équilibre entre eux²⁶⁰. Nous tenterons de démontrer que le Tribunal fédéral, mais aussi, dans une moindre mesure, l'ensemble des autorités judiciaires de notre pays, jouent ce rôle, *a fortiori* en ayant recours à des interprétations *contra legem* en équité des lois en vigueur. La notion d'équité est importante et démarque ces décisions de celles pouvant être considérées comme arbitraires, soit dénuées de ce « sentiment de justice et d'équité »²⁶¹. Si de prime abord, nous ne souhaitons analyser que des arrêts relevant du droit privé, nous nous sommes rendu compte que les ressorts logiques et les principes sous-tendant les interprétations *contra legem* sont les mêmes dans tous les domaines du droit. À côté de trois arrêts ultimement tranchés par le Tribunal fédéral, nous avons aussi retenu une décision cantonale. Toutefois, avant de nous attarder sur l'analyse à proprement parlé de ces arrêts, nous tenterons de poser une grille commune d'analyse.

²⁵⁴ Alain Papaux (2006), p. 142 s.

²⁵⁵ Pierre Mahillon (1978), p. 574.

²⁵⁶ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 424 s.

²⁵⁷ Il est reconnu que le processus d'interprétation recèle une part de création du droit puisque les lois sont rédigées de manière générale et abstraite ménageant explicitement une large part aux magistrats dans l'élaboration de la norme ; Mauro Cappelletti (1990), p. 30.

²⁵⁸ ATF 141 I 49 c. 3.4 ; ATF 138 III 378 c. 6.1 ; ATF 137 I 1 c. 2.4. Le Tribunal fédéral a recours à cette formule dès lors qu'il s'agit d'examiner une question sous l'angle de l'arbitraire. Logiquement, cette formule correspond à celle utilisée par l'art. 4 CC. Se posera la question de savoir si le juge est resté dans les limites de son pouvoir d'appréciation tant au regard de la norme que de la doctrine et de la jurisprudence ; Henri Deschenaux (1969), p. 133.

²⁵⁹ Jean-François Perrin (1983), p. 623.

²⁶⁰ Montesquieu (2013), p. 207 s.

²⁶¹ ATF 141 I 49 c. 3.4 ; ATF 138 III 378 c. 6.1 ; ATF 137 I 1 c. 2.4. Le Tribunal fédéral a recours à cette formule dès lors qu'il s'agit d'examiner une question sous l'angle de l'arbitraire. Logiquement, cette formule correspond à celle utilisée par l'art. 4 CC. Se posera la question de savoir si le juge est resté dans les limites de son pouvoir d'appréciation tant au regard de la norme que de la doctrine et de la jurisprudence ; Henri Deschenaux (1969), p. 133.

A. Points de convergence des arrêts analysés

Nul ne conteste aujourd'hui que l'article premier du Code civil de vocation à s'appliquer à l'ensemble du droit suisse ; par voie de conséquence les règles d'interprétation des lois et de comblement des lacunes aussi²⁶². Il est tout autant acquis que les magistrats ne sont pas de simples automates servant à appliquer la loi, mais jouent aussi un rôle créateur de normes²⁶³ et pas uniquement dans le cadre du comblement des lacunes²⁶⁴. En outre, durant les premières décennies de vie du Code civil, la doctrine s'accordait à ne pas limiter le droit à la seule lettre de la loi²⁶⁵, et cette thèse est aujourd'hui reprise de manière large par la doctrine²⁶⁶. P. Moor explique que lorsqu'un sens est arrêté par le juge, celui-ci devient la norme nonobstant que le texte exprime autre chose, le seul moyen pour le législateur de modifier cet état du droit étant de réviser la loi²⁶⁷.

L'ensemble des arrêts que nous avons sélectionnés ont en commun d'avoir été rendu suite à un long travail interprétatif conduisant les magistrats à redéfinir certaines notions, avoir recours à la réduction téléologique voire l'analogie. Cela est normal, ce d'autant plus que les juges, depuis toujours, « ont été amenés à constater les "inadvertances" du législateur »²⁶⁸. Ces dernières peuvent notamment engendrer une lacune improprement dite²⁶⁹. Toutefois, la pratique est plus nuancée, les quatre arrêts retenus en seront la preuve. À chaque fois, le Tribunal en charge de la cause a constaté que la norme en vigueur appliquée au cas ne correspondait pas au sentiment de justice. S'il fallait qualifier ce fait, nous serions face à une interprétation *contra legem* de la loi. Refusant de la nommer, les magistrats ont eu recours à chaque fois à l'équité pour corriger ce manque malgré un apparent long travail d'argumentations et d'interprétations extensives donnant l'illusion de rester dans le cadre interprétatif. Nous constaterons qu'un silence qualifié pourrait, en toute théorie et selon notre approche, être considéré comme étant une sorte de lacune improprement dite devant aussi être corrigée par l'équité alors que pour les juges, il s'agira d'éviter autant que possible cette figure. Finalement, si « le droit privé a pour objet la liberté des sujets de droit privé, et le droit public a pour objet l'assujettissement de l'administration »²⁷⁰ le processus permettant d'arriver à un jugement *contra legem* ne diffère pas : à chaque fois l'autorité chargée du jugement procèdera à une interprétation de la norme, constatera qu'elle ne donne pas un résultat satisfaisant et procèdera à une correction de la norme en usant de l'analogie, de l'interprétation extensive ou de la réduction téléologique.

²⁶² Henri Deschenaux (1969), p. 67 s. ; Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 429.

²⁶³ Voir supra Chapitre II.

²⁶⁴ Mauro Cappelletti (1990), p. 31.

²⁶⁵ Michel Buergisser (1989), p. 233 ; Eugen Huber (1901), p. 10-11 et 30.

²⁶⁶ Henri Deschenaux (1969), p. 76 ; Heinrich Honsell (2018), art. 1 n° 4 ; Pierre Moor (2010), p. 244 s. ; Alain Papaux (2006), p. 181 s ; Franz Werro (2010), art. 1 n° 12 à 24 (ainsi que les auteurs cités).

²⁶⁷ Pierre Moor (2010), p. 245-246.

²⁶⁸ Jean-François Perrin (1989), p. 244.

²⁶⁹ Supra Chapitre III, B.

²⁷⁰ Pierre Moor (1992), p. 12 s.

B. Analyse proprement dite de différents arrêts rendus de manière *contra legem* en équité

Afin d'assurer la bonne compréhension des arrêts choisis, nous avons retenu les versions traduites des arrêts non sans avoir, au préalable, consulté la version publiée par l'autorité. En outre, en cas de doute sur la traduction ou de sens peu clair, nous nous sommes fiés à la version originale. Tous les arrêts seront brièvement résumés en fait et développés un peu plus profondément en droit, avant d'analyser la composante *contra legem* de la décision.

1. ATF 123 III 292 (FC Lohn)²⁷¹

L'entreprise Thayngen loue un champ pour CHF 300.- par an au FC Lohn afin que le club le transforme en terrain de football. Après 26 ans de location, la bailleuse dénonce le bail pour le 31 décembre 1992. Le FC Lohn propose, suite à diverses tractations, une offre à CHF 2000.- par an afin de prolonger le bail, le propriétaire fait une contre-offre à CHF 3000.- par an. Le club de football l'accepte. Quelques semaines plus tard, il saisit la justice et demande une réduction du loyer annuel à 800 francs en invoquant la lésion au sens de l'article 21 alinéa 1 CO. Le Tribunal cantonal schaffhousois a admis la demande, le Tribunal fédéral fera de même et acceptera ainsi l'invalidation partielle d'un contrat en cas de lésion.

Dans la motivation de cette décision, la Cour relève que le FC Lohn ne souhaite pas se délier du contrat, mais demande une invalidation partielle et une correction du loyer annuel. Le propriétaire conclut à l'invalidation totale du contrat. Le Tribunal fédéral ne pouvant aller au-delà des conclusions des parties, procède à une interprétation complète de l'article 21 alinéa 1 CO afin de déterminer si l'esprit ou le texte offre la possibilité d'invalider partiellement un contrat pour lésion.

La Cour commence par une interprétation historique puis téléologique de l'article et constate que le législateur s'est inspiré du Bürgerliches Gesetzbuch en ce qui concerne la définition de la lésion. Par contre, les conséquences juridiques diffèrent puisque le droit suisse, au contraire de la solution allemande, ne prévoit que la nullité. Les travaux parlementaires démontrent toutefois que la nullité partielle a été envisagée quoique jamais présentée à la Commission en charge du projet du CO et aucun membre de cette dernière ne semble avoir fait le rapprochement entre la possibilité de nullité partielle selon l'article 20 alinéa 2 et cette impossibilité de l'article 21 CO. La Cour exclut ainsi le silence qualifié. S'agissant des décisions rendues par le Tribunal fédéral, par trois fois, la nullité partielle est rejetée en cas de contrat usuraire. Concernant la doctrine ancienne, les juges fédéraux constatent qu'elle exclut, à regret, l'invalidation partielle du contrat lésionnaire. Les auteurs plus récents soutiennent par contre l'invalidation partielle : pour certains, il s'agit d'une application par analogie de l'article 20 alinéa 2 CO, pour d'autres d'une réduction téléologique de l'article 21 alinéa 1 CO finalement les derniers avancent qu'il s'agit de

²⁷¹ Nous nous sommes basés sur la traduction parue au JdT 1998 I 586.

comblent une lacune, soit d'avoir recours à l'article 1 alinéa 2 CC. Ces divergences dogmatiques développées, le Tribunal fédéral opte pour une posture intrigante : il décide d'admettre la demande du FC Lohn sans véritablement expliquer son raisonnement sauf préciser que « remodeler le contrat correspond évidemment à l'esprit du temps »²⁷². Ainsi, la nullité partielle en cas de lésion devient dès lors possible. L'interprétation systématique du Code des obligations et notamment l'article 20 alinéa 2 CO renforce cette approche selon la Cour²⁷³.

Le Tribunal fédéral s'attarde aussi sur la dimension sociale liée à sa décision. Il considère, à juste titre, que l'invalidation totale ne garantit pas au lésé de ne pas rétablir la situation de gêne antérieur et se faisant engendrer un nouveau cas de lésion. Concernant la suite de l'arrêt, la Cour applique *in concreto* la théorie développée portant sur l'annulation partielle et détermine la réduction du loyer.

Il ne nous appartient pas d'apporter une vue critique sur la décision de reconnaître la nullité partielle en cas de lésion. Tout au plus, nous nous bornerons à rappeler que « le droit doit tenir compte de la réalité sociale aussi bien dans sa dimension morale qu'économique et politique »²⁷⁴. À cet égard, en cas de conflit d'interprétation, « il sera tranché alors dans le sens le plus favorable au bien général, en tenant dûment compte des divers intérêts en présence »²⁷⁵. Et ce sens favorable a conduit le Tribunal fédéral à admettre la nullité partielle en cas de lésion ceci de manière *contra legem*, en se fondant sur l'équité.

L'article 21 alinéa 1 CO prévoit qu'« en cas de disproportion évidente entre les prestations promises par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans un délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé » puis le législateur précise les actes permettant d'invoquer cet article. Procédons à l'analyse de cet arrêt en suivant les principes du pluralisme méthodologique pragmatique. À la seule lecture du texte, de prime abord, la nullité partielle n'est pas une solution que le législateur prévoyait²⁷⁶ ; d'ailleurs, la Cour arrive à la même conclusion²⁷⁷. Étonnamment, le Tribunal fédéral n'a pas procédé à l'analyse littérale complète puisqu'il n'a ni porté son regard sur les versions françaises de la loi (résilie le contrat), ni sur la version italienne (*non mantiene il contratto*) et s'est satisfait de la version germanophone prévoyant « [...] *so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären* [...] ». Des trois versions, seul le français utilise clairement un mot dont l'acception courante du terme est de mettre fin à quelque chose

²⁷² ATF 123 III 292 (JdT 1998 I 586) c. 2e.aa.

²⁷³ Relevons que le TF procède à une large analyse du droit privé suisse et constate qu'à maintes reprises le législateur, notamment lorsqu'il s'agit de protéger la partie faible, a recours à l'invalidation partielle de la norme. La Cour résume cette idée très justement en écrivant que « là où l'excès apparaît inadmissible, la violation du droit se limite à l'excès, ce qui implique que l'inefficacité du contrat, qu'elle résulte de la nullité ou de l'annulabilité, ne doit pas nécessairement être envisagée et éliminée quantitativement, mais d'abord qualitativement » ; *ibid.*

²⁷⁴ Michel Buergisser (1989), p. 231.

²⁷⁵ Eugen Huber (1901), p. 3.

²⁷⁶ Pascal Pichonnaz/Stefan Vogenauer (1999), p. 419.

²⁷⁷ « Le texte légal ne prévoit pas la correction du contrat par le juge » JdT 1998 I 586 c. 2.a.

(résilier). Les deux autres versions linguistiques évoquent plutôt le souhait de ne pas perpétuer une situation (*halten* et *mantienere*) et ce n'est que grâce à une interprétation littérale globale de la disposition dans chacune des langues que nous comprenons qu'il s'agit aussi d'une résiliation et non pas d'une possibilité de modification du contrat. En effet, à l'instar de la version française, les versions précisent que les parties devront répéter ce qu'elles ont échangé (*das schon Geleistete zurückverlangen* et *chiedere la restituzione di quanto avesse già dato*). Si la lettre donne un résultat clair, reste encore à déterminer s'il serait possible de s'en écarter en se basant sur l'esprit de la norme²⁷⁸.

Afin de déterminer la volonté du législateur, le Tribunal fédéral commence par effectuer une analyse historique de la norme. Il constate que celle-ci provient du droit allemand²⁷⁹ et n'existait pas dans le Code fédéral des obligations de 1881. Un parlementaire proposa en 1908 de permettre la nullité partielle en cas de lésion, toutefois cette proposition a été retirée et n'a pas été discutée au sein de la commission en charge du projet. Cela suffit au Tribunal fédéral pour en conclure que nous ne sommes pas face à un silence qualifié. Il s'agit à notre sens de nuancer cette interprétation. Certes, les débats de la Commission n'abordèrent pas cette question directement, toutefois, tant le projet du Conseil fédéral que la systématique du Code des obligations ainsi que la chronologie ne plaident pas entièrement en faveur de la solution retenue par la Cour. En effet, le Message du Conseil fédéral et son projet de loi proposaient d'adopter un article prévoyant que le contrat, en cas de lésion, pourrait être « rescindé »²⁸⁰. Le verbe rescinder est propre au vocabulaire juridique et se définit comme l'annulation d'un contrat, d'un acte pour lésion avec comme origine étymologique le verbe latin *rescindere* signifiant rompre, annuler, couper²⁸¹. Si la version finale de l'article 21 CO diffère, force est de constater que le sens demeure identique. À cela, ajoutons que la Commission, de l'aveu du Tribunal fédéral, a débattu sur l'effet de la lésion afin de déterminer s'il fallait retenir une nullité, une annulabilité ou la dénonciation du contrat²⁸². Finalement, sans surprise, l'article 21 alinéa 1 CO suit l'article 20 alinéa 2 prévoyant expressément la nullité partielle en cas de vice partiel de l'acte. Il nous semble ainsi difficilement soutenable de conclure que le législateur n'a pas été conscient que cette problématique pourrait engendrer une lacune. À notre sens et

²⁷⁸ N'oublions pas qu'au regard de l'art. 1 al. 1 CC qu'une opposition peut exister entre la lettre et l'esprit permettant ainsi au juge de se défaire du seul texte ; *Henri Deschenaux* (1969), p. 76.

²⁷⁹ Art. 138 al. 2 (version d'avant la révision de 1972) : *Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Missverhältnis zu der Leistung stehen.*

²⁸⁰ Art. 1036 CO du projet du Conseil fédéral : « Un contrat dans lequel il y a disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre peut être rescindé à la demande de la partie lésée, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience » ; FF 1905 II 72. Nous précisons que le Message complémentaire du Conseil fédéral datant de 1909 n'aborde pas la question de la lésion ; FF 1909 III 747.

²⁸¹ Les définitions et traductions proviennent du dictionnaire Larousse en ligne ainsi que du dictionnaire latin/français Gaffiot, éd. 2016.

²⁸² ATF 123 III 292 (JdT 1998 I 586) c. 2.b.

rejoignant les Professeurs Pichonnaz et Vogenauer²⁸³, il s'agit plutôt d'un silence qualifié. Notre avis est d'autant renforcé que la jurisprudence du Tribunal fédéral conclut au silence qualifié soit lorsqu'il est expressément évoqué dans les débats parlementaires²⁸⁴, soit lorsque les Chambres ont constaté un problème tout en décidant de ne pas le traiter²⁸⁵. En l'espèce, les débats parlementaires ont démontré qu'il fut envisagé d'offrir l'invalidation partielle en cas de lésion et c'est volontairement que le projet n'a pas été traité.

Au regard du légalisme de notre ordre juridique et de l'obligation découlant de l'article 1 alinéa 1 CC de suivre la loi ou son esprit, il était compréhensible que le Tribunal fédéral écarte le silence qualifié en utilisant différents artifices interprétatifs. Sans cela, au regard de la primauté de la loi, le Tribunal fédéral ne pouvait pas admettre la nullité partielle en cas de lésion. À cette fin, la Cour semble utiliser la réduction téléologique afin d'arriver à ce résultat²⁸⁶. Cette figure se définit comme la réduction de « la portée d'une règle pour ne pas appréhender une situation de fait qui lui est en principe soumise »²⁸⁷. Pour renforcer leurs raisonnements, les magistrats fédéraux s'appuient sur une partie de la doctrine allant dans leur sens, le droit comparé et un certain idéal de justice sociale. L'arrêt eût-il été le même s'il s'agissait d'une nullité partielle demandée pour lésion dans le cadre d'un transfert d'actions par exemple ? Nous en doutons. En 1911, le législateur fédéral n'avait pas comme objectif d'assurer l'égalité objective dans l'échange, l'accord entre les parties crée une égalité subjective suffisante à la paix sociale et à la bonne marche des affaires²⁸⁸. Aujourd'hui, le Tribunal fédéral se détache de cette idée en aspirant à créer un « droit privé social » avec comme but une « équité contractuelle matérielle » en s'inspirant pour cela du droit du bail, de celui du travail ou de celui des conditions générales renfermant à chaque fois des normes protectrices et permettant au juge de corriger les accords²⁸⁹. Tous ces éléments nous laissent à penser qu'en réalité le Tribunal fédéral a rendu cette décision de manière *contra legem* en équité sans oser l'écrire.

Tant le rejet de la figure du silence qualifié du législateur concernant la nullité partielle que les arguments avancés, notamment sociaux, nous confortent dans notre analyse. À cela s'ajoute que, bien que le regrettant, la doctrine antérieure à l'arrêt admet sans réserve que l'article 21 alinéa 1 CO ne prévoit que la nullité totale et qu'il s'agit d'invoquer l'article 20 alinéa 2 CO²⁹⁰ pour obtenir une nullité partielle — malgré que le Tribunal fédéral soit plus

²⁸³ Pascal Pichonnaz/Stefan Vogenauer (1999), p. 420.

²⁸⁴ ATF 76 II 51 c. 2.

²⁸⁵ ATF 131 II 562 c. 3.6 *a contrario* et ATF 111 Ia 191 c. 4c : « Auch wenn aus den Protokollen nicht hervorgeht, dass hierüber jemals gesprochen worden wäre, ist es ohne weiteres denkbar, in diesem Schweigen eine Willensäußerung des Gesetzgebers zu sehen ».

²⁸⁶ Pascal Pichonnaz/Stefan Vogenauer (1999), p. 423.

²⁸⁷ Christine Chappuis (2010), art. 2 n° 52.

²⁸⁸ Pascal Pichonnaz (2011), p. 179 s.

²⁸⁹ ATF 123 III 292 (JdT 1998 I 586) c. 2e.aa.

²⁹⁰ Pierre Engel (1973), p. 214 (ainsi que la doctrine citée) ; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Pierre Tercier (1978), p. 81 ; Pierre Tercier (1996), p. 114.

nuancé sur ce point²⁹¹. Il s'ajoute aussi qu'une jurisprudence répétée a été rendue sur cette problématique déniait à chaque fois la possibilité de la nullité partielle. Un premier arrêt publié en 1938 arrivait à cette conclusion et par deux fois, sur une période de 30 ans, les juges fédéraux ont confirmé cette jurisprudence au recueil des ATF n'indiquant jamais qu'un renversement de jurisprudence allait être opéré²⁹². D'ailleurs, ces conditions sont restrictives et rarement réunies, assurant ainsi la sécurité du droit et de l'égalité de traitement²⁹³. En l'espèce, néanmoins, l'évolution de la conception du droit permet au Tribunal fédéral d'envisager un revirement de jurisprudence²⁹⁴, nonobstant qu'invoquer les changements d'état d'esprit revient véritablement à sortir du pur champ juridique et à entrer dans le domaine de l'équité²⁹⁵. La Cour défend qu'il est dans l'air du temps d'offrir au magistrat le droit de modeler le contrat, *a fortiori* dès lors que le législateur prévoit cette possibilité dans les domaines du droit mettant en relation une partie faible et un autre contractant²⁹⁶.

Pascal Pichonnaz résume brillamment la pensée du Tribunal fédéral en écrivant que ce dernier « admet la gêne du club de foot parce qu'il est essentiel pour lui d'avoir un terrain pour garder sa licence »²⁹⁷. En effet, exiger du FC Lohn d'aller jouer dans un autre village n'a pas de sens, pas plus que de déclarer le contrat nul pour lésion d'où l'obligation de la Cour de trouver une solution pragmatique et juste. Ce pragmatisme et cette volonté de justesse matérialisent l'équité et la volonté de refuser le silence qualifié, mais aussi de s'inscrire dans l'esprit du temps — n'utilise-t-il pas l'expression que la correction des contrats « correspond à l'esprit de notre époque »²⁹⁸ — et de rejeter de ce fait la norme établie, caractéristique d'une interprétation *contra legem*.

2. ATF 116 la 359 (Theresa Rohner)²⁹⁹

Theresa Rohner, Suissesse domiciliée dans le Canton d'Appenzel Rhodes-Intérieures, demande en avril 1989 au Conseil d'État de son canton à participer à la Lansgemeinde. L'exécutif rejette cette demande offrant ainsi la possibilité à la demanderesse de saisir le Tribunal fédéral pour violation de l'article 4 alinéa 2 aCst. La cause ne fut pas jugée immédiatement puisque, sur proposition du Conseil d'État et du Grand Conseil

²⁹¹ Peter Gauch/Walter R. Schluép/Pierre Tercier (1978), p. 8.

²⁹² ATF 92 II 168 (JdT 1967 I 130) c. 6c ; le TF, dans son considérant, ne fait n'a pas recours à l'*obiter dictum* ni ne nuance son interprétation ; pire la Cour affirme « *Die letztere Lösung liefe praktisch auf eine Anerkennung der Teilnichtigkeit des Vertrages hinaus, die BGE 84 II 112 bei Geltendmachung vollständiger Unverbindlichkeit seitens des Übervorteilten mit Recht abgelehnt hat* ».

²⁹³ Henri Deschenaux (1969), p. 120.

²⁹⁴ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 198-199.

²⁹⁵ Pascal Pichonnaz/Stefan Vogenauer (1999), p. 422.

²⁹⁶ « *Das Vertragsrecht wird zunehmend « materialisiert », die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* » ; ATF 123 III 292 (JdT 1998 I 586) c. 2e.aa.

²⁹⁷ Pascal Pichonnaz (2011), p. 188.

²⁹⁸ ATF 123 III 292 (JdT 1998 I 586) c. 2e.aa.

²⁹⁹ Nous nous sommes basés sur la traduction parue au JdT 1992 I 98.

appenzellois, le constituant cantonal devait se prononcer sur l'octroi du droit de vote aux femmes. Cette proposition fut rejetée durant la Landsgemeinde engendrant, suite au dépôt de 54 autres recours, que le Tribunal fédéral se penche sur la question et accorde le droit de vote par voie prétorienne.

Le Tribunal fédéral, après avoir examiné les conditions de recevabilité, détermine l'étendue de ses compétences d'examen. En matière de droit de vote cantonal, la Cour peut examiner librement l'application et l'interprétation des dispositions même si en cas de doute le sens retenu par le peuple et le parlement cantonal sera déterminant. La question litigieuse est la compatibilité de l'article 16 alinéa 1 de la Constitution appenzelloise prévoyant qu'« ont le droit de vote dans la Landsgemeinde et dans les assemblées communales tous les ressortissants du canton et les autres Suisses domiciliés dans le canton, qui ont accompli leur 20^e année et qui sont inscrits au registre civique » avec l'article 4 alinéa 2 aCst réglant que « l'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale ». Cette question se résume à trancher s'il est possible d'interdire le suffrage féminin alors que le droit fédéral l'offre et qu'un nouvel article constitutionnel impose l'égalité entre les sexes. Le Tribunal fédéral relève aussi que de manière incontestée et de pratique constante, seuls les hommes suisses sont en droit de participer activement à la Landsgemeinde d'Appenzell Rhodes-Intérieures.

Les Constitutions cantonales devant obtenir une garantie de conformité au droit fédéral par le parlement³⁰⁰, le Tribunal fédéral s'interroge sur l'étendue son pouvoir d'examen dans ce cadre-là. Dès 1985, les juges fédéraux décrétèrent que les constitutions cantonales pouvaient faire l'objet d'un contrôle de conformité au droit fédéral, y compris au regard des dispositions constitutionnelles fédérales adoptées postérieurement à la garantie fédérale du texte fondamental cantonal. Nous verrons que cela permettra aux juges fédéraux de réformer le refus des femmes à la Landsgemeinde. Ainsi, dans notre cause, l'article 4 alinéa 2 aCst a été adopté par le constituant fédéral en 1981, soit quelques années après l'octroi de la garantie fédérale pour la Constitution d'Appenzell Rhodes-Intérieures, offrant la possibilité d'un contrôle de conformité du texte appenzellois avec le droit fédéral.

En 1971, la Constitution fédérale était modifiée, permettant aux femmes de rejoindre le corps des électeurs tout en ménageant expressément, à l'article 74 alinéa 4 aCst, que « le droit cantonal demeure réservé pour les votations et élections cantonales et

³⁰⁰ Art. 6 aCst : ¹ Les cantons sont tenus de demander à la Confédération la garantie de leurs constitutions.

² Cette garantie est accordée, pourvu :

- a. Que ces constitutions ne renferment rien de contraire aux dispositions de la constitution fédérale ;
- b. Qu'elles assurent l'exercice des droits politiques d'après des formes républicaines — représentatives ou démocratiques ;
- c. Qu'elles aient été acceptées par le peuple et qu'elles puissent être révisées lorsque la majorité absolue des citoyens le demande.

communales ». Exactement dix ans après, l'article constitutionnel prévoyant l'égalité en droit entre les deux sexes était adopté. L'articulation de ces deux normes représentait la question qu'il s'agit de résoudre. À cela, le Tribunal fédéral répond qu'il faut interpréter une disposition dans le sens correspondant le mieux aux circonstances et aux conceptions du moment, en prenant ainsi en considération les évolutions sociétales et des mœurs. Les juges fédéraux auront à déterminer si les termes « les Suisses » et « ressortissants » englobe tant les citoyennes que les citoyens de notre pays à titre de masculin général ou qu'il s'agit du sens purement masculin nécessitant, peut-être, une interprétation conforme à la constitution fédérale.

Le Tribunal fédéral procède à cette fin à une analyse historique des différentes dispositions constitutionnelle en constatant que l'article 74 alinéa 4 aCst réserve expressément — le texte est clair et la volonté législative aussi — la souveraineté des cantons concernant le droit de vote des femmes. Quant à l'article 4 alinéa 2 aCst, aucune réserve n'est posée dans le texte concernant la souveraineté cantonale face au suffrage féminin et le champ d'application transcende le droit privé en englobant aussi les questions de capacité civique active. Une contradiction apparaît entre ces deux normes selon la Cour. Le Tribunal fédéral consulte la doctrine afin de la résoudre et constate que si la doctrine ancienne se rallie au Conseil fédéral, réservant expressément au droit cantonal la capacité de déterminer les membres de son corps électif, les auteurs récents soutiennent la stricte égalité en droit octroyant, ainsi, le droit de vote aux femmes.

Sans réellement expliquer sa méthode interprétative, la Cour chargée de l'affaire arrive à la conclusion que l'article 74 alinéa 4 aCst ne constitue pas une exception à la garantie générale d'égalité alors même que le message du Conseil fédéral précise : « il est probable que l'article 74 alinéa 4, en tant que garantie de la libre détermination par les cantons des personnes jouissant des droits politiques sur le plan cantonal et communal, prévaudrait aussi sur le principe fédéral de l'égalité entre les sexes »³⁰¹. Les magistrats avancent en outre que le droit de vote des femmes fait aussi partie de la conscience générale des habitants de notre pays sans néanmoins développer cette idée ni l'appuyer sur quelques études sérieuses. C'est en ayant recours à l'article 6 alinéa 2 aCst prévoyant que les Cantons doivent respecter le droit fédéral que le Tribunal fédéral a pu formellement arriver à la conclusion que le Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures violait le droit fédéral et par là même constater que les Appenzelloises jouissaient du droit de vote.

Si matériellement le résultat apparaît satisfaisant, il n'en demeure pas moins que méthodologiquement l'arrêt surprend et démontre, s'il le fallait, que le juge est créateur de norme. La question de fond n'est autre que la manière dont il s'agit d'interpréter les termes « ressortissant » et « Suisse » tant dans le droit cantonal que le droit fédéral : inclut-il les

³⁰¹ FF 1980 I 134.

femmes ? Dans un premier arrêt³⁰² datant des années cinquante portant aussi sur le droit de vote des femmes, le Tribunal fédéral arrivait à la conclusion que premièrement le terme « Suisse » exclut les femmes notamment en se basant sur l'obligation des Suisses d'effectuer un service militaire et secondement, en ayant recours aux travaux préparatoires, que la volonté du constituant cantonal était d'exclure les femmes du corps électoral. Certes, afin de nuancer la valeur des travaux parlementaires dans le cadre de l'interprétation du droit constitutionnel, la Cour retient que « le Tribunal fédéral considère qu'il doit se conformer à l'intention du législateur historique, à moins que le sens qu'à l'époque on a entendu donner à la loi ne soit incompatible avec le texte de celle-ci ou absolument inacceptable en pratique »³⁰³. D'ailleurs dans ce premier arrêt, nous comprenons entre les lignes que les juges fédéraux font preuve de nuance afin de pouvoir, le cas échéant, renverser cet arrêt.

Reconnaissons que la décision des magistrats fédéraux, à cette époque, de rejeter la demande n'est pas surprenante. Comme le souligne P. Moor « si, sur la base de leur argumentation, [les juges] avaient accordé aux recourantes le droit de vote qu'elles demandaient dans le canton où elles habitaient, cela aurait impliqué que le suffrage exclusivement masculin, tel qu'il était pratiqué au niveau fédéral et dans tous les autres cantons, devait aussi être reconnu comme anticonstitutionnel »³⁰⁴. Le Tribunal fédéral, garant entre autres de la séparation des pouvoirs et devant respecter la volonté du constituant, ne pouvait interpréter le terme « suisse » comme étant épicène³⁰⁵. La Cour achevait son quatrième considérant en mettant en avant que si le juge « possède bien le pouvoir de compléter la loi lorsqu'elle présente une lacune, il n'a pas en revanche celui de la modifier. Ce droit n'appartient qu'à l'autorité législative. Le particulier qui voudrait donner à la norme un sens différent doit donc avoir recours non point au juge, mais au législateur »³⁰⁶. Malgré cette affirmation, l'arrêt Theresa Rohner modifie complètement ce principe, le droit constitutionnel appenzellois demeure constant dans son choix d'exclure le suffrage féminin ; à cela s'ajoute une interprétation de la volonté du constituant cantonal constante dans ce sens³⁰⁷.

Il va de soi que le Tribunal fédéral est en droit de modifier sa jurisprudence, mais encore faut-il qu'il existe « des motifs sérieux et objectifs qui révèlent l'erreur d'interprétation

³⁰² ATF 83 I 173 (arrêt Antoinette Quinche).

³⁰³ ATF 83 I 173 c. 4.

³⁰⁴ Pierre Moor (2010), p. 252-253.

³⁰⁵ « Quand cette pratique constante s'étend sur un grand nombre d'années, qu'elle acquiert ainsi le caractère d'une sorte de coutume, elle confère au sens voulu à l'origine par le législateur une force particulière. La disposition ne s'impose plus alors au juge par son seul texte, mais aussi par la pratique qui l'a toujours comprise dans un sens bien défini » ; ATF 83 I 173 c. 4.

³⁰⁶ ATF 83 I 173 c. 4 *in fine*.

³⁰⁷ Rappelons que le peuple a refusé l'introduction du suffrage féminin lors de la landsgemeinde du 29 avril 1990 et qu'Appenzell Rhodes-Intérieures fit partie des 6,5 cantons ayant refusé ce droit (à 71,1 %, soit le plus haut taux de Suisse) ; (<<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/19710207/can224.html>>, dernière consultation le 18 mai 2020).

précédente »³⁰⁸. Or, à la lecture de l'arrêt Rohner, force est de constater que le Tribunal fédéral ne s'appuie sur aucun des moyens d'interprétation pourtant théorisés par ses soins nonobstant que le texte légal ne soit pas clair puisque l'acception de différents mots est au centre de la cause. Pire, il s'intéresse aux différents messages que le Conseil fédéral a transmis au Parlement tant dans le cadre de la votation portant sur l'article 74 aCst que pour l'article 4 aCst. Les juges constatent à chaque fois que la détermination du corps électoral est réservée soit de manière explicite (article 74 alinéa 4 aCst), soit de manière induite par le truchement de la *lex specialis* puisque l'article 74 alinéa 4 aCst en est une par rapport à l'article 4 aCst. Les magistrats fédéraux évoque aussi le principe immuable de la souveraineté cantonale prévue par l'article 3 aCst. Ces considérations faites, il n'en tire aucun argument et préfère s'arrêter sur la brochure que les électeurs ont reçue lors de la votation de l'article 4 aCst qui, il est vrai, ne mentionne pas la question du droit de vote des femmes. L'usage de l'interprétation historique ou téléologique est singulier dans ce contexte. D'ailleurs, le Professeur Papaux relève aussi cette faille argumentative : « aucune méthode d'interprétation n'était applicable à satisfaction si ce n'est un jugement d'analogie élaboré en regard d'une *ratio legis* induite du système des valeurs que les magistrats estimaient avoir cours dans la société suisse au moment du jugement »³⁰⁹. Il n'en faut pas moins pour que nous puissions affirmer que cette décision est aussi un exemple éloquent de jugement *contra legem* en équité.

Afin de rester dans un apparent schéma interprétatif cachant le *contra legem*, la Cour laisse croire qu'une application du pluralisme méthodologique est retenue. Elle affirme ensuite que le juge se doit de retenir une interprétation évolutive en tenant compte des changements de circonstance et de conception des choses. Cette approche n'est pas soutenable selon nous.

Si effectivement l'égalité en droit entre les sexes est actée dans la Constitution fédérale, les travaux préparatoires portant sur l'adoption de l'article 4 alinéa 2 aCst réservaient et protégeaient la souveraineté cantonale en affirmant que l'article 74 alinéa 4 prévaudra sur l'égalité des sexes³¹⁰. À côté de cela et les juges ne le déniaient pas, les travaux préparatoires portant sur l'introduction du suffrage féminin sur le plan fédéral précisait que les cantons demeuraient libres de détermination des titulaires du droit de vote cantonal et communal sans être lié par le droit fédéral³¹¹. On le sait, les travaux préparatoires des lois ne sont que des orientations et n'ont pas de force normative en soi³¹². Cependant, les magistrats arrivent à la conclusion qu'il existe une antinomie, figure que tout juriste est capable de résoudre notamment en ayant recours aux méthodes d'interprétation ou à

³⁰⁸ Henri Deschenaux (1969), p. 120.

³⁰⁹ Alain Papaux (2006), p. 187.

³¹⁰ ATF 116 Ia 359 (JdT 1992 I 98) c. 7a.

³¹¹ ATF 116 Ia 359 (JdT 1992 I 98) c. 6a.

³¹² Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 434 ainsi que les arrêts cités par les auteurs.

quelques adages latins comme *lex posterior derogat priori*, etc.³¹³. Or, étonnamment, les juges s'appuient principalement sur les explications fournies au peuple concernant l'article 4 alinéa 2 aCst dans laquelle il est précisé que l'égalité vaut pour tous les domaines du droit³¹⁴, alors même que c'est un document moins précis, la taille du document l'explique, qu'un Message du Conseil fédéral. Afin d'achever sa démonstration, le Tribunal fédéral a recours à un argument étrange : « Au vu de la netteté du résultat de la votation, on ne saurait non plus prétendre que l'art. 4 al. 2 Cst aurait été rejeté si l'on avait déclaré de façon expresse que le principe d'égalité devait être aussi respecté en matière de droit politique »³¹⁵. Nous confessons ne pas comprendre l'argumentation de la Cour, à plus forte raison que hormis dans les deux demi-cantons d'Appenzell, toutes les Suissesses pouvaient voter dans leur canton de domicile. Ajoutons qu'en reconnaissant une antinomie, les juges auraient dû avoir recours aux différents moyens d'articulation dont celui de la *lex specialis derogat generali*, notamment au regard de l'affirmation du Conseil fédéral, dans son message, que l'article 4 aCst n'aurait aucun effet sur l'article 74 alinéa 4 aCst. Certes, tant l'adage de la *lex posterior* que de la *lex specialis* peuvent en l'espèce s'appliquer, toutefois Jean-Emmanuel Rossel explique que dans ce cas de figure il s'agit de rechercher l'intention du législateur quant à l'articulation des règles légales³¹⁶. En l'espèce, le Message du Conseil fédéral portant sur l'article 4 aCst ne laisse aucun doute, l'article 74 alinéa 4 aCst est une règle dérogatoire plus précise³¹⁷.

Cet arrêt démontre que même dans le cadre de l'interprétation de Constitutions fédérale ou cantonales, le Tribunal fédéral recherche une solution juste, en adéquation avec son temps. Qui eût imaginé qu'un jour une autorité judiciaire puisse écrire que le suffrage féminin fait partie de la « conscience générale »³¹⁸, alors même qu'un canton refusait continuellement cela ? A. Papaux analyse très justement que le Tribunal fédéral « fit dire au texte légal et plus précisément à l'expression "Suisse" le contenu "Suisses et Suissesses" »³¹⁹. Dans certain cas, les juges osent se détacher tant de la lettre que de l'esprit, afin de rendre une décision allant dans le sens de l'intérêt commun, de la défense de l'équité, et s'inscrivant dans « l'esprit du temps »³²⁰.

³¹³ Jean-Emmanuel Rossel (1989), p. 66-76.

³¹⁴ ATF 116 Ia 359 (JdT 1992 I 98) c. 6 b.

³¹⁵ JdT 1992 I 98 c. 7b *in fine*.

³¹⁶ Jean-Emmanuel Rossel (1989), p. 73.

³¹⁷ FF 1980 I 134.

³¹⁸ JdT 1992 I 98 c. 9 b, en allemand : « *allgemeine Bewusstseins* ».

³¹⁹ Alain Papaux (2006), p. 189.

³²⁰ Franz Werro (2010), art. 1 n° 69.

3. ATF 145 I 207 (Invalidation d'une votation fédérale)

Le 28 février 2016, le peuple et les cantons se prononçaient sur une initiative du PDC « Pour le couple et la famille — Non à la pénalisation du mariage » ayant pour but de modifier l'article 14 alinéa 2 Cst. Dans sa brochure explicative envoyée avec le matériel de vote, le Conseil fédéral expliquait qu'environ 80'000 couples mariés à deux revenus subissaient une discrimination fiscale et que l'acceptation de ce texte engendrerait des pertes de recette de l'ordre de 1,2 à 2,3 milliards de francs suisses pour la Confédération. Ce texte a été accepté par une nette majorité des cantons, mais rejeté par 50,8 % des votants engendrant le rejet de cette initiative.

Le 15 juin 2018, le Conseil fédéral relayait une information provenant de l'Administration fédérale des contributions dans laquelle il était expliqué qu'une erreur s'est produite dans l'estimation du nombre de couples mariés avec deux revenus discriminés en Suisse. Ce n'était pas 80'000 couples, mais 454'000 couples qui auraient pu bénéficier de cette modification constitutionnelle, toutefois l'estimation des pertes de recette était correcte. Le 18 juin 2018, un citoyen vaudois forme recours en droit public devant le Conseil d'État de son canton qui se déclare, à juste titre, incompétent. Un recours en matière de droit public contre cette décision est introduit concluant principalement à l'annulation de la votation fédérale. Le Tribunal fédéral lors d'une séance publique tranche en faveur de l'annulation du scrutin fédéral.

Si en soi le texte de l'initiative n'est pas très novateur, il est reconnu, de l'aveu même du Conseil fédéral, que les couples mariés à deux revenus sont fiscalement discriminés dans notre pays. Néanmoins, cet arrêt est intéressant au regard de deux éléments procéduraux méritant une analyse. Le premier retenant notre attention porte sur l'imparfaite application du droit constitutionnel fédéral puisque l'Assemblée fédérale a accepté la validité de l'initiative du PDC alors même qu'il n'y avait pas d'unité de la matière pourtant dictée par l'article 139 alinéa 3 Cst³²¹ ; ³²², néanmoins nous ne développerons pas d'avantage cette question. Le second qui retiendra notre entière attention a trait à l'ouverture d'une nouvelle voie de droit permettant de contester le résultat d'une votation fédérale conduisant à l'annulation du scrutin.

La Constitution fédérale prévoit expressément que les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent être portés devant le Tribunal fédéral ; cependant des exceptions peuvent être prévues par la loi³²³. En l'espèce, le droit fédéral n'en prévoit aucune, immunisant de fait les explications et autres documents du Conseil fédéral en lien avec une votation³²⁴. En parallèle, l'article 77 alinéa 2 LDP n'offre qu'un délai de 3 jours

³²¹ Philippe Nantermod (2019), p. 357-362.

³²² Art. 139 al. 3 Cst : Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.

³²³ Art. 189 al. 4 Cst.

³²⁴ ATF 145 I 207 c. 1.5 et ATF 138 I 61 c. 7.1 (JdT 2012 I 171).

après la publication des résultats dans la feuille officielle cantonale pour former recours. Sachant que la votation s'est produite en février 2016, que les publications sont intervenues dans les semaines suivantes, mais surtout que le Conseil fédéral a constaté la validité du résultat du scrutin le 19 avril 2016, force est de constater qu'aucun recours en temps utile n'avait été déposé³²⁵. Cela n'empêche pas le Tribunal d'accepter la recevabilité du recours en menant une interprétation historique et téléologique des dispositions applicables. Ainsi, malgré que la portée des travaux préparatoires ne soit pas déterminante, ils offrent une source d'information importante lorsque la loi est récente³²⁶. Dans ce cadre, le Message du Conseil fédéral³²⁷ et les résultats parlementaires³²⁸ relatifs à la révision de LDP expriment sans l'ombre d'un doute la volonté renouvelée du législateur de maintenir un délai de recours bref afin d'assurer autant que possible la bonne marche des institutions et la préservation des preuves en cas de contestation³²⁹. Ce faisant, tant l'analyse historique que littérale de la norme semblent permettre une contestation judiciaire des résultats d'un scrutin, mais en l'inscrivant dans un espace-temps limité à quelques jours suivant le scrutin. Dans un précédent arrêt rendu en 2011, le Tribunal fédéral conclut qu'un recours déposé plus de 3 jours après la publication des résultats doit être considéré comme tardif³³⁰. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral constate aussi qu'il n'existe, dans le cadre des droits politiques, aucune règle permettant la révision ou la reconsidération d'un scrutin ; aussi il s'agira, le cas échéant, de s'appuyer sur le droit constitutionnel, les principes généraux et la protection des droits acquis³³¹. Il est évident par ces considérations, que le Tribunal fédéral a nuancé sa décision afin d'offrir, pour le futur, une assise jurisprudentielle lui permettant la recevabilité d'une invalidation d'un scrutin fédéral ou tout du moins d'examiner les conditions de son déroulement notamment en cas de vices sérieux ou de fraudes³³². En parallèle et à d'autres échelons ainsi qu'à différentes reprises, le Tribunal fédéral a, par contre, accepté d'invalidier des votations cantonales et communales en dehors du délai prévu par les différentes lois en la matière. Il a notamment eu recours à l'interprétation conforme de la Constitution de 1874 puis celle de 1999, mais aussi en s'appuyant sur la possibilité de combler une lacune proprement dite et en utilisant la figure d'interprétation téléologique des normes³³³. Ces différents arrêts laissent penser que la LDP serait lacunaire permettant aux juges fédéraux de la corriger et ce faisant, de rester dans le cadre de la loi en invalidant le scrutin fédéral portant sur l'initiative du PDC.

³²⁵ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 28 février 2016, FF 2016 3557.

³²⁶ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 434.

³²⁷ FF 2001 6051 (6070). Relevons que le premier message du Conseil fédéral portant sur le projet de la LDP souhaitait aussi que les délais soient brefs afin d'assurer la bonne marche de la démocratie ; FF 1975 I 1337 (1377).

³²⁸ RO 1978 687 (705).

³²⁹ FF 2001 6051 (6070).

³³⁰ ATF 138 I 61 c. 4.2 (JdT 2012 I 171), demande d'invalidation de la votation portant sur la deuxième réforme de l'imposition des entreprises.

³³¹ Ibid., c. 4.4 et 4.5

³³² Ibid., c. 4.3.

³³³ Ibid., c. 4.3 et Jocelyn Roachat (2020), p. 15 s.

Le cheminement intellectuel du Tribunal fédéral a le mérite de rester dans le cadre du positivisme tout en soulevant un certain nombre de points. L'interprétation littérale est limpide en la matière, une voie de droit n'est ouverte que dans les 3 jours qui suivent la publication des résultats au sein de la feuille officielle cantonale³³⁴. L'interprétation systématique corrobore la littérale puisque les articles suivants ne font que décrire le processus de recours. L'interprétation historique démontre, nous l'avons vu précédemment, une volonté répétée de n'offrir une voie de droit que de manière brève. Finalement, l'interprétation téléologique de la norme permettait d'offrir une voie de droit plus longue en cas de vices décelés seulement après le délai légal de recours, mais nous sommes à la limite de la *lex ferenda*. Ces considérations nous permettent d'affirmer que le Tribunal fédéral a ouvert une voie de recours contre les décisions populaires de manière *contra legem* en équité et non en se basant sur une interprétation extensive³³⁵. Ce résultat n'est en soi pas choquant, ce d'autant plus qu'aucun droit acquis ne pouvait être atteint et qu'aucune personne ne pourrait se trouver discriminé par cette décision. D'ailleurs, à notre sens, le Tribunal fédéral n'oserait jamais invalider un texte ayant déjà déployé des effets juridiques, la preuve en est de la deuxième réforme de l'imposition des entreprises qui a aussi fait l'objet d'un recours rejeté pour des faits similaires.

Cet arrêt illustre aussi à quel point l'interprétation extensive est parfois nécessaire au Tribunal fédéral afin de rester dans un cadre légaliste. Le recours à l'interprétation conforme de la Constitution et le choix des méthodes interprétatives tout comme celle qui s'avèrera triomphante est primordial. D'ailleurs, cet arrêt du Tribunal fédéral recèle une seconde interprétation surprenante. Le Conseil fédéral publie le résultat des votations fédérales sous la forme d'un arrêté fédéral, forme en principe immunisée par l'article 189 alinéa 4 Cst. Toutefois, afin de lever ce second écueil à l'invalidation du résultat sans passer par une décision *contra legem*, la Cour conclut que le Conseil fédéral ne fait que constater la validité du scrutin alors qu'il incombe au Tribunal fédéral de s'assurer de sa validité lui permettant ainsi, en tout temps, de réexaminer cette validité³³⁶. L'argument surprend. Tant la Constitution fédérale que l'article 86 alinéa 1 LTF reflètent l'immunité, certes tempérée par l'article 33 LTAF, des décisions rendues par le Conseil fédéral ou l'Assemblée fédérale³³⁷. Ainsi, la lettre refuse toute contestation des décisions de l'exécutif fédéral devant le Tribunal fédéral. Une analyse systématique tant de la LTF que du droit public en général permet d'exclure que les décisions prises par le Conseil fédéral puissent être remise, en question devant un organe judiciaire³³⁸. Une analyse historique du Message de la Constitution fédérale et de celui de la LTF tend à démontrer que le

³³⁴ Art. 77 al. 2 LDP.

³³⁵ Rappelons que l'interprétation extensive soumet à une norme les faits pouvant faire partie du champ des possibles, l'exemple type serait d'assimiler à élèves des étudiants ou gymnasiens ; Heinrich Honsell (2018), art. 1 n° 13.

³³⁶ ATF 145 I 207 c. 4.2.

³³⁷ Yves Donzallaz (2008), art. 86 n° 2995.

³³⁸ L'art. 189 al. 4 Cst immunise les décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, l'art. 33 LTAF pose les exceptions et l'art. 86 LTF n'offre pas de voie de droit dans ce cadre-là.

constituant tout comme le législateur ne souhaitaient pas que les décisions du Conseil fédéral, sauf exception prévue dans une autre loi, ne puissent faire l'objet d'un recours devant l'autorité suprême fédérale³³⁹. Finalement, sous l'angle téléologique, la séparation des pouvoirs, base de notre système, pencherait aussi à invalider cette thèse, les décisions politiques ayant toujours été soustraites du champ juridictionnel, notamment afin d'assurer la séparation des pouvoirs.

Dans cet arrêt, notre Cour suprême n'a pas retenu qu'une interprétation très extensive, mais deux afin de rester autant que faire se peut dans le cadre de la loi. La première interprétation, basée sur une longue suite de développement jurisprudentiel, a permis au Tribunal fédéral de se déclarer compétent pour l'annulation d'un référendum, question laissée en suspens dans l'arrêt portant sur la réforme de l'imposition³⁴⁰. La seconde traite de la capacité du Tribunal à revoir les décisions du Conseil fédéral ne se base que sur un auteur de doctrine et joue presque avec les mots : « le Conseil fédéral constate la validité » et « le Tribunal fédéral constate la régularité ». La nuance est certes grande, mais à l'instar du Tribunal fédéral, le Conseil fédéral se doit de respecter la Constitution fédérale³⁴¹ donc aussi son article 34 alinéa 2 sur lequel la Cour se fonde pourtant pour annuler la décision. En outre, la constatation de la validité d'une votation fédérale se fait sous la forme d'un arrêté fédéral simple³⁴², texte normatif n'étant pas une loi, mais un acte gouvernemental — relevant donc du droit administratif — statuant sur un cas particulier³⁴³, aussi n'est-ce pas l'autorité qui a rendu l'arrêté qui est en droit de la réviser³⁴⁴ ?

De manière plus générale, à l'aune de ces trois différents arrêts rendus par le Tribunal fédéral, citons ce passage du Message du Conseil fédéral portant sur la révision totale de notre Constitution correspondant parfaitement à la pratique actuelle : « le constituant historique est parti — à tort — du principe que le Tribunal fédéral ne créerait pas le droit, mais qu'il se bornerait à exécuter fidèlement la volonté du législateur et interpréter la constitution telle qu'elle avait été voulue par l'Assemblée fédérale d'alors »³⁴⁵. Cet apophtegme correspond déjà au travail des juges fédéraux qui s'ingénient à corriger les imperfections des lois ou les résultats injustes tout en déployant des trésors interprétatifs afin de rester dans le cadre de la loi — admettons que cela est très kelsenien. Pourtant, la loi ne fonde que les principes généralement admis et majoritairement applicables au cas,

³³⁹ Message du Conseil fédéral portant sur la révision totale de la Constitution de 1874, FF 1996 I 1 (504 s) et en ce qui concerne la LTF : FF 2001 4117 s.

³⁴⁰ *Giovanni Biaggini* (2019), p. 533.

³⁴¹ Art 5 al. 1 Cst.

³⁴² Art. 15 al. 1 LDP.

³⁴³ *Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger* (2015), p. 147.

³⁴⁴ Art. 66 al. 2 PA.

³⁴⁵ FF 1997 I 514.

alors que l'équité permet la finesse nécessaire à sa bonne application ; ce faisant, ces deux se complètent afin de donner un droit juste³⁴⁶.

4. *PE19.000742 (Activistes du climat de Lausanne)*³⁴⁷

Le 22 novembre 2018, une vingtaine d'activistes du climat mène une action coup de poing dans les locaux d'une banque lausannoise consistant à mimer un match de tennis. Le but de cette action est de sensibiliser le grand public de l'impact que la finance a dans le réchauffement climatique et plus précisément l'implication de la banque Credit Suisse dans le cadre de ses politiques d'investissements visant à soutenir nombre d'industries émettrices de grandes quantités de CO₂. Malgré l'injonction du directeur de la succursale de la banque faite aux activistes de quitter les lieux, l'action continue, forçant l'établissement bancaire à alerter la police. Les prévenus n'obéissent pas non plus aux ordres de la police. Finalement, dix des douze prévenus ont dû être évacués par la force de la banque. Credit Suisse porte plainte pour violation de domicile (article 186 CP) et le ministère public poursuit les prévenus pour violation des articles 29³⁴⁸ (entrave à l'action d'une autorité) et 41³⁴⁹ (autorisation de manifester) du Règlement général de police de la Commune de Lausanne. Le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a acquitté les douze prévenus en invoquant l'état de nécessité au sens de l'article 17 CP. Un recours auprès du Tribunal cantonal est toujours pendant.

Sous l'angle juridique, le Tribunal de police reconnaît que les éléments constitutifs des différentes infractions sont remplis. Toutefois, il décide d'examiner les conditions de l'état de nécessité licite permettant l'éventuel acquittement des prévenus. Selon le droit fédéral, l'état de nécessité présuppose l'existence d'un danger imminent, actuel et concret risquant d'atteindre un bien juridiquement protégé. L'acte deviendra licite pour autant que l'action respecte le principe de proportionnalité et de subsidiarité. Par voie de conséquent, un fait n'est licite qu'à la condition que le bien protégé soit plus précieux que le bien lésé et pour autant qu'aucun autre moyen licite ne permette de détourner le danger. Finalement, sur le plan subjectif, la conscience du danger et la nécessité de sauvegarder le bien menacé sont nécessaires.

Sans surprise, le Tribunal retient l'existence du danger immédiat, sérieux et actuel notamment en se basant sur les rapports du GIEC concluant à un réchauffement climatique d'origine anthropique pouvant engendrer une hausse globale des températures de 1,5 à 3 degrés aux conséquences désastreuses pour la planète et les écosystèmes. Le Tribunal

³⁴⁶ *Alain Papaux* (2006), p. 206 s.

³⁴⁷ Le jugement est disponible sur le site internet de LAC - Lausanne action climatique (<<https://www.reseau43.ch/docs/LAC/Jugement.pdf>>, dernière consultation le 26 mai 2020).

³⁴⁸ Art. 29 RPG : Celui qui, d'une quelconque manière, entrave l'action d'un fonctionnaire, notamment d'un agent de police, ou celui qui refuse de se conformer aux ordres d'un agent de police, encourt les peines prévues par la loi sur les contraventions, sans préjudice des sanctions prévues par le Code pénal.

³⁴⁹ Art. 41 RPG : Toutes les manifestations publiques ou privées organisées dans des lieux ouverts au public, notamment les rassemblements, les cortèges, les spectacles, les conférences, les soirées (dansantes ou autres) ou les expositions, sont soumises à une autorisation préalable de la Direction.

considère aussi que la subsidiarité est remplie puisque tant les actions visant au dialogue avec la banque que les actions politiques ou les manifestations sont restées sans succès. D'ailleurs, le magistrat en charge de la cause pose le constat que « le temps politique, lent par sa nature démocratique, n'est plus compatible avec l'urgence climatique avérée »³⁵⁰. L'examen de la proportionnalité est aussi favorable aux prévenus puisqu'il est retenu que la garantie de propriété s'efface face au droit personnel à la santé et à la vie des prévenus *a fortiori* que l'atteinte fut courte et sans dommage irréparable. Quant à l'aspect cognitif et volitif, les prévenus avaient pleinement conscience de leurs actes et en accepteraient, le cas échéant, les conséquences. En outre, rien n'indique une quelconque incapacité pénale.

Si ce jugement a surpris plus d'un juriste au regard de ses conclusions, il retient avant tout notre attention pour son interprétation de l'état de nécessité. Le droit pénal se différencie des autres domaines du droit par un principe pratiquement absolu de la légalité théorisé par C. Beccaria³⁵¹ et repris par l'article 1 CP. Cela n'empêche pas que le Tribunal fédéral admet que l'interprétation de normes pénales est parfois nécessaire, y compris en défaveur du prévenu³⁵² sous réserve que le magistrat n'ait pas recours à l'analogie³⁵³. Relevons, en l'espèce, que l'interprétation de l'article 17 CP accroît les conditions d'admission de l'état de nécessité, se faisant le principe de la légalité est respecté.

En cherchant à démontrer l'insertion de sa décision dans le cadre jurisprudentiel et légal de l'article 17 CP, le Tribunal de police a recours à une interprétation large des éléments nécessaires à l'accomplissement de l'état de nécessité, en particulier la subsidiarité, soit l'impossibilité d'user d'un autre moyen afin de détourner le danger imminent. Singulièrement, ni la doctrine³⁵⁴, ni les travaux préparatoires³⁵⁵, ne s'attardent longuement sur la notion de la subsidiarité du moyen utilisé, laissant les juges maîtres de la définition de cet *open texture*. La justice a rendu une abondante jurisprudence en la matière concernant notamment la circulation routière³⁵⁶. Toutefois, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt datant d'une quinzaine d'années, précisé la notion de subsidiarité dans le cadre d'une action politique et collective³⁵⁷. Il va de soi, dans ce cadre-là, que les notions de danger imminent et de subsidiarité nécessaire à la réalisation de l'état de nécessité s'appliquent. Les juges fédéraux précisent qu'au sein d'un état démocratique, les idéaux politiques doivent être défendus soit par l'usage des moyens politiques, soit par le recours à la justice.

³⁵⁰ PE19.000742 c. 4.2, p. 54.

³⁵¹ Cesare Beccaria (1991), p. 65 s.

³⁵² SJ 2002 I 107 c. b.

³⁵³ Philippe Graven (1989), p. 157 ; Laurent Moreillon et al. (2017), art. 1 n° 29-32.

³⁵⁴ Laurent Moreillon et al. (2017), art. 17 n° 8 (ainsi que les auteurs cités); Marcel Alexander Niggli/Carola Göhlich (2019), art. 17 n° 16 ; Martin Killias/André Kuhn/Nathalie Dongois/Marcelo F. Aebi (2008), p. 113.

³⁵⁵ FF 1918 IV 13.

³⁵⁶ Laurent Moreillon et al. (2017), art. 17 n° 19 s ou encore les arrêts du TF 6B_1224/2019, 6B_1250/2019 du 24 janvier 2020

³⁵⁷ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), des militants de Greenpeace décident de bloquer l'accès aux centrales nucléaires de Beznau, Gösigen et Leibstadt. Ils sont arrêtés est poursuivi entre autres de contrainte. Les avocats plaident l'état de nécessité climatique. Le tribunal fédéral refuse d'admettre cet état de nécessité.

Le seul fait que ces moyens semblent lents, voire vains, ne confère en aucun cas un droit de poursuivre son but par des moyens punissables, sous réserve précise la Cour d'un éventuel dommage imminent, sérieux et concret en cas d'inaction³⁵⁸. Ainsi, le Tribunal fédéral a fixé la norme de l'article 17 CP, se faisant, les autorités inférieures se doivent de s'inscrire dans son sillon³⁵⁹. Des similitudes doivent être tracées entre la décision lausannoise et l'ATF 129 IV 6, soit la précédente cause semblable tranchée par notre cour suprême. Dans les deux cas, il s'agit d'une action menée par des mouvements écologistes afin de protester contre la politique écologique menée en Suisse. Nous sommes face aussi à deux infractions de violation de la propriété et deux insoumissions à des injonctions des autorités puis, en dernier point commun, les prévenus ont à chaque fois demandé l'acquiescement en raison de la sauvegarde d'intérêts légitimes. Aussi, le Tribunal de police de Lausanne eût dû arriver à la même conclusion afin d'assurer la sécurité du droit et l'égalité de traitement, soit l'absence de fait justificatif³⁶⁰.

Il va de soi que les magistrats jouissent d'un pouvoir d'appréciation important leur permettant d'appliquer une loi et ceci est aussi valable en droit pénal³⁶¹. D'ailleurs, cette décision illustre à merveille la tension permanente entre pouvoir d'appréciation et jugement se mettant en porte-à-faux avec le cadre légal. Un auteur soutient que la décision lausannoise s'inscrit dans l'évolution normale du droit et le développement de la jurisprudence relative aux actions climatiques³⁶². À notre sens, tel n'est pas le cas, mais caractérise une rupture nette avec le cadre légal existant. Cet avis est partagé par la justice genevoise de première instance qui a condamné l'auteur de graffitis dénonçant aussi la politique financière de Credit suisse alors même qu'il invoquait aussi l'état de nécessité climatique, ceci un peu plus d'un mois après la décision lausannoise³⁶³. Finalement, les différentes interventions provenant des professionnels du droit parues dans les médias attestent des doutes quant à l'interprétation de l'état de nécessité faite par le Tribunal d'arrondissement lausannois³⁶⁴. Ces considérations nous permettent aussi de dénier une interprétation évolutive de la norme tout comme, à notre sens, un changement de jurisprudence en la matière puisque les conditions restrictives n'étaient pas remplies³⁶⁵. Ainsi, la seule figure restante est évidemment la décision *contra legem* rendue en équité. Notre avis s'en trouve renforcé en examinant aussi la jurisprudence et les acceptions retenues pour d'une part l'imminence du danger et d'autre part la subsidiarité.

³⁵⁸ ATF 129 IV 6 c. 3.1.

³⁵⁹ *Henri Deschenaux* (1969), p. 117.

³⁶⁰ *Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger* (2015), p. 190.

³⁶¹ *Philippe Graven* (1989), p. 154 s.

³⁶² *Arnaud Nussbaumer* (2020), p. 3 s.

³⁶³ *Antonio Fumagalli* (2020), p. 13.

³⁶⁴ *Arnaud Nussbaumer* (2020), p. 3.

³⁶⁵ Nous considérons que les conditions alternatives que sont l'évolution des conceptions du droit, un changement de circonstance ou la recherche d'une meilleure adéquation avec la *ratio legis* ne sont pas remplies. En outre, le Prof. Deschenaux précise que « que les changements de jurisprudence ont presque toujours été suggérés, influencés ou déterminés par des avis de doctrine », or tel n'est manifestement pas le cas concernant l'art. 17 CP ; *Henri Deschenaux* (1969), p. 116.

La doctrine définit l'imminence du danger comme étant un préjudice pouvant « se produire sans délai, que sa réalisation soit quasi immédiate »³⁶⁶. Ce danger doit donc être actuel et concret³⁶⁷. Aussi alarmistes que puissent être les revendications des activistes écologistes ou les témoignages recueillis par le Tribunal, le réchauffement climatique n'est, juridiquement, pas un danger actuel et concret. De par sa nature, le réchauffement climatique est un fait lent et continu ayant commencé entre la fin du XIXe et le début du XXe siècle ayant majoritairement pour cause des activités anthropiques³⁶⁸. À cela s'ajoute que ce phénomène est réversible, à tout le moins pouvant être limité, que cela soit par le biais de contraintes étatiques, d'un changement des modes de consommation ou grâce au progrès scientifique et technique³⁶⁹. À cet égard, le caractère actuel et concret ne peut être retenu. La subsidiarité est le second élément caractéristique de l'état de nécessité. La définition retenue se caractérise comme étant l'unique moyen de préserver un bien de la survenance d'un dommage ou danger³⁷⁰. En l'espèce, la partie de tennis des activistes du climat n'a en aucun cas arrêté le réchauffement climatique. L'argument retenu dans la motivation par le Tribunal de police que cela a permis d'attirer l'attention du public sur cette cause n'est pas un argument défendable, *a fortiori* en suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral dans la cause de Greenpeace rappelant que l'état de nécessité ne peut légitimer une action portant atteinte à des biens protégés pénalement sous la seule raison que les moyens politiques ou judiciaires ne sont pas suffisamment rapides ou efficaces³⁷¹. Au vu de cela, nous comprenons que la décision du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est politique et marquée d'une volonté de faire évoluer la jurisprudence en rendant un arrêt *contra legem* en équité.

Si de prime abord le recours à la décision *contra legem* peut être surprenant en droit pénal, elle a notamment été adoubée par l'histoire. Les différentes décisions du juge Magnaud ont émaillé la jurisprudence française avec une volonté affichée de corriger la trop grande rudesse de la loi quitte à sortir du strict cadre légal³⁷². À la sortie de la Seconde guerre mondiale lors des procès de Nuremberg ou dans le cas des juges français ayant appliqué le droit de Vichy, les magistrats furent condamnés ou à tout le moins sévèrement réprimandés pour avoir appliqué des lois discriminatoires envers certaines catégories de la population, il était attendu d'eux qu'ils refusent leur application³⁷³. La question de l'interprétation des lois pénales et du recours à l'équité est infiniment plus complexe que

³⁶⁶ José Hurtado Pozo/Thierry Godel (2019), p. 279.

³⁶⁷ Gilles Monnier (2009), art. 17 n°7 et ATF 122 IV 1 c. 3a (ainsi que les arrêts cités).

³⁶⁸ Robert Kandel (2002), p. 15 s et Pierre Radanne (2006), p. 95.

³⁶⁹ Jean Jouzel/Valérie Masson-Delmotte (2016), p. 50 s. et Pierre Radanne (2006), p. 107.

³⁷⁰ José Hurtado Pozo/Thierry Godel (2019), p. 280.

³⁷¹ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215) c. 3.1.

³⁷² Alain Wurzbürger (2011), p. 179-181.

³⁷³ Alain Papaux (2006), p. 208-209. À ce propos, nous conseillons vivement la lecture du livre *Histoire d'un Allemand : Souvenir 1914-1933* de Sébastien Haffner jeune magistrat vivant à Berlin et assistant à la montée du nazisme et de l'antisémitisme au sein de l'ordre judiciaire. Cet ouvrage, écrit durant le IIIe Reich, narre à quel point les mentalités ont rapidement changé et les normes raciales rapidement acceptées dans le paysage judiciaire allemand.

dans les autres domaines du droit. En effet, ce n'est que dans ce domaine qu'un justiciable risque une sanction pouvant le priver de sa liberté ou d'une partie de son patrimoine, mais aussi une sanction populaire se caractérisant par l'opprobre jeté sur lui en raison de la procédure pénale³⁷⁴. Le magistrat pénal, plus que les autres, se doit de considérer que « la loi ne constitue donc la forme suprême du droit »³⁷⁵, mais qu'une image imparfaite des préoccupations et considérations d'une époque se doit parfois d'être tempérée.

V. Tensions induites par ces arrêts rendus *contra legem*

Nous venons d'exposer qu'en Suisse les jugements *contra legem* rendus en équité sont prononcés de manière sporadique bien que reposant sur la nécessité et la volonté des magistrats de rendre des décisions aussi proches que possible du sentiment de justice. Ces décisions interrogent le citoyen quant au rôle du juge dans un état de droit, mais aussi au regard du respect de la séparation des pouvoirs, de l'étendue du pouvoir d'appréciation des juges, de la force normative d'une décision ou encore de l'acceptation des décisions judiciaires dans un pays par sa population. Nous tenterons d'apporter quelques éclairages à ces questions tout en nous rendant compte qu'elles pourraient, pour chacune, faire l'objet de nombreuses recherches dépassant le cadre de cette contribution.

A. Un principe de la légalité remis en question ?

Le principe de la légalité sous-tend que toute action émanant d'une autorité étatique, incluant le pouvoir judiciaire, doit s'appuyer sur une base légale écrite³⁷⁶, et ceci qu'importe son rang tant que la règle inférieure est conforme au droit supérieur³⁷⁷. Certes, cette règle vaut particulièrement en droit public³⁷⁸ et pénal³⁷⁹. Néanmoins, nous trouvons aussi ce principe en droit privé suisse, bien qu'il soit libéral, puisqu'il renferme aussi nombre de dispositions ayant une portée sociale, particulièrement en droit du bail ou du travail, tout comme des limitations à l'autonomie de la volonté dans le cadre des relations contractuelles³⁸⁰. Ces limitations nécessitent évidemment une base légale formelle. Aussi, dès lors que le magistrat s'écarte de la règle ou attente au primat des volontés des parties en droit privé, la légalité est remise en question. Sous cet aspect, l'arrêt du FC Lohn en est une parfaite illustration : est-on certain que la bailleresse eût conclu aux conditions revues par la justice ? La réponse reste hypothétique, mais cela n'empêcha pas le Tribunal fédéral de corriger le bail au-delà de la volonté des parties et de porter ainsi atteinte à la garantie de la propriété du bailleur sous couvert d'un principe de justice sociale.

³⁷⁴ Philippe Graven (1989), p. 165.

³⁷⁵ Alain Papaux (2006), p. 209.

³⁷⁶ Pierre Moor (1992), p. 15.

³⁷⁷ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 136 s.

³⁷⁸ Pierre Moor (1992), p. 13 et art. 5 al. 1 Cst.

³⁷⁹ Art. 1 CP.

³⁸⁰ Jean-Philippe Dunand (2005), p. 66 s.

Le principe de la légalité est aussi intimement lié à la séparation des pouvoirs et même la concrétise³⁸¹. Montesquieu, en précurseur, exposait qu'il n'y avait aucune liberté si les trois pouvoirs sont concentrés entre les mêmes mains³⁸². L'arrêt Rohner illustre à merveille cette tension : d'une part, un peuple souverain répète de manière constante sa volonté de refuser le suffrage féminin et de l'autre une autorité judiciaire fédérale s'assied sur la volonté du constituant. La décision du Tribunal fédéral s'oppose, au-delà de son pouvoir d'appréciation, à des lois promulguées selon les procédures prévues et émanent du pouvoir législatif portant ainsi atteinte, de fait, à la séparation des pouvoirs.

Or, si le principe de la légalité permet d'assurer l'égalité de traitement, la prévisibilité des décisions et le respect de la séparation des pouvoirs³⁸³, il semble que les jugements *contra legem* s'inscrivent en faux avec ces principes. Nous réfutons cette idée : nous l'avons vu, la loi n'est pas constitutive de la norme qui ne peut être que le fruit d'un travail d'interprétation. Le texte de loi n'est qu'un cadre, parfois poreux, guidant le travail du magistrat. Le jugement *contra legem* profite de cette porosité et complète, réalise le sentiment de justice³⁸⁴. Ce faisant, le principe de la légalité est respecté et prévoit même sa place au jugement en équité. Aristote, dans l'Éthique à Nicomaque, enseigne que « la loi est toujours quelque chose de général et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'applique avec rectitude [...], ainsi] la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner. La faute n'est pas à la loi ni au législateur, mais tient à la nature des choses, puisque par leur essence même la matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité »³⁸⁵. À l'incomplétude de la loi, l'équité se joint afin d'engendrer une norme et une solution juste au cas³⁸⁶.

Cette heureuse adjonction de l'équité au texte permet d'éviter tout gouvernement des juges tant craint par les révolutionnaires et les premiers codificateurs³⁸⁷. Cette conjonction permet aussi que la norme ne soit jamais « livrée à la plus complète liberté de l'interprète, n'est plus un guide au moment de sa propre application, elle n'est plus rien, elle n'est plus ce qu'elle est — ou doit être — c'est-à-dire une norme »³⁸⁸. Finalement, la définition large de la légalité mêlant texte et sentiment de justice est acceptée par E. Huber qui expliquait la nécessité d'adopter un code civil suisse principalement afin d'accélérer le processus d'unification qui pourtant eût pu être le fruit

³⁸¹ Pierre Moor (1992), p. 14.

³⁸² Montesquieu (2013), p. 208.

³⁸³ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 136 s ; Pierre Moor (1992), p. 14-15.

³⁸⁴ Alain Papaux (2006), p. 206 s.

³⁸⁵ Aristote (2004), p. 280. Le traducteur de cette édition a préféré utiliser le terme « honnêteté » en lieu et place d'équité — chose que nous avons décidé de corriger.

³⁸⁶ David Bochatay (2008), p. 30.

³⁸⁷ Eugen Huber (1901), p. 29 ; Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 137 ; Alain Papaux (2006), p. 130 s.

³⁸⁸ Olivier Jouanjan (2011), p. 28.

de la simple évolution et lente harmonisation de la jurisprudence rendue par les tribunaux cantonaux³⁸⁹.

B. L'étendue du pouvoir d'appréciation du juge est-il modifié par les jugements *contra legem* ?

Si les jugements *contra legem* s'inscrivent, selon nous, dans le cadre de la légalité, reste à déterminer s'ils ne pourraient pas n'être qu'une composante du pouvoir d'appréciation au sens large permettant de tendre vers un résultat apparaissant comme étant le plus équitable et juste. Au sein de notre ordre juridique, l'article 4 CC fonde une compétence générale pour le juge d'apprécier le cas au regard de la loi pour autant que le texte réserve expressément ce pouvoir³⁹⁰. Précisons qu'en droit public le magistrat dispose du même pouvoir sans pour autant reposer sur le titre préliminaire du Code civil³⁹¹. De manière plus globale, l'appréciation de la norme et son résultat s'appuie sur l'article 1 alinéa 1 et 2 CC. Aussi, le pouvoir d'appréciation s'inscrit dans le prolongement du principe de la légalité tout constituant son contrepouvoir indispensable atténuant la rudesse de la norme³⁹². Nous reconnaissons que la limite est tenue entre le recours au jugement *contra legem* et l'usage poussé à son paroxysme du pouvoir d'appréciation du magistrat. L'arrêt des activistes du climat illustre parfaitement cela : tout au long de sa motivation, le juge tente d'inscrire sa décision dans le cadre juridique préexistant. Cependant, que l'on s'écarte du sens de la norme ou que l'on reste dans le cadre préexistant, les magistrats ne sont pas aussi libres que ce que le justiciable peut présupposer. Ainsi, « malgré leur pleine liberté d'interprétation [ou d'appréciation...], les juges ne font pas n'importe quoi dans un système juridique donné. La théorie des contraintes [de M. Troper] explique que, malgré la complète liberté de l'interprétation juridique de la théorie réaliste, le champ des possibles pratiques reste limité et qu'un système juridique donné s'en tient, malgré, tout à des limites relativement raisonnables »³⁹³. Ceci s'explique aisément par la nécessité de rendre des décisions acceptables tant pour le justiciable³⁹⁴ qu'auprès des autres autorités judiciaires³⁹⁵. Dans une analyse du pouvoir d'appréciation du magistrat en droit suisse, Dominique Manaï arrive aussi à la conclusion que si le juge est apparemment libre de trancher comme bon lui semble — sous réserve de rester dans l'amplitude de la norme —, différentes contraintes interne et externe le limitent. L'autrice rappelle que les magistrats sont insérés au sein d'une institution ayant ses règles et traditions juridiques, tout comme il sera entouré de collègues pouvant, même inconsciemment, exercer une certaine pression engendrant une uniformisation des décisions, sans omettre une formation commune — en tout cas pour les magistrats ayant suivi un cursus en droit — incluant un respect de la norme,

³⁸⁹ Eugen Huber (1901), p. 1.

³⁹⁰ Jean-François Perrin (2010), art. 4 n° 1 à 5.

³⁹¹ Henri Deschenaux (1969), p. 127 ; Thierry Tanquerel (2011), p. 166 s.

³⁹² Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 450.

³⁹³ Olivier Jouanjan (2011), p. 29.

³⁹⁴ D'après une étude menée par l'OCDE, le taux de confiance à l'égard de la justice suisse est à 82 % (OCDE (2019), p. 184). Contrairement à d'autres états, aucune étude n'a été menée afin d'évaluer le taux de satisfaction des décisions sous un angle matériel (Ibid., p. 202). Relevons qu'en Suisse hormis le canton de Genève, des études portant sur l'acceptabilité des décisions et le taux de satisfaction sont parfois menées, mais les résultats ne sont pas rendus publics (François Paychère (2013), p. 38).

³⁹⁵ Alain Wurzbürger (2011), p. 181.

de la hiérarchie des instances, mais surtout l'apprentissage de schémas de raisonnement³⁹⁶. Là est le seul point commun entre le pouvoir d'appréciation et les jugements équités *contra legem*.

Pour le reste, le jugement *contra legem* en équité a justement pour vocation de s'écarter de la norme existante afin d'ouvrir un nouveau champ interprétatif. Aussi, l'étendue du pouvoir d'appréciation n'est pas modifiée par le recours au jugement *contra legem*, mais habilement renforcée lorsque la norme n'offre pas la solution la plus juste. Nous admettons toutefois que l'appréhension de la justesse est un sentiment éminemment personnel et que dans certain cas le sentiment de juste de l'un équivaut à de l'arbitraire pour l'autre³⁹⁷. Cependant, cette problématique est commune à l'ensemble des décisions puisque la justice est un sentiment, « une sorte de quête infinie, se posant toujours en termes nouveaux, et qui donc reçoit à chaque fois une réponse spécifique »³⁹⁸ ; et partielle.

C. Création prétorienne *contra legem* et *stare decisis*

Les jugements *contra legem* ont pour vocation de s'écarter de la norme afin d'en déterminer une nouvelle, plus juste au regard du cas. En soi, ces élargissements jurisprudentiels ne doivent absolument pas inquiéter le justiciable puisque les décisions judiciaires « ne peuvent que faire le constat d'une situation provisoire. Elles ne peuvent jamais contenir que des propositions conditionnées [... visant des éléments passés]. La décision nouvelle contraire ne la falsifie pas, pas davantage que la décision nouvelle conforme ne la vérifie »³⁹⁹. Se pose dès lors la question de la force normative du jugement *contra legem* rendu en équité. Ceci est d'autant plus vrai qu'il existe en droit suisse deux types de décisions judiciaires ayant un statut différent, l'un étant une simple jurisprudence et l'autre étant une norme prétorienne comblant quelques lacunes devenant par là même une source du droit⁴⁰⁰. Souvent, ces deux types de jurisprudences, s'entremêlent comme le présente déjà E. Huber dans son exposé des motifs au Code civil suisse puisque le juge ne peut pas « former sa conviction arbitrairement ; il a l'obligation de s'éclairer d'après une méthode sérieuse [...]. Il faut, en premier lieu, qu'il recherche ce que dans une situation pareille, d'autres ont admis ou prononcé. [...] Il s'en rapportera à la doctrine et à la jurisprudence, ainsi que l'ordonne l'article 1 alinéa 2 CC. Mais s'il n'y trouve aucune indication, il ne pourra plus que suivre que sa propre conviction. [...] Il agira] comme si, faisant office de législateur, il avait à édicter une règle pour l'appliquer ensuite à l'espèce qui lui est déférée »⁴⁰¹. Ce schéma proposé par E. Huber guide aujourd'hui encore le travail interprétatif des magistrats.

S'il ne fait aucun doute que la décision du juge agissant *modo legislatoris* constitue d'une source de droit⁴⁰², reste à déterminer si le jugement rendu de manière *contra legem* doit être considéré

³⁹⁶ Dominique Manaï (1985), p. 145 s.

³⁹⁷ Alain Papaux (2006), p. 207 ; Alain Wurzbürger (2011), p. 183 s.

³⁹⁸ Dominique Manaï (1985), p. 267.

³⁹⁹ Olivier Jouanjan (2003), p. 44.

⁴⁰⁰ Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 188.

⁴⁰¹ Eugen Huber (1901), p. 31.

⁴⁰² Art. 1 al. 2 CC ; Eugen Huber (1901), p. 31 ; Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 188 ; Franz Werro (2010), art. 1 n° 39-40.

comme une œuvre prétorienne ou non. À notre sens et au regard des règles d'interprétation, la réponse doit être négative. Le jugement rendu *contra legem* en équité doit être considéré comme une décision rattachée au troisième alinéa de l'article 1 CC. En effet, le droit suisse n'admet la norme prétorienne qu'en cas de lacune proprement dite. Dans ce cas de figure, le juge la comblera en respectant le principe d'insertion, mais aussi en tenant compte de l'ensemble des circonstances et des intérêts des parties⁴⁰³. Cela lui permettra d'adopter une norme aussi équitable que possible au regard du cas. Dans le cadre du jugement *contra legem*, la norme préexiste et aurait dû être appliquée au cas ; ce n'est que par une décision du magistrat, recherchant la solution la plus juste, qu'il est décidé de s'en écarter.

Ce faisant, la décision *contra legem* doit être rattachée à l'article 1 alinéa 3 CC dont la force obligatoire du précédent est relative par opposition à l'article 1 alinéa 2 CC et surtout aux *stare decisis*⁴⁰⁴ des systèmes de *common law* qui se caractérisent par la jurisprudence comme la source principale du droit et la loi l'exception pouvant, toutefois, la corriger⁴⁰⁵. Cependant, la réalité juridique doit nuancer cette conception suisse de la jurisprudence comme n'étant qu'une source d'inspiration du droit. En effet, la pratique judiciaire actuelle octroie une place toujours plus grande à la jurisprudence — tout comme à la doctrine d'ailleurs — quitte à lui donner une portée quasiment obligatoire⁴⁰⁶ confinant à devenir une source du droit. Le Tribunal fédéral ne dénierait pas cette approche au regard de la construction des décisions judiciaires s'appuyant certes sur les lois, mais principalement sur la jurisprudence, voire de la doctrine, lui permettant d'offrir toute la finesse nécessaire au raisonnement juridique afin de donner une solution au cas. Allant plus loin, dans un arrêt de 1924⁴⁰⁷, notre Cour suprême fixe que les règles légales se doivent d'être interprétées de manière égale lorsque les faits sont semblables avant de tempérer cela en écrivant que « le principe de l'application égale du droit, s'il est appliqué strictement, conduirait à cette conséquence qu'il faudrait, dans un cas semblable, s'en tenir à la pratique adoptée antérieurement, tandis que le respect de la justice matérielle exigerait qu'on s'écartât de cette pratique »⁴⁰⁸. La porte à la nuance et aux jugements *contra legem* est ouverte.

Si la majorité des décisions des autorités judiciaires s'inscrit dans le prolongement d'arrêts antérieurs, c'est avant tout pour assurer une certaine sécurité et prévisibilité du droit. Cela n'empêche pas que le magistrat chargé d'une cause est en droit de s'écarter voire de renverser la jurisprudence établie⁴⁰⁹. Dans un tel cas, l'autorité se doit d'avoir des raisons particulières notamment afin de donner un sens en meilleure adéquation avec la *ratio legis* ou plus en phase avec les conceptions juridiques actuelles, mais, dans tous les cas, il faudra que la motivation soit précise et développée *a fortiori* lorsque la jurisprudence est constante⁴¹⁰. Ainsi, à texte légal

⁴⁰³ Heinrich Honsell (2018), art. 1 n° 34.

⁴⁰⁴ Franz Werro (2010), art. 1 n° 40.

⁴⁰⁵ Gilles Cuniberti (2015), p. 86 s.

⁴⁰⁶ Henri Deschenaux (1969), p. 119 ; Yves Le Roy/Marie-Bernadette Schoenenberger (2015), p. 188.

⁴⁰⁷ ATF 49 I 293, JdT 1924 I 175.

⁴⁰⁸ JdT 1924 I 175 (183).

⁴⁰⁹ ATF 49 I 293 ; ATF 122 I 57 c. 3c ; ATF 136 III 6 c. 3 ; Arrêt du TF 5A_39/2014 du 12 mai 2014 c. 3.2.

⁴¹⁰ Henri Deschenaux (1969), p. 119.

constant, la portée de la norme change, s'accroît ou se restreint. L'arrêt du FC Lohn illustre à merveille ce phénomène. Le texte légal est resté inchangé depuis son adoption en 1911 alors que la portée de la norme a évolué extraordinairement passant d'une simple nullité totale en cas de violation aux multitudes de nuances de la nullité partielle. La portée du terme « Suisses » dans l'affaire Rohner révèle aussi la malléabilité de la langue et des conceptions sociétales.

Au vu de ce qui précède, nous soutenons que les arrêts *contra legem* en équité ont la même portée et ne lient pas plus les autorités qu'un arrêt s'inscrivant dans le cadre usuel de l'interprétation des normes. D'ailleurs, cela est heureux sous l'angle de la séparation des pouvoirs, mais aussi au regard de la nature même de ces arrêts n'intervenant, en principe, que pour corriger les imperfections et rudesses de la loi face à un cas singulier et concret⁴¹¹.

VI. Conclusion

Une conception du droit majoritairement partagée soutient que « lorsque la loi est claire, elle s'impose au juge qui doit l'appliquer même si le résultat ne correspond pas ou pas entièrement à ses propres valeurs »⁴¹². Nous avons tout au long de ce travail démontré que même dans la clarté de la loi se cache une nuance infinie de solution. Pire, la norme est parfois pourvoyeuse d'injustices que les tribunaux tenteront de corriger⁴¹³. Cette dichotomie entre droit et sentiment de justice est connue et présida d'ailleurs à la création de l'*equity* de *common law*⁴¹⁴. Malgré une volonté exprimée d'Eugen Huber que les principes généraux soient les fondements de notre droit et le phare guidant le travail interprétatif des juges, la pratique judiciaire préférera adopter une posture plus légaliste, n'admettant que très rarement la correction de la norme par l'équité. Il est vrai que la norme a ceci de rassurant qu'elle préexiste et permet une certaine prévisibilité, offrant une transparence à la justice pourtant si souvent qualifiée d'opaque⁴¹⁵. D'ailleurs, le Tribunal fédéral essaye autant que possible de scientifier sa manière de raisonner, notamment en adoptant des méthodes d'interprétation. Pourtant « le droit n'est pas une science, mais cet *ars iuris* qui consiste à trouver une mesure commune entre les citoyens »⁴¹⁶.

C'est cette recherche de la mesure commune qui engendra le développement de l'*equity*. Les règles développées par la *common law* apparaissent trop formalistes, excluant la nuance, obligeant le roi d'Angleterre, dans les premiers temps de cette institution, à des solutions plus nuancées et créatives répondant mieux aux besoins du cas⁴¹⁷. Un parallèle se doit d'être tissé, si dans la majorité des cas les normes que nous avons permettent de donner un résultat satisfaisant, il y a certaines causes qui nécessitent de s'en écarter afin de trouver une solution

⁴¹¹ Voir supra ch. II.4.

⁴¹² Alain Wurzbürger (2011), p. 191.

⁴¹³ Arrêt du TF 2A_373/1998 du 21 janvier 2000 ainsi que les arrêts développés dans ce travail.

⁴¹⁴ Gilles Cuniberti (2015), p. 75.

⁴¹⁵ Alain Wurzbürger (2010), p. 199 s.

⁴¹⁶ Davide Cerutti (2008), p. 69.

⁴¹⁷ Gilles Cuniberti (2015), p. 74.

juste et équitable. L'usage des jugements en équité *contra legem* est l'une de ces solutions au même titre que les réductions téléologiques, l'analogie ou les interprétations extensives.

Ce rôle de correcteur des lois qu'on confère parfois à la justice revêt une importance marquée en Suisse au regard des lenteurs législatives permettant d'éventuelles corrections et de la recherche constante du compromis permettant d'adopter des lois. Ceci est d'autant plus vrai que le législatif a « trop à faire avec des questions et discussions de politique générale et de parti pour être en état de répondre avec la rapidité requise à la demande de lois nouvelles »⁴¹⁸. L'arrêt du FC Lohn l'atteste, alors que la doctrine constatait à regret l'impossibilité de retenir la nullité partielle et souhaitait que le parlement corrige cela, ce fut par un acte prétorien que la voie fut ouverte.

L'accroissement des compétences des tribunaux provient aussi d'une juridicisation de la société tant en droit privé que public. L'annulation du scrutin fédéral portant sur l'initiative du PDC en est une preuve éloquente, ce d'autant plus que durant la même année des votations cantonales et communales subirent le même sort alors même qu'il y a encore quelques années les décisions émanant du peuple avaient un caractère presque sacré⁴¹⁹. Le même constat est valable en droit privé, avec d'une part une incroyable prolifération de lois et réformes⁴²⁰ et d'autre part, une jurisprudence riche s'étant prononcés sur nombre de litiges lui permettant d'affiner certaine notion, mais surtout d'étendre la portée des normes protectrices⁴²¹.

Nous avons essayé de démontrer tout au long de ce travail que « le juriste doctrinalement moins compétent ne perdra pas son temps avec une règle défavorable ou essayera peut-être de soumettre des positions de *lege ferenda*. Le bon juriste, lui, essayera de démontrer qu'il faut interpréter les concepts inhérents aux normes de façons différentes, ou bien d'une manière qui ne dépende pas directement du texte »⁴²². Les jugements *contra legem* sont partie intégrante de notre droit. Chaque année l'OCDE mène des enquêtes auprès des administrés afin de déterminer le taux de satisfaction qu'ils ont envers leurs administrateurs et la justice, plus que de s'inquiéter du taux de satisfaction de la population⁴²³, ne ferait-on pas mieux de nous enquérir de la justesse et de l'acceptation des jugements ? Les citoyens s'intéressent en effet plus au contenu matériel des décisions qu'à la lenteur — engendrant certes d'autres problématiques — ou au fonctionnement des tribunaux⁴²⁴.

En soi, les jugements *contra legem* en équité ne sont que la matérialisation de la justice tel que les arts et la foi ont pu l'imaginer : « remémorons-nous l'équité incarnée par le roi Salomon⁴²⁵, le Jugement de Cambyse de Gérard David, vantant la probité et la justesse du magistrat, sans

⁴¹⁸ Mauro Cappelletti (1990), p. 46.

⁴¹⁹ Jocelyn Rochat (2020), p. 15 s.

⁴²⁰ Pascal Pichonnaz (2011), p. 133 s.

⁴²¹ Ibid., p. 145 s.

⁴²² Andrés Jakab (2010), p. 155.

⁴²³ OCDE (2019), p. 184.

⁴²⁴ Alain Wurzbarger (2010), p. 197.

⁴²⁵ 1 Rois 3.16-28.

oublier l'allégorie de la Justice réunissant nombre d'objets rattachés à la tempérance et l'impartialité »⁴²⁶. Toutefois une évolution technologique pourrait venir nuancer l'ensemble de notre propos développé durant ce travail. En effet, « le développement des *legaltech*, des *smart contracts* ou de la justice numérisée pourrait engendrer un changement complet de paradigme. Si aujourd'hui l'art du juriste est d'interpréter les lois et le cas afin de trouver la solution la plus juste, la numérisation du droit pourrait conduire à l'automatisation de certaines décisions judiciaires. D'une justice humaine donc faillible et pétrie d'imperfections, le litige serait examiné par des formules ou codes supposément neutres, justes et surtout rapides. De prime abord, cette avancée technologique pourrait être soutenue afin d'accélérer le processus judiciaire. Elle risque surtout de déplacer les biais humains et d'affaiblir la part d'équité dans la décision judiciaire. Il paraît impossible aujourd'hui que quelques lignes de codes tranchent une cause de manière *contra legem* en se basant simplement sur le sentiment du juste ou d'équité. Pourtant, c'est souvent par ce type de décision que les « sciences juridiques » ont progressé ; souvenons-nous l'arrêt Louise Ménard ou les décisions que nous avons développés. S'il est vrai que la justice est imparfaite, à notre image, user d'algorithmes ne fait que déplacer cette imperfection. En effet, les ingénieurs informatiques se baseront probablement sur l'ensemble des cas précédemment jugés pour essayer d'en subsumer des règles communes et le traduire en langage informatique permettant à la machine de trancher »⁴²⁷. A la régularité de l'automatisation, préférons l'irrégularité et la prise en considération de l'équité, ainsi que les sentiments des magistrats⁴²⁸.

Nicolas Vincent Reymond

Savigny, le 14 juin 2020

⁴²⁶ Nina Grin/Pauline Meyer/Nicolas Reymond, p. 21.

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ Nous avons repris très largement des éléments provenant de notre conclusion d'un travail de validation pour ce dernier paragraphe. Il s'agit du travail coécrit par Nina Grin/Pauline Meyer/Nicolas Reymond portant sur la représentation de Beccaria concernant la justice et les juges.

Annexe 1 : Jugement Ménard⁴²⁹

Tribunal de Château-Thierry. Audience du vendredi 4 mars 1898 — Présidence de M. Magnaud

Le Tribunal :

1. Attendu que la fille Ménard, prévenue de vol, reconnaît avoir pris un pain dans la boutique du boulanger Pierre, qu'elle exprime sincèrement ses regrets de s'être laissé aller à commettre cet acte ; attendu que la prévenue a à sa charge un enfant de deux ans pour lequel personne ne lui vient en aide, et que, depuis un certain temps, elle est sans travail malgré ses recherches pour s'en procurer ; attendu qu'elle est bien notée dans la commune et passe pour laborieuse et bonne mère ; qu'en ce moment, elle n'a pour toute ressource que le pain de deux kilos et les deux livres de viande que lui délivre chaque semaine le bureau de bienfaisance de Charly, pour elle, sa mère et son enfant ;
2. Attendu qu'au moment où la prévenue a pris un pain chez le boulanger Pierre, elle n'avait pas d'argent et que les denrées qu'elle avait reçues étaient épuisées depuis trente-six heures ; attendu que ni elle ni sa mère n'avaient mangé pendant ce laps de temps, laissant pour l'enfant les quelques gouttes de lait qui étaient dans la maison ; attendu qu'il est regrettable que dans une société bien organisée, un des membres de cette « société », surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ; que lorsqu'une pareille situation se présente et qu'elle est, comme pour Louise Ménard, très nettement établie, le juge peut, et doit, interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ;
3. Attendu que la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoinrir en lui, dans une grande mesure, la notion du bien et du mal ; qu'un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux, lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en œuvre notre constitution physique ;
4. Que l'intention frauduleuse est encore bien plus atténuée lorsqu'aux tortures aiguës résultant d'une longue privation de nourriture, vient se joindre comme dans l'espèce, le désir si naturel chez une mère de les éviter au jeune enfant dont elle a la charge ;
5. Qu'il en résulte que tous les caractères de la préhension frauduleuse librement et volontairement perpétrée ne se retrouvent pas dans le fait accompli par Louise Ménard qui s'offre à désintéresser le boulanger Pierre sur le premier travail qu'elle pourra se procurer ;
6. Que si certains états pathologiques, notamment l'état de grossesse, ont souvent permis de relaxer comme irresponsables les auteurs de vols accomplis sans nécessité, cette irresponsabilité doit, à plus forte raison, être admise en faveur de ceux qui n'ont agi sous

⁴²⁹

L'original du jugement est conservé aux Archives départementales de l'Aisne au sein du fonds du Tribunal de première instance de Château-Thierry sous cote 25 U 61, toutefois des reproductions peuvent se trouver sur internet (<<http://www.la-fontaine-ch-thierry.net/socmagn.htm>>, dernière consultation le 12 avril 2020).

l'irrésistible impulsion de la faim ; attendu qu'il y a lieu en conséquence, de renvoyer la prévenue des fins de poursuites, sans dépens, et ce, par application de l'article 64 du Code pénal. Par ces motifs, le tribunal renvoie Louise Ménard des fins de poursuites, sans dépens.