

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

L'INTERPRÉTATION, LE COMPLÈTEMENT ET LA CORRECTION DE
LA LOI PAR LE JUGE CIVIL

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par Muembo Gahaya Ngarambe

Zürich 1996
Zentralstelle der Studentenschaft

Monsieur Muembo Gahaya Ngarambe est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée : "L'interprétation, le complètement et la correction de la loi par le juge civil".

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 25 avril 1996

Le doyen
de la faculté de droit
et des sciences économiques

Pierre-Henri Bolle



A mon Papa, décédé quand je commençais cette thèse.

A ma Maman, mes frères et soeurs et autres membres de famille, exterminés dans l'aventure colonialo-missionnaire.

A Bernardo Zanetti et à la famille Luigi Spadini.

A ma femme: Son aide déborde le légalisme
et son humour accompagne souvent le courage.

Je remercierais toujours et partout:

- François Knöpfler qui m'a admis à la Faculté.

- Jacques-Michel Grossen, car sans lui cette thèse n'aurait même pas eu un soupçon de commencement. A plus forte raison, je lui rends grâce de l'avoir dirigée jusqu'à son départ.

- Christophe Grzegorzcyk qui a assuré la direction jusqu'au terme, après le départ du Professeur Grossen. Je le remercie surtout, si chargé qu'il est, d'avoir accepté la succession.

- Carlo Augusto Cennata, d'abord comme Rapporteur, mais aussi et bien plus, parce que sans lui, cette thèse n'aurait peut-être pas abouti, en tous cas, sous les aspects moral et matériel.

- Henri-Robert Schüpbach qui m'a encouragé à achever cet ouvrage. Il l'a fait dans ce style qui est souvent le sien et qui lui vaut, chez les oreilles attentives, tant d'attachements.

Qu'il plaise à ces Juristes distingués, Professeurs, entre autres activités, et dont la renom défie les frontières, de bien vouloir accapter l'expression de toute ma piété!

INTRODUCTION

L'introduction à ce travail revient à faire aveu de notre motivation, à en tracer les grandes lignes et à donner quelques indications succinctes de son contenu.

A l'époque où mon père était encore juge, je l'accompagnais de temps en temps pendant les vacances scolaires. J'étais bien accueilli par ses collègues, tant et si bien qu'il m'arrivait d'aider le greffier à transcrire les procès dans un gros cahier, du nom, si mes souvenirs ne me trahissent pas, de "*Rôle des affaires jugées*". La langue française se limitait à ce titre uniquement, le reste s'instrumentait en langue locale.

La plume rencontrait de ces expressions: selon la coutume que..., d'après le proverbe que..., attendu que des gens qui se connaissent ne manquent pas de se saluer quand ils se croisent, etc.

La juridiction officiait essentiellement en droit coutumier. Ces proverbes, ces coutumes, voire des usages, qui venaient à tout bout de champ et à tour de bras, ne manquaient pas de m'intriguer en son temps, d'autant plus que les coutumes occupaient et occupent encore une très large place dans la pédagogie générale de nos pays. Un peu plus tard, par Sophocle, dans le bouche d'Antigone, à la fois sévère et féminine, j'apprenais l'existence d'un Droit non écrit et qui transcenderait le droit positif. A la même époque, chez Cicéron, je rencontrais l'équité dans un passage du plaidoyer pour Lucius Murena. Comme par un heureux hasard, je devais d'ailleurs avoir ce passage comme sujet d'examen, à la fin de l'année!

Les choses en restèrent là jusqu'au jour où le Cours d'introduction au Droit reviva ces anciennes réminiscences. L'ouverture du Code civil suisse: La loi, la coutume, voire les usages, le droit prétorien. C'est fort bien. Mais aussi changement de jurisprudence. Fort bien aussi, mais après tout pourquoi?

C'est ainsi que je me hasardai à poser la question à un Assistant de droit des obligations: Vous êtes avocat, vous retournez et retournez encore vos dispositions, vous épilchez la doctrine et la jurisprudence jusqu'au dernier arrêt paru la veille. Vous allez au tribunal et, ainsi préparé, vous êtes sûr de gagner votre procès. Mais coup de théâtre ou plutôt coup de tribunal, vous perdez le procès. Convenons qu'il y a de quoi s'en mordre les doigts, mais vous vous consolez avec votre client. Que voulez-vous il y a eu changement de jurisprudence, après tout ce n'est que monnaie courante! Il me répondit presque textuellement: C'est comme ça. Je n'étais évidemment pas satisfait. Quelques semaines plus tard, je repris mon courage à deux mains et posai la même question à un Professeur de droit civil qui me répondit: Tout le monde peut se tromper! Je crois qu'il était de mauvaise humeur puisqu'il s'est resseisi et e ajouté d'un ton moins bourru: Souvent les tribunaux cantonaux refusent de suivre le Tribunal fédéral qui finit par changer. C'éteit au moins un élément de la réponse, mais malgré tout je n'étais pas satisfait, non plus; convaincu qu'il aurait pu me dire un peu plus, d'autant plus qu'il s'éteit taillé une réputation de logicien et s'entourait de cette auréole. Ne serait-ce pas par le fait que les Suisses n'aiment pas qu'on fouinent dans leurs affaires? Je n'allais pas tarder à en faire l'expérience. Je devais faire un Séminaire sur l'arrêt Tanner, 91 II 100, JdT 1965, p. 590. Comme les faits se sont passés à Bienne, je m'offris le zèle de faire une descente sur les lieux, je cherchais la fameuse boulangerie et confiserie qui provoqua le changement de jurisprudence autour de l'article 679 CC. A voir comment les gens me regardaient, j'ai dû me remémorer les différentes réponses que je reçus naguère. J'ai été très heureux de pouvoir rentrer sans être

arrêté, ce qui est sûr, c'est que la Police a dû être alertée, à tout le moins mise au parfum.

Quelques jours après, je commente mon arrêt, tout fier comme Artaban, moi, qui avais même visité le *locus delicti*. Comme moi, mes camarades d'études pensaient que j'avais fait un bon commentaire. La correction du Professeur me persuada que je n'avais pas compris grand' chose, je n'avais pas du tout compris le pourquoi de ce changement. Dans un élan magistral, le Professeur Grossen analysa les arrêts qui avaient précédé Tanner. Le lendemain je repris l'étude de cette jurisprudence et, enfin, je commençai à comprendre! C'est à partir de ce moment que se forma, encore qu'à l'état de nébuleuse, le projet d'écrire une thèse sur l'article premier du Code civil. Le Professeur Jacques-Michel Grossen, homme de grande science, de curiosité universelle et qui dispose du verba, était l'homme prédestiné pour la diriger. Sans lui, je crois que j'en serais resté à des fantômes et aurais même gardé du Droit une certaine idée, pour ainsi dire, de robotique. Mais après ces quelques mots sur la motivation, quel est le contenu de l'ouvrage?

Le chapitre premier s'ouvre sur quelques généralités, l'historique de cet article, sa filiation à Aristote ou à Leibniz... et consacre une grande partie sur les différentes interprétations possibles. L'exégèse doit rendre le sens que le législateur a voulu donner à la loi. Pour le trouver il faut interroger la lettre du texte légal, sa place dans l'ensemble, sa formulation logique. Mais il faut aussi sonder son esprit: Qu'est-ce que le législateur a bien voulu réglé? Cette démarche classique vers la quête de la volonté législative chevauche les méthodes littérale, logique, historique et systématique. C'est le premier stade et le passage très obligé de tout interprète. Passé ce niveau, l'interprète est obligé de recourir à des présomptions. C'est ainsi qu'il se demande ce que le législateur aurait pu dire s'il était à sa place. La vie a évolué par rapport aux prévisions de la loi! Le Législateur n'est pas aussi stupide, raisonnable qu'il est, pour vouloir un tel résultat! Le Législateur n'a certainement pas voulu se contredire! Toutes ces délibérations sont desservies par toute une gamme d'interprétations: objective ou contemporaine ou évolutive, naturaliste, à *completudine*, à *coherentia*, économique, apologétique... A cela le juge ajoute l'inspiration puisée dans le droit comparé, l'histoire du droit, la doctrine, la jurisprudence et les principes généraux du Droit. C'est à ce stade qu'il découvre les lacunes du texte légal. Les présomptions, notamment, lui permettent de les combler.

Le chapitre deux pose les conditions de l'existence même des lacunes: Négativement, il faut que le législateur ne l'ait pas voulu ainsi, ce que la doctrine appelle *silence qualifié* du législateur. Positivement, il faut que manifestement il se présente un vide ou que la disposition recèle des imperfections, par excès ou par insuffisance, ou qu'elle soit franchement inadmissible, eu égard au sentiment de justice.

Quant aux espèces de lacunes, elles portent plusieurs noms, mais elles se ramènent au nombre de deux et tout le reste n'est que littérature: Lacunes ouvertes et lacunes non ouvertes. Les premières représentent un vide dans la loi, les autres en manifestent les imperfections: il manque quelque chose pour que ce soit mieux. Dans les premières le juge est appelé à faire un complètement, dans les secondes, bien qu'il s'agisse aussi d'un complètement, on porte ses regards à la qualité du complètement, on parle alors de la correction de la loi, comme lors de l'exercice de l'équité, à titre d'exemple.

Le chapitre trois se consacre à la pratique effective du Juge. Nous avons recensé tous les arrêts où il est question de lacune depuis l'entrée en vigueur du Code civil jusqu'à 1990. Il fallait bien s'arrêter quelque part, nous n'avons pris en compte que

neuf décennies. Nous n'avons pas pris en considération les lacunes relevées à propos des lois spéciales, mais nous n'avons pas résisté à l'attention de retenir les lacunes dans le contrat d'assurance et le droit d'auteur, en raison de leur rapport avec la personne physique: on conclut sans cesse des assurances au quotidien et le droit d'auteur semblerait être une partie intégrante de la personnalité! Le chapitre comprend alors deux parties: l'admission et la négation des lacunes et les arrêts sont présentés dans un ordre immuable: les faits, le texte légal impliqué, interprétation suivie, les méthodes mises à profit et l'examen de la pratique antérieure.

S'agissant de l'admission des lacunes, le Tribunal fédéral ne s'y résigne qu'en toute dernière extrémité. On observe que là où il les a admises, ce sont des cas dans les quels chacun trouve son compte. La désignation d'un for ne constitue aucun préjudice pour l'une ou l'autre partie, fût-elle quérulente. Que la Gestion d'affaires ne soit pas qualifiée comme contrat de travail, après tout, c'est tout comme, j'allais dire que le résultat est le même: il n'y a pas la moindre trace de dommage. La haute Cour a une tendance très marquée à nier l'existence des lacunes et quand elle les admet, il n'y a rien de révolutionnaire, sauf quand elle fait de l'évolutif ou quand elle opère un changement de jurisprudence. La Cour suprême a une très haute idée de la séparation des pouvoirs, c'est ainsi qu'elle préfère le statu quo à une situation, pourtant déjà fort décriée par la doctrine, sans parler des cours cantonales. Et ce n'est qu'à la longue que le Tribunal fédéral sacrifie au revirement, comme par agacement des assauts répétés de la doctrine et des Cours cantonales. Et nous voici au dernier chapitre.

Le quatrième chapitre fait une appréciation générale. L'interprétation du Tribunal fédéral est variée et même abondante. Il a une prédilection pour l'analogie au point où l'on ne sait pas si cette analogie est seulement interprétative ou si elle comble une lacune déjà. S'agissant de la séparation des pouvoirs derrière laquelle la haute Cour s'abrite, nous nous permettons de dire qu'il n'y a pas de séparation de pouvoirs qui vaille puisque la Cour suprême a reçu des pouvoirs du Législateur lui-même. Et, à ce titre, elle fait une loi quand elle comble une lacune! A tout le moins, sa jurisprudence, à quelques petites conditions, constitue une coutume, laquelle coutume devrait être appliquée à titre de norme positive et posée au sens de l'article premier alinéa deux CC.

CHAPITRE I GENERALITES ET INTERPRETATION

Ce chapitre analyse l'article premier du Code civil depuis les travaux préparatoires, passe en revue les différentes méthodes d'interprétation et glane leurs résultats. Il s'appuie sur quelques illustrations tirées de la jurisprudence ou récente ou digne de rester dans une culture civiliste. Quelques observations accompagnent le fallacieux principe de la *"plénitude logique de la loi"* et son évolution.

A. PROFIL DE L'ARTICLE PREMIER CC

L'avant-projet et le projet ont préparé le texte actuel. L'examen révèle que ces deux premiers textes présentent le même contenu, abstraction faite de quelque différence de rédaction fort négligeable.

Quant au texte actuel, il a subi une légère modification par rapport à ses devanciers. Ce petit parcours emène naturellement à classer les sources dans un ordre hiérarchique.

I. GENESE DE L'ARTICLE PREMIER CC

L'idée de l'unification du droit civil remonte déjà à la République une et indivisible.¹ Mais, suivant le destin de la République, elle avorta pour laisser place aux différents codes cantonaux.

De leur étude comparée, E. Huber dégagaa, en quatre volumes, le *"System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts"*. Le Tessin et la Romandie s'inspiraient du Code Napoléon de 1804, quelques cantons élémantiques² s'alignaient sur le Code autrichien de 1811. Zurich faisait figure originale, suivi aussi par d'autres cantons élémantiques orientaux et les Grisons, encore qu'avec une grande autonomie. A vrai dire l'impulsion de F. L. Keller et de J. C. Bruntschli a mis Zurich à l'école de Sevigny, ce qui n'empêche pas de dire qu'il s'est donné un Code d'une *"judicieuse mesure en profondeur"*.³ Les cantons de la Suisse primitive⁴, libérale dans le vent de la Régénération, brillaient par une absence de codification.

Dans la suite, le Département fédéral de Justice et Police chargea E. Hubert d'élaborer un avant-projet. Il engloba trois projets partiels dans un recueil connu sous le nom d'avant-projet de 1900.

La première session des experts, tenue à Lucerne, se pencha sur le Droit des personnes. Le Titre préliminaire n'a pas fait l'objet de leur examen, car il fut confié à une commission restreinte, tout comme le Titre final, revu cependant par Brenner,⁵ Conseiller fédéral, Huber, Isler d'Aarau, député au Conseil des Etats,

¹ RICHARD, A. , Les sources et l'application du droit civil, in *La vie des peuples*, VI Suisse, p. 174

² C'est autour de Berne, Lucerne, Soleure et Argovie. Ces trois derniers avaient une tendance certaine vers une législation propre: *"Aber zum Teil wahren diese Kantone schon von Anfang an eine ansehnliche Selbständigkeit, so Aargau und noch mehr Solothurn, zum Teil entwickeln sie in der Folge eine gewisse eigene Gesetzgebungstätigkeit, wie namentlich Luzern"*, in EGGER, A. , *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, I Band, *Einleitung und Personenrecht*, p. 113

³ Notre traduction de *"vernünftigen Masshaltens in der Gründlichkeit"*, EGGER, A. , *Idem*, p. 13. Ce sont notamment Schaffhouse, Zoug, Nidwald, Glaris, Les Grisons.

⁴ Nous n'avons eue une arrière-pensée péjorative, mais le sens étymologique et surtout historique.

⁵ TUOR, P. . *Le Code civil suisse*. Trad. DESCHENAUX, H. , p. 6

Reichel, Chef du Service de législation au Département fédéral de Justice et Police et Rosset de Berne, Professeur et député au Conseil national. ⁶

E. Huber couronne son travail par un "Exposé des motifs", en trois volumes intitulé "Erläuterungen zum Vorentwurf eines Zivilgesetzbuches" en version originale. Seul le premier nous intéresse parce qu'il comporte une Introduction qui correspond au Titre préliminaire actuel. Ce corps des motifs parut à Berne en 1901. Il convient de remarquer que cette oeuvre de longue haleine s'étend des années 1839 à 1898, époque où la Confédération n'a pas encore la compétence pour unifier le droit civil. Le vote du 13 novembre 1898 relatif à la révision de l'article 64 de la Constitution lui octroiera les pouvoirs requis pour légiférer uniformément en la matière.

La législation uniforme avait avorté, disions-nous plus haut, avec la chute de la République Helvétique, mais elle restait tenue en veilleuse par la Société suisse des juristes et même par des Autorités, comme le Conseiller fédéral Ruchonnet.⁷ C'est de ce cénacle que la chiquenaude sera donnée à E. Huber.

II. SES CONTENUS SUCCESSIFS

1. L'avant-projet de 1900

Dans l'avant-projet de 1900, le Titre préliminaire ne compte que 5 articles et l'article premier a cette teneur:

- "- La loi civile s'applique à toutes les causes qu'elle régit selon sa lettre ou son esprit.*
- En l'absence d'un texte légal applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, en l'absence de droit coutumier, suivant la doctrine et la jurisprudence.*
- A défaut de ces sources, il applique les règles qu'il édicterait, s'il avait à faire office de législateur."* ⁸

2. Le projet de 1904

Du texte précédent, il faut rapprocher le projet de 1904 dont le Titre préliminaire comporte alors 12 articles. Le libellé de l'article premier est ainsi conçu:

- "- La loi civile est applicable à toutes les causes auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'un de ses textes.*
- A défaut d'un texte légal applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, en l'absence de droit coutumier, suivant les règles consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*
- S'il ne peut recourir à aucune de ces sources, il applique les règles qu'il devrait édicter s'il avait à faire office de législateur."* ⁹

3. De l'avant-projet au texte actuel

Dans l'avant-projet comme dans le projet, les sources du droit sont au nombre de quatre et ce sont dans l'ordre:

⁶ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le Projet du Code civil suisse du 28 mai 1904, p. 3. Cité désormais Message en abrégé.

⁷EGGER, A., Op. cit., p. 17

⁸ Avant-projet, 1900, p. 1

⁹ Message, 1904

- 1) Le texte légal, c'est-à-dire tout court la disposition légale
- 2) A défaut de cette dernière, la coutume s'applique
- 3) S'il n'y a ni loi ni coutume le juge se réfère aux solutions de la doctrine et de la jurisprudence.
- 4) Et enfin, quand il n'y a rien de tout cela, il applique alors une norme forgée par lui-même.

Le contenu de l'avant-projet et du projet est donc le même, nonobstant une très petite différence rédactionnelle de type très négligeable. Qu'en est-il alors dans le texte actuel, à savoir:

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

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

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

III. HIERARCHIE DES SOURCES DE L'ARTICLE PREMIER CC

1. La loi ou la coutume, sinon le collation des pouvoirs

Dans le texte définitif, les sources du droit sont ramenées à trois, c'est-à-dire 1) la loi, 2) la coutume, à défaut de loi, 3) sinon le juge établit une norme prétorienne. Et dans chacun de ces trois cas, il s'inspire des solutions consacrées par les tribunaux et les jurisconsultes.

Le recours aux avis autorisés de l'alinéa trois est un principe directeur, tandis que dans l'avant-projet et le Projet, le juge avait l'obligation d'appliquer la solution des prudents et des tribunaux, c'était la troisième source. La démarche prétorienne ne trouvait à s'appliquer que si la doctrine et la jurisprudence faisaient pour ainsi dire défaut.

Le juge se trouve donc investi des pouvoirs de faire œuvre de législateur. Il n'y a pas lieu de nous demander si c'est ou non un cas flagrant de la violation de la séparation des pouvoirs, nous nous en occuperons dans le chapitre quatre consacré à l'appréciation globale; pour l'instant procédons à l'interprétation de certains termes employés dans cette disposition. Il s'agit du mot "*coutume*" et des expressions "*Il s'inspire la doctrine et de la jurisprudence*".

2. La coutume

Par coutume nous entendons brièvement avec A. Pache "*des actes répétés pendant un certain temps et un certain nombre de fois*"¹⁰ et, ajoutons-nous, auxquels s'attache une "*opinia necessitatis*".

Refoulée par la législation républicaine, la coutume refit surface avec l'Ecole historique. Les cantons suisses ont connu les coutumes, mais elles furent abrogées par l'article 51 du Titre final. On peut dès lors risquer cette affirmation: il n'y a plus de coutume sur le sol suisse dès le premier janvier 1912 et si l'on affectionne les étiquettes, c'est bel et bien l'année de la table rase en matière de coutume.¹¹ Si

¹⁰ PACHE, A. , La coutume et les usages dans le droit privé positif, p. 22

¹¹ Certains auteurs parlent du "secret bancaire" comme coutume. Ce fameux secret doit être actuellement reçu dans la législation sur les banques.

l'on accorde qu'il y en ait une, échappée à la sagacité d'E. Hubert, qu'on se ravise car elle n'a pas pu tenir longtemps sous le coupole de la Curie.

Néanmoins une coutume pourra se former après l'année historique, encore faut-il qu'elle soit fédérale et qu'elle subisse la patine du temps. Elle sera fédérale si elle étend son empire sur tout le Territoire helvétique. En une telle occurrence, tout Suisse de discernement aura le loisir de la percevoir. Elle sera fédérale aussi si, éparpillée sur tout le pays, des cercles d'intéressés peuvent l'invoquer.¹² Dans cette hypothèse l'intéressé rapportera le preuve de son existence et de son débordement national.

Quant à la durée, c'est ici que les Romains s'empoignèrent: L'ancien *Codex juris canonici* l'admet en général si elle est quadragénaire, et si elle est centenaire ou immémoriale d'une manière spéciale.¹³ Le nouveau *Codex juris canonici* l'approuve en général si elle est centenaire et, à titre spécial, si elle est centenaire ou immémoriale.^{13a}

Certains auteurs exigent un minimum de dix ans; notre doctrine se contente d'égrener des généralités. De ce fait nous nous autorisons à sonder le subconscient du législateur et sélectionnons le domaine de la prescription.

S'agissant des immeubles, l'article 661 CC implique un élément de durée "*lorsqu'il a possédé sans interruption*", un élément d'usage "*a possédé*" ne veut pas dire autre chose, car quand on possède, en toute bonne foi, on affirme que c'est pour user de la chose; l'élément de l'*opinio necessitatis* se déduit du fait que, d'une part, les tiers s'abstiennent de troubler la propriété, et, d'autre part, le possédant a toute la conscience d'être propriétaire. L'usucapion acquisitive procède donc d'un arrière-fond de coutume. Dans l'hypothèse de l'article 661 la durée est de dix ans, tandis que dans l'espèce de 662, elle est de trente. Appliqué à l'article 728 CC, le même raisonnement donne cinq ans pour l'acquisition mobilière par prescription.

Dans la prescription extinctive de l'article 127 CO, on pourrait y déceler le même mécanisme. Elle est justifiée per égard à "*l'intérêt public*".¹⁴ Oui, nous le concédons. Par ailleurs P. Terrier prétend que c'est pour faciliter "*la procédure probatoire*".¹⁵ Il a beau s'appuyer sur un arrêt¹⁶, cet argument est faible pour la bonne raison que le délai de dix ans est déjà trop long pour la conservation des preuves. Il ne reste alors que les preuves littérales, lesquelles, au surplus, peuvent encore attendre quelques années.

Quand aux autres moyens de preuve, (nous pensons à la déposition orale des témoins) elles sont, même avec les dix ans, sujettes à caution, car avec le temps le souvenir des faits s'efface progressivement de la mémoire! Une autre preuve réside dans l'article 128 qui raccourcit ce délai pour certaines professions.

C'est à bon escient que nous écartons les délais cambiaires ou de responsabilité civile, car ils nous paraissent bien être effectivement des délais de prescription.

En marquant nos étapes, les balises indiquent dans un ordre croissant: cinq, dix, trente ans. Aussi, à notre avis, la coutume devrait osciller entre cinq et dix et se placer exceptionnellement aux alentours de vingt-cinq ans. Dans l'intervalle elle trouvera l'occasion de s'intégrer dans la législation par le biais des révisions. Le rythme de celles-ci nous confirme d'ailleurs dans nos estimations. En effet en droit

¹² QU PASQUIER, Cl., Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, p. 52

¹³ Codex juris canonici de MCMXXX, Canon 27

^{13a} Codex juris canonici de 1883, Canon 26

¹⁴ GAUCH, P. / SCHLUEP, W. R. / TERCIER, P., Partie générale du droit des obligations, II, p. 132, no 1707

¹⁵ Ibidem

¹⁶ ATF 90 II 428, considérant 8, p. 437.

civil, quelques révisions en 1931, 1940, 1951, 1958, 1963, 1965, 1972, 1976 donnent en chiffres arrondis une périodicité de cinq ou dix ans.

Quoi qu'il en soit la coutume appartient au domaine de l'appréciation et soulève des difficultés surtout quand il s'agit de sa naissance. Aussi approuvons-nous A. Pache dans sa citation de Gianni: "*Sa formation a été justement comparée à celle d'un chantier dans un champ: le moment où le sentier est formé reste indéterminé. Le facteur durée est étroitement lié à celui de la fréquence; plus les actes qui constituent l'usage se répètent à une cadence rapide, moins il faudra du temps à celui-ci pour se former.*"¹⁷ Le juge trouvera ici matière à son pouvoir d'appréciation!

3. La doctrine et la jurisprudence

Quelle doctrine, quelle jurisprudence pour un tribunal siégeant le 28 janvier 1912, puisqu'on vient d'abroger les codes cantonaux? En réalité la situation est plus subtile: le nouveau code ne divorce pas, mais il préfère une sorte de séparation de corps, il ne rompt pas les amarres, mais continue de façon éviscée, à se souvenir de ses origines.

Le juge civil, devenu fédéral, s'inspire donc de la doctrine et de la jurisprudence cantonales. Ce n'est d'ailleurs que justice puisque le nouveau Code a fait des emprunts aux cantons, surtout au groupe de Zurich.

Pour l'avenir de nouvelles doctrine et jurisprudence fédérales vont prendre naissance. Elles incorporeront progressivement les anciennes jusqu'à ce que ces dernières ne soient plus qu'un souvenir.

Sous le rapport de la qualité, le juge va au-devant d'une doctrine et une jurisprudence "*éprouvées*",¹⁸ selon le mot de H. Deschenaux traduisant une expression allemande. En effet, le juge comme le juriste se perçoit d'abord comme un *primus inter pares*. A-t-il jugé, a-t-il écrit? Son oeuvre reçoit de ses pairs soit le désapprobation, soit l'approbation, soit encore l'approbation avec réserves. Bien entendu cette consécration ne devrait dépendre que de sa science du Droit. Celle-ci s'entend des oeuvres proprement juridiques, mais aussi des sciences auxiliaires comme la philosophie du droit, la sociologie et j'en passe.

Le juge est-il obligé de consulter la doctrine et la jurisprudence? En toute bonne foi oui, car le législateur a voulu lui dire qu'il n'a pas tout prévu, qu'il a même pu se tromper, aussi le juge est-il appelé à la même prudence, il ferait du reste mauvaise figure s'il déclarait détenir une science infuse

Le juge est-il lié par la doctrine et la jurisprudence? Le législateur lui enjoint uniquement de s'inspirer de ces sources, il lui appartient dans la suite de décider de ce qui convient.

La doctrine s'occupe de théorie, c'est-à-dire du domaine de l'abstraction, quant au juge, il s'occupe des cas, c'est-à-dire du domaine du concret; concilier l'abstrait et le concret, voilà l'essentiel de son travail!

Quant à la jurisprudence, elle s'inspire de la doctrine par le passage de l'abstrait au concret et aboutit à la confection d'un jugement, d'un arrêt. Ce cas fera jurisprudence dans des cas semblables, pour autant qu'ils soient semblables!

Advient-il qu'ils diffèrent, ne serait-ce que sur un détail important? Il y a alors un abandon de la jurisprudence consacrée sous l'expression de "*revirement de*

¹⁷ PACHE, A., Op. cit. p. 23

¹⁸ DESCHENAUX, H., Le Titre préliminaire du Code civil, p. 112.

jurisprudence. C'est une petite révolution de palais (de palais de justice) soumise par ailleurs à certaines règles de formes.

Le juge doit donc s'inspirer de la doctrine, de la jurisprudence cantonale comme fédérale. Pour construire sa sentence, il fait tour à tour *"l'abaille et l'architecte"*; la seule limite qui lui est imposée réside dans l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi de l'article 2 CC.

IV. ORIGINE DES POUVOIRS CONFERES AU JUGE

Tandis que le Code pénal ne s'embarrasse pas de proclamer, dans son article premier, qu'il n'y a ni crime ni délit, ni même une simple infraction sans texte, *"Nullum crimen sine lege"*, en mouvance civile, le juge doit suppléer à l'absence d'une norme ou adapter celle qui serait imparfaite. Ce pouvoir, il le tient du législateur et celui-ci le tire de l'*"Ethique de Nicomaque"*. Et selon O.A.Germann, le principe se retrouve plus tard dans le *"De casibus perplexis"* de Leibniz: *"La formule de notre Code (qui renvoie les juges en cas de lacunes, au procédé similaire de la législation) n'a pas été inventée de toute pièce par Eugen Huber ou les autres collaborateurs du Code. Aristote, déjà, s'était exprimé d'une manière analogue, de même que Leibniz dans sa thèse juridique "de casibus perplexis"*.^{18a} L'*Ethique de Nicomaque* appartient au groupe de quatre traités de morale attribués à Aristote. L'œuvre se compose de dix livres dont le cinquième est consacré à la justice ou vertu par excellence. Placée entre *"les différentes vertus"* du chapitre quatre et *"les vertus intellectuelles"* du chapitre six, elle occupe une place charnière qui en fait pour ainsi dire la reine des vertus. Aristote affirme lui-même le rang de cette vertu: *"La justice ainsi entendue est une vertu complétée...La justice contient les autres vertus". Elle est telle, dit-il, que ni l'étoile du soir, ni l'étoile du matin ne sont plus admirables!*^{18b}

Elle se définit comme *"la disposition qui nous rend susceptibles d'accomplir des actes justes, nous les fait accomplir effectivement et désirer les accomplir"*.^{18c} La justice ainsi définie emprunte deux formes: la justice distributive et la justice corrective. Elle est distributive lorsqu'elle a trait aux citoyens face à l'Etat ou encore le juste politique (*dikalon politikon*) lorsqu'elle est *"susceptible de créer ou de sauvegarder, en totalité ou en partie, le bonheur de la communauté politique"*.^{18d} Dans les rapports entre l'Etat et l'individu, la justice distributive revient à donner à chacun son dû, c'est-à-dire suivant ses mérites, ses besoins, ses capacités, etc.

^{18a} GERMANN, O. A., Méthodes d'interprétations et problèmes fondamentaux du droit, Montpellier, Cèhan, 1957, p. 23. Le *De casibus perplexis in jura*, rédigé en Latin, se présente sous forme de numéros. Il compte 40 cas dont le dernier est une sorte de postface. Nous citerons deux exemples: Cas XXV. A propos de la tutelle: *"Sic et in TUTELA. Testator voluit Titium Tutorem esse, duo sint Titii, nec apparet, quem voluerit: cum tutela sit indivisibilis, apparet enim testatorum Unum tantum Titium velle, neuter tutor erit, per l. 30. Q. de Test. Tutel."* Nous traduisons quelque peu librement ce texte comme suit: *"Le testateur a voulu que Titius soit tuteur. Or, il est deux Titius de nom. Celui qu'il a voulu désigner n'appareît pas clairement. Comme la tutelle est indivisible et qu'il est évident que le testateur avait en vue un seul Titius, aucun des deux ne sera tuteur, comme dans l. 30. Q."* Ce texte est presque du mot à mot de Paulus, Q, 28, 30, 1. Dans le numéro XI Leibniz est d'avis que tous les cas peuvent trouver une solution proprement juridique: *"Nos speramus ex mero jure decideri omnes casus posse, ..."*, au besoin, on recourra au droit naturel ou au droit des gens, en présence de la rigidité des lois civiles positives: *"Sed quia Leges positivae civili ratione nituntur jus naturae et gentium valent in modum exceptionis determinante, ac specialius restringente, ..."*. Cfr, Gottfried Wilhelm, LEIBNIZ, Philosophische Schriften, Hrag von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Erster Band, 1663-1672, Otto Reichl Verlag, Darmstadt, 1930, pp. 239 et 248.

^{18b} *Ethique de Nicomaque*, Livre, V, Chapitre I, paragraphe 15. Cité désormais *Ethique* avec chapitre en chiffres romains et paragraphe en chiffres arabes.

^{18c} *Ethique*, I, 3.

^{18d} *Ethique*, I, 13.

Dans les rapports entre les individus, rapports qualifiés de contractuels ou volontaires, la justice corrective procède par la mesure de ce qui a été effectivement convenu. La justice distributive obéit à une égalité dite proportionnelle, tandis que la corrective s'en tient à une égalité arithmétique: une question de couper la pomme en deux parties égales voire inégales pourvu que ce partage soit exactement conforme à la convention entre les individus.

Il y a de la sorte une bonne justice et une mauvaise suivent la manière dont la loi est faite: *"Tout cela d'une manière convenable, si la loi a été faite convenablement, d'une manière défectueuse si la loi a été improvisée."*^{18e} C'est dans cette hypothèse que l'équité trouve sa place; elle fait l'objet du chapitre dix et elle complète la loi quand elle est trop générale pour s'appliquer à des cas bien déterminés, et parce que la loi est souvent trop générale, il faut de l'équité pour l'assortir aux cas particuliers: *"La raison en est que toute loi est générale et que, sur des cas d'espèce, il n'est pas possible de s'exprimer avec suffisamment de précision quand on parle en général; lors donc qu'il est indispensable de parler en général et qu'on ne peut le faire avec toute la précision souhaitable, la loi ne retient que les cas ordinaires, sans méconnaître d'ailleurs son insuffisance."*^{18f}

Le verdict est prononcé: la loi pêche par sa nature même d'être générale et par sa difficulté à tout prévoir. Et comment alors mettre en application cette équité? Par l'exercice des *"vertus intellectuelles"* du Livre suivant et, éventuellement, par la *"droite raison"*^{18g} qui recherche d'abord le but^{18h} à assigner à tout comportement: C'est là notre *ratio legis* inséparable de tout interprète!

Velait-il la peine de remonter jusqu'à Aristote? L'exercice méritait qu'on s'y prête: d'abord parce qu'il est de coutume, en Occident, d'aller jusqu'au berceau de la civilisation gréco-romaine. Si l'on accorde que la *"raison"* est évoquée dans d'autres courants de philosophie du droit (l'école du *ius naturale* par exemple), il ne fallait peut-être pas remonter si loin, mais si l'on considère la découverte d'un texte explicite sur la nature de la loi, particulier en sens de notre article premier CC, on éprouve aucune espèce de regret.

B. LA NEGATION DE LA PLENITUDE LOGIQUE DE LA LOI

Compléter la loi quand elle ne dit rien ou pas assez constitue le fait de ceux qui ont l'humilité d'avouer qu'un article, une loi voire un système juridique puissent se révéler incomplets. C'est le cas du Code civil suisse.

Cependant, il en est d'autres qui affirment tout le contraire: une disposition, une loi, un ordre juridique sont nécessairement complets. Du haut de son impertinence, cette théorie effiche que la loi est censée contenir toutes les solutions à tous les cas présents et à venir. Aller contre la loi signifie alors adopter une attitude de l'ancien Régime, le règne de l'arbitraire. Par quoi il ne faut pas seulement entendre l'arbitraire occasionnel des Républiques, mais celui béat des monarchies absolues.

L'École de l'exégèse s'applique à l'interprétation du texte avec, le cas échéant, l'appui des travaux préparatoires; et si d'aventure, elle ne découvre pas une norme applicable, il s'agit d'une mauvaise interprétation imputable à la qualité de l'interprète et non au génie du Code.

^{18e} Ethique, I, 14.

^{18f} Ethique, X, 4.

^{18g} Ethique, VI, ch. I, 3.

^{18h} Ethique, VI, ch. I, 1.

D'une manière claire, il faut entendre: Ou bien le texte est explicite, il faut alors l'utiliser directement ou recourir à l'induction, à la déduction, aux raisonnements *a pari*, *a contrario*, ect. Le juge doit torturer le Code pour trouver une solution, sinon il commet un déni de justice aux termes de l'article quatre du Code Napoléon: "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." ¹⁹ Le règle d'or énonçait donc que le droit civil était dans le Code, soit directement, soit indirectement. Il fallait alors s'ingénier, par les moyens de l'induction et de la déduction, à découvrir l'oracle du Code et à passer à son application. Avec F. Gény, dans ses *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* ²⁰. l'exégèse aura vécu.

Et voici esquissée brièvement l'allure de cette école dans le temps, mais que dire de sa doctrine et de ses méthodes? La doctrine baigne dans la sacro-sainteté du Code. Les auteurs s'astreignent à suivre rigoureusement le plan du Code dans leurs ouvrages: Le livre, le titre, la section et dans celle-ci les différents chapitres dans leur ordre de succession. Ils se limitent donc à l'ordre immuable du Code. Ces ouvrages, paraphrases très dociles du Code et rien que le Code portent le nom de *Commentaires*. L'intitulé des livres est à cet égard fort caractéristique. ²¹

Cette docilité servile caractérise ce qu'on a appelé l'*Exégèse pure* ou *analytique*, celle de la période de formation: Dans la suite les oeuvres s'émancipent quelque peu et s'appuient sur un ensemble de dispositions ou sur une institution: Ils restent toujours fidèles au Code, libres cependant dans leurs recoupements: C'est l'apogée de l'Ecole ou les ouvrages portent le nom de *Traités*. Ce moment est celui de l'*Exégèse synthétique* ou *scientifique* ou encore *scientifique rationnelle*.

Il existe aussi une *Exégèse* dite *mixte* qui est somme toute une variante de l'*analytique*. Elle suit l'ordre du Code. Arrivée aux sections, elle se permet alors des compositions synthétiques.

Nous venons de broser un petit tableau de cette Ecole par ses jurisconsultes, mais il manquerait une touche si nous ne disions pas un mot sur ses juges. A en croire J. Bonnecase, ils ne font qu'emboîter le pas à ces jurisconsultes, universitaires dans leur grande majorité: "les magistrats et les maîtres du barreau, avocats, consultants, ont apporté leur collaboration aux Maîtres des Facultés de droit". ²²

Porter un jugement sur cette Ecole revient à relever son culte de la loi et du législateur qui culmine dans un Etatisme poussé jusqu'au dogme. Ce dernier s'ellie à une sorte de culte de la personnalité qui réussit à figer l'Ecole.

Il y a culte de la loi, en effet, quand le Code doit s'appliquer à tout prix. Ainsi il dispense de tout recours à l'ancien Droit ou au Droit romain. Le Code qui est une loi civile se substitue de cette manière au Droit lui-même. C'est le paradoxe de la partie qui serait supérieure au tout.

Certes l'interprétation permet de dépasser le texte, effort louable, mais c'est pour s'arrêter à la seule intention du législateur. Les travaux préparatoires permettent de saisir le lettre et l'esprit de la loi; mais il n'est plus permis d'en tirer toutes les conséquences. De cette façon le législateur devient un objet d'idolâtrie.

¹⁹ Code Napoléon, édition de 1808.

²⁰ La première édition est de 1999.

²¹ TOULLIER, Droit civil français suivant l'ordre du Code de 1811.

²² BONNECASE, J., La pensée juridique française. De 1804 à l'heure présente, Tome I, p. 280-281.

Mais, derrière ce législateur avoué, ne faut-il pas voir l'Etat? Ce législateur est-il autre chose que la bouche de l'Etat qui s'exprime à travers ce curieux interprète? Quant au respect des précédents, ou culte exagéré de la personnalité des jurisconsultes, il a pour résultat de figer l'Ecole et pour longtemps, car cet état d'esprit occupe tout un siècle. Pour tout dire l'Exégèse pêche par son euphorie révolutionnaire et, à ce titre, elle s'affirme plus en serviteur de l'Empire qu'en auxiliaire avisé du Droit.

C. LA "PLENITUDE LOGIQUE DE LA LOI" VERS LA JURISPRUDENCE

Le règne de l'Exégèse classique ne va guère plus loin que le milieu du XIX^e siècle: De 1804 à 1838, on assiste à l'affirmation de l'Ecole avec des théoriciens comme Merlin, Toullier, Proudhon et Duranton. Le premier est magistrat, les autres sont des Professeurs et Doyens de Facultés de droit. De 1838 à 1880 à peu près, l'Ecole atteint son apogée avec surtout Demolombe, Aubry, Rau, également Professeurs et Doyens de Facultés. Et de 1880 à 1900²³ grosso modo, il s'opère un grand élargissement des principes avec Beudant, Bufnoir et Labbé, jusqu'à atteindre le courant nommé "*Ecole scientifique contemporaine*" où l'interprétation s'émancipe de la servilité d'antan.

L'Ecole scientifique contemporaine est fille des changements dans la vie sociale: l'industrie, la richesse mobilière, les questions ouvrières et la prévoyance sociale attestent que l'état social s'est transformé. La jurisprudence qui suivait au jour le jour le changement avait peu à peu, hardiment, entrepris son œuvre d'interprétation. Elle éditie à ce moment, signe des temps, l'assurance sur la vie au profit des tiers, la responsabilité en cas d'accident du travail.

Le glissement est tel que l'instrument obligé du juriste devient le *Journal du Palais*, Le *Sirey*, le *Dalloz*, tous recueils de jurisprudence. Et, vu le changement dans les faits, l'interprétation semble alors autorisée autour de 1880. On trouve ainsi quelques sensibilités telles que: 1. Esprit de synthèse comme chez Aubry et Rau, 2. L'analyse profonde qui conduit à affirmer les éléments du progrès et enfin 3. L'esprit réaliste comme chez Labbé où l'esprit historique doit être appliqué à l'étude continue de la jurisprudence, tout cela tant et si bien que le problème juridique suprême revient à la nature et au fondement du droit.

Tandis que d'autres exégètes délèguent aux moralistes l'analyse et la critique des notions premières, des ouvrages comme "*Le droit individuel et l'Etat*" expose la doctrine libérale du droit et la coutume réapparaît comme source subsidiaire à côté de la loi.

Bufnoir s'illustre dans la recherche de la formule dans un problème de droit et s'avance jusque dans des cas complexes, il est comparé volontiers à un histologiste ou un mathématicien travaillant à l' "*Assouplissement de la vie aux textes et adaptation des textes à l'évolution de la vie*".²⁴ Les paroles sont de Saleilles jugeant cette méthode. Saleilles poursuivre l'évolution et la vie, par trop présentes dans l'oeuvre de Bufnoir.

Cette nouvelle sensibilité conduit aussi à l'introduction du droit comparé dans la science du droit civil. En 1889 Bufnoir est Président de la Société de législation comparée. Le chaire de droit civil comparé sera créée pour Saleilles en 1901. Une

²³ BONNECASE, J., *Op. cit.*, p. 388 et es adopte une autre périodisation: 1) De 1804 à 1830, période de formation; 2) de 1830 à 1880, l'apogée; et 3) dès 1880, le déclin. Nous avons préféré la classification de E. Gaudemet. J. Bonnecase retient 1830, date commode, parce qu'elle marque le début de la Restauration.

²⁴ GAUDEMET, E., *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, p. 66 et ss.

réforme du 24 juillet 1895 effranchit enfin les professeurs de suivre le plan du Code.

Labbé, l'arrétiste (remarquons le mot) auteur d'articles dans *Revue pratique* et *Revue critique* introduit dans ce courant le Droit romain qu'il a d'ailleurs enseigné avec éclat à Paris. Aux dires de Gény, il inaugure une nouvelle méthode "*faite à la fois de fidélité à la tradition et d'audaces novatrices*". Il aurait même admis le pouvoir prétorien des tribunaux.

Ici nous pourrions dire quelques mots sur Hans Kelsen qui se rapproche de l'Exégèse, mais nous préférons nous mettre en sa compagnie le temps venu, c'est-à-dire dans le chapitre quatre pour l'appréciation générale.

D. METHODES D'INTERPRETATION

Pour définir l'interprétation, nous faisons nôtres ces lignes de G. May: "*interpréter une loi consiste à déterminer le véritable sens du contenu de la règle édictée par le législateur.*"²⁵

Elle porte sur une notion, une disposition, une institution ou un ensemble de dispositions. Ce n'est que par le recours à la systématique qu'on peut parler proprement d'une interprétation de la loi. L'usage a cependant consacré l'expression d'interprétation de la loi; et c'est de bonne grâce que nous nous soumettons à son empire. Souvent les Chambres délèguent cet office à l'Exécutif qui s'en acquitte en portant des Ordonnances. Cette activité législative de l'Exécutif constitue une forme d'interprétation. C'est une interprétation authentique, pour eutant qu'elle ne donne pas elle-même matière à interprétation.

La doctrine s'y emploie aussi, mais l'interprétation est surtout le pain quotidien des tribunaux dont la mission demeure l'application de la loi aux litiges. Le juge procède par quelques démarches dénommées "*Méthodes*". On utilise aussi d'autres expressions: Règles, Directives, Principes, Axiomes, Canons, Normes, Théories, Techniques, Bases, Critères ou encore Eléments d'interprétation.²⁶ Si le nom diffère, la chose reste bien le même. Nous adoptons le terme de méthodes, sans d'autres raisons que celle qu'il est employé couramment dans le forum helveticum.

I. LES METHODES BASEES SUR LES SOURCES DE LA LOI

1. Exclusion de la méthode subjective

Le principe de la séparation des pouvoirs postule l'existence de trois organes dans l'Etat.²⁷ A chacun est dévolue sa fonction spécifique: Le pouvoir législatif édicte les lois, le pouvoir judiciaire les applique et le pouvoir exécutif, comme son nom l'indique, en assure la bonne exécution.

Légiférer et donc tout d'abord l'activité du législateur et la loi est l'expression de sa volonté. C'est celle-ci que le juge doit *volens nolens* chercher à découvrir: "*Il est la bouche du législateur, une machine sans liberté, si ce n'est calla de conduire à*

²⁵ MAY, G., Introduction à l'étude du droit civil, p. 93.

²⁶ VAN DE KERCHOVE, M. et OST, F., Les Directives d'interprétation en théorie du Droit et en Droit belge, in Les règles d'interprétation. Enseignement de 3e cycle de Droit, 1988, Fribourg, Ed. univ., 1989.

²⁷ MONTESQUIEU, De l'Esprit des Lois, Livre XI, chapitre 6: De la Constitution de l'Angleterre.

l'effet de la loi."²⁸ Il ne doit donc pas projeter dans la loi ses propres désirs. C'est dans ce sens que nous entendons l'exclusion de la méthode subjective.²⁹ Il pourra, le cas échéant, compléter voire corriger la loi, mais il est obligé de procéder comme le législateur l'aurait fait lui-même. Cette injonction est contenue dans l'article 1 al. 2 CC.

2. Méthode littérale

Le lecture du texte légal permet déjà une prise de position: ou bien le texte est clair ou bien il ne l'est pas. S'il paraît clair, c'est dire que le sens littéral correspond avec certitude au sens voulu par le législateur "lettre ou esprit". L'interprétation est alors terminée.³⁰ *In claris cessat interpretatio.*

Mais le texte laisse souvent des notions imprécises, on s'applique alors à préciser leur signification. Pour cela les dictionnaires s'avèrent secourables: bilingues, techniques ou les dictionnaires plus élaborés qui donnent pour une notion les divers sens possibles. Si la disposition est d'un autre âge, il est plus avisé de prendre le sens usuel à l'époque concernée.

De la confrontation des trois langues nationales officielles, le choc fait jaillir des intuitions capables de lancer déjà l'interprète sur la voie. Certains auteurs nourrissent une préférence accrue pour le texte allemand.³¹ Pour notre part, ces langues sont à placer sur le même pied d'égalité, l'allemand peut se révéler préférable au français ou à l'italien, mais l'inverse peut aussi se produire de cas en cas. C'est un subjectivisme que nous venons de rejeter, au surplus l'attitude est contraire à la circonspection que recommande, dans tout son esprit, l'article premier CC.

L'analyse littéraire aussi (grammaticale, logique) peut utilement seconder l'interprète. Il aura soin de la compléter par une vue systématique de la loi: la logique interne des dispositions, la logique par rapport aux dispositions qui la suivent ou qui la précèdent.³²

Pour tout ce travail nous supposons que l'interprète est muni d'une bonne édition de la loi. Elle est bonne lorsqu'elle comporte des indications précieuses comme les éditions annotées. Les renvois des annotations aiguillent vers la jurisprudence qui, à son tour, oriente vers la doctrine. Celle-ci fera à coup sûr référence aux grands commentaires, si l'on n'a pas commencé par là!

Si l'interprétation littérale n'aboutit pas aux résultats escomptés, il faut alors essayer une autre méthode. Féconde dans l'interprétation d'actes juridiques, elle pèse souvent pour ingrate dans l'interprétation de la loi.

²⁸ Notre trad. libre de "He is only mouthpiece of legislator, a machine, an automaton, for carrying the law into effect", in Ivy Williams, *The Sources of law in the swiss civil code*, p. 42.

²⁹ Exposé des Motifs, I, p. 11.

³⁰ EGGER, A., Kommentar, p. 48: "Bei klarem Wortlaut soll kein Platz bleiben für die Auslegung. Aber Wortlaut hat keinen selbständigen Bestand für sich und der nächstliegende Sinn darf stets der Überprüfung."

³¹ DESCHENAUX, H., Op. cit., p. 88, note 64, contre AUBERT, J.-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, Tome I, p. 116, no 288.

³² WILLIAMS, Ivy, Op. cit., p. 43: "It is thus the business of the judge to bring out this connexion and interpret one section in the light of the others."

3. Méthode logique

Cette méthode recourt aux procédés logiques, elle utilise des arguments. Les arguments *a contrario* et les arguments *a fortiori*. Ces derniers se divisent en deux espèces: *a minori ad maius* et *a maiori ad minus*.

3. 1. L'argument *a contrario*

Soit une proposition juridique normative. Elle affirme l'obligation pour un sujet de droit. A défaut de disposition expresse contraire, on exclut toute autre obligation différente. Le règle que les jeunes gens doivent accomplir leur service militaire à l'avènement de leur vingtième année, ne concerne pas les jeunes filles, à moins de le dire dument: Les jeunes filles et les jeunes gens sont tenus au service à leur vingtième année.³³ Tout peut dépendre de la manière dont la règle est énoncée. Une disposition d'énonciation claire exclurait l'argument *a contrario*, devenu inutile, car l'analyse littérale peut seule suffire. Il en serait ainsi si la règle se formulait de cette manière: Seuls les jeunes gens sont estreints au service à leur vingtième année.

3. 2. L'argument *a fortiori*

Si une proposition juridique normative affirme une obligation à l'égard d'un sujet, on en déduira qu'elle s'adresse à un sujet qui le mérite le plus. Dans le langage courant on dira qu'il le mérite à plus forte raison.

3. 2. 1. L'argument *a fortiori a minori ad maius*

Soit la proposition formulée négativement, un *non facere*: Il est interdit de marcher sur le gazon. On en tire l'argument qu'il est interdit à plus forte raison de le couper. Dans le même registre, s'il est interdit de blesser Titius, il est encore plus interdit de le tuer.

3. 2. 2. L'argument *a fortiori a maiori ad minus*

Le culture juridique a reçu cet argument sous l'edage: Qui peut le plus, peut le moins. Soit une proposition juridique formulée positivement, un *facere*: Titius est autorisé à acheter trois bouteilles de vin. Il est évident que dans ce cas il est autorisé à n'acheter qu'une seule et unique bouteille. Il n'en sera naturellement pas ainsi si la proposition normative stipule que l'achat de Titius doit comporter au moins deux bouteilles.³⁴

4. Méthode analogique

Appelée aussi *a pari, a simili, ad similia, par analogiam*, elle procède de la démarche de l'induction. Elle est de deux espèces: l'*analogia legis* et l'*analogia iuris*

³³ PERELMAN, CH., Logique juridique, Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 1976, p. 55, TARELLO, G., L'interpretazione della legge, Milan, Giuffrè, 1980, p. 346 et ss, no 57

³⁴ PERELMAN, CH., Op. cit., pp. 56-57. TARELLO, G., Op. cit., pp. 356 et ss, no 59

4. 1. L'analogie legis

Soit une proposition juridique normative qui affirme une obligation pour un sujet: tous les sujets ayant avec lui une analogie suffisante sont soumis à cette proposition juridique.

Selon l'article 463 BGB, le vendeur est tenu à l'indemnisation s'il n'a pas révélé un défaut caché de la marchandise. Par analogie, il sera aussi tenu d'indemniser l'acheteur s'il lui a fait croire à une qualité de l'objet, qualité qui n'existait pas en réalité.

S'il est interdit de monter en train avec un chien,³⁵ par analogie, on peut admettre qu'il est pareillement interdit de s'y trouver en compagnie d'une chèvre.

Dans le BGB le législateur a visé le rapport de sincérité qui doit exister entre le vendeur et l'acheteur. Or, cacher un défaut d'une marchandise, c'est aussi manquer au devoir de sincérité. Attribuer sciemment à la marchandise une qualité qu'elle n'a pas, c'est aussi manquer au même devoir de sincérité.

L'interdiction d'un chien à bord d'un train voudrait signifier qu'on entend ménager la commodité des autres voyageurs. Si le chien les incommode, il est aussi à présumer que la chèvre ne s'en fera pas défaut.

4. 2. L'analogie iuris

Cette méthode scrute le Droit écrit dans son ensemble. Elle induit les principes qui sous-tendent le Code. C'est alors l'*analogia iuris*, mais du droit codifié. L'interprète peut aussi regarder le Droit dans son acception générale de justice: Droit naturel, les Codifications (de la raison) et l'Ecole historique. C'est l'*analogie iuris générale*. Le juge comble la lacune et prend appui sur les valeurs infuses dans le Code ou celles du droit comme image de justice. Cette activité se situe à cheval entre le droit écrit et le droit dans son acception de justice. Elle déborde la méthode basée sur les sources, pour déboucher dans les méthodes par inspiration.

4. 3. L'ambivalence de l'analogie

Au sens très étroit, l'interprétation juridique est la recherche d'un sens au texte juridique. Au sens large, c'est toute l'activité de l'interprète dans les moyens comme dans les résultats.³⁶ L'*analogia legis* est une activité qui consiste à comparer les sens de deux dispositions, c'est donc de l'interprétation. Il faut cependant que les deux dispositions existent. En l'absence d'une disposition, il faut reporter à un état de fait donné, non réglé juridiquement, à une situation semblable régie par une disposition; c'est encore de l'interprétation. Dès lors qu'il n'y a pas de règle analogue et qu'il faut recourir aux principes généraux du droit national ou aux principes de justice, l'analogie n'est plus une méthode d'interprétation, mais un moyen de combler une lacune. C'est dans ce sens que l'entend Savigny.³⁷

On constate que: *"pour les juristes suisses le raisonnement par analogie et le recours à la ratio legis relèvent de l'interprétation, alors que le recours aux principes généraux du droit relève de la technique du comblement..."*.³⁸

³⁵ PERELMAN, CH., Op. cit., p. 56, TARELLO, Op. cit., p. 350 et ss, no 58

³⁶ TARELLO, G., Op. cit., p. 1

³⁷ Système, I, p. 298, Cfr TARELLO, G., p. 384

³⁸ PERELMAN, CH., Op. cit., p. 46

Pour nous, entendues comme activité heuristique, l'*analogia legis* et l'*analogia iuris* sont des méthodes d'interprétation. Il importe peu qu'elles aient pour résultat de combler une lacune. On ne peut pas combler une lacune sans savoir d'abord qu'elle existe. Or, l'activité qui fait découvrir ce vide est justement de l'interprétation. Toute l'activité du juge, de l'amont à l'aval du processus, forme dans son ensemble une sorte de contemplation, contemplation interprétative. La beauté de la distinction entre l'*analogia legis* comme méthode d'interprétation et l'*analogia iuris* comme méthode de comblement, n'est qu'une question de terminologie flottante. La comparaison de la disposition à éclaircir par l'*analogia legis* ou *iuris* constitue une opération interprétative. Si, passé ce stade, l'*analogia legis* ou *iuris* comblent une lacune, c'est une activité supplétive, mais, encore fallait-il le dire, à un autre stade. L'*analogia legis* ou l'*analogia iuris* sont donc à la fois des activités interprétatives et de comblement des lacunes de la loi.

5. Méthode systématique

Elle part de l'hypothèse que l'ordre juridique est bien ordonné et que ses diverses parties forment ainsi tout un système. Il s'agit d'interpréter la disposition en fonction de sa place dans la loi, voire dans l'ordre juridique dans son ensemble; c'est une exégèse par contexte. Elle ne néglige rien: Les têtes de chapitres, les notes marginales, etc. Tout cela peut guider l'interprète. La disposition peut être envisagée avec ses rapports avec la Constitution, c'est alors l'interprétation systématique verticale. Elle s'appelle systématique horizontale quand elle se rapporte à d'autres textes légaux, autres que la Constitution.

6. La méthode historique et téléologique

Il s'agit de faire escorte à la loi en devenant jusqu'à son entrée en vigueur. Le dépôt d'une initiative passe par un avant-projet, suivi des délibérations des experts. Ensuite vient le moment du projet envoyé aux Chambres, accompagné d'un Message. Ces dernières font état de leurs délibérations dans les Bulletins officiels à raison d'un Bulletin pour chaque Chambre (Anciennement *Bulletins sténographiques*). L'initiative rend compte des préoccupations sociologiques du moment; l'avant-projet les racontait et les "codifie provisoirement". Les experts procédant aux amendements, aux aspects techniques jusqu'à l'éclosion du projet: Le Message du Conseil fédéral contient des explications sur cette loi proposée. Le projet est destiné à être maintenu, à trouver une extension, ou au contraire à subir une atténuation au gré des couleurs politiques de l'hémicycle. Selon les formes prévues, le texte est alors voté et il reprend le chemin du retour vers l'Exécutif pour sa promulgation.

Dans ce parcours, l'interprète s'instruit des convergences et, de sa descente aux archives, il ramène la volonté du législateur. Cette activité constitue l'essentiel de la méthode historique. Par variante terminologique, on l'appelle aussi la méthode subjective, par opposition à la méthode objective, pour signifier que la volonté légale est pour sujet le législateur.

Le Professeur G. Tarallo ajoute encore la nuance d'*interprétation psychologique*: elle concerne une loi récente, observée aussi, comme dans l'interprétation historique classique, sous le prisme des travaux préparatoires. Elle est destinée à permettre de voir mieux les problèmes concrets, les principes de référence et les

amendements du projet.³⁹ Si, contre toute attente, les archives ne se révèlent pas convaincantes, l'interprète s'oriente vers la "*ratio legis*", le but envisagé par le législateur. Ce moyen qui conduit au but⁴⁰ se caractérise par les intérêts que le législateur a voulu protéger: intérêts matériels, bien sûr, mais aussi les intérêts immatériels qui forment le tissu des valeurs sociales, individuelles ou collectives.⁴¹ L'exégologie juridique du moment est de nature à reffermir le juge dans son interprétation. Son point de mira est naturellement le moment de l'édiction de la norme qui fait l'objet de son interprétation. Cette activité s'appelle la *méthode téléologique*. Là-dessus la terminologie des juristes revêt un caractère flottant: Meier-Heyozl l'appelle "*Interprétation constructive*"⁴², Uyterhoeven "*Méthode historique objective*".⁴³

Le Professeur Terella l'appelle aussi téléologique: la *ratio legis* peut ne pas apparaître clairement dans les travaux préparatoires: il faut alors opérer à partir du texte même de la loi. Elle trouve sa place lorsque l'étude historique ne se révèle pas féconde, notamment parce que les problèmes posés sont nouveaux.⁴⁴ Cette activité ne va pas sans faire des miroitements à l'analogie et aux principes généraux du droit.

La méthode historique et téléologique s'illustre dans l'arrêt 76 II 51, JdT 1950 p.555: *Un actionnaire d'une SA attaque le Conseil d'Administration. Celui-ci refuse l'inscription au Registre des actions, la cession à sa fille de ses actions nominatives. L'action contre le Conseil d'Administration est irrecevable.*

L'examen de l'article 706 CO permet au Tribunal fédéral de s'exprimer ainsi: "*car l'examen des documents législatifs prouve que le législateur a voulu exclure la faculté d'attaquer les décisions de l'Administration.*"

Il s'appuie sur les déclarations du Rapporteur au Conseil des Etats, consignées dans le *Bulletin sténographique*. Elles excluent sans ambages l'éventualité de cette action.

Le législateur lui-même savait, lors de la révision de 1936, que l'éventualité d'une telle action pouvait se poser. Mais il a passé outre, le considérant comme affaire interne à la Société. Il estimait par ailleurs l'actionnaire assez protégé par ses droits sociétaires et les autres actions à se portée.

Téléologiquement le législateur a voulu permettre à l'Administration une prise de décision rapide et efficace. Il fallait donc la mettre à l'abri de telles actions: Ainsi, les coudées franches, elle se consacrera plus efficacement aux intérêts de la Société. Les valeurs en cause sont les intérêts d'un actionnaire eu regard des intérêts de la Société, voire du reste des actionnaires.

39 PERELMAN, p. 59, TARELLO, p. 364 et ss, no 62

40 KELLER, A., *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, p. 117: "Das Recht ist Mittel zum Zweck".

41 KELLER, A., *idem*, p. 119: "*Darum reden wir axiologischer Betrachtungsweise*".

42 MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, p. 50: "Konstruktive Auslegung".

43 UYTERHOEVEN, H., *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*, p. 19: "*Die objektiv-historische Methode*".

44 PERELMAN, p. 58, TARELLO, p. 370 et ss, no 65

7. La méthode objective

Terminologie flattante ici! En effet, Deschenaux la nomme "objective".⁴⁵ Meier-Hayoz "historique contemporaine"⁴⁶ et J-F Aubert "L'interprétation créatrice"⁴⁷

Elle se base sur la fiction suivante: Une fois votée, la loi se sépare du législateur historique pour mener une vie autonome. Cette conception est un rejeton de l'Allemagne: "Néanmoins cette thèse de l'école allemande a exercé son influence sur les conceptions générales de nos jurisconsultes et nombreux sont ceux qui soutiennent aujourd'hui qu'à mesure qu'on s'éloigne du jour où elle a été promulguée, le lien qui unit la loi à la volonté de ses auteurs se relâche de plus en plus et finit par se rompre."⁴⁸

La vie sociale passe par des changements, notamment à cause du développement technique. De ce chef, les valeurs immatérielles elles-mêmes sont enclines aux fluctuations. Cet état de choses doit aussi s'enregistrer. "L'état de fait doit être pris en compte par l'interprète, il ne doit pas fermer les yeux devant le fait".⁴⁹ Cependant cette perspective commande la plus grande prudence pour ne pas abandonner le Droit aux caprices des juges et des circonstances. La loi s'adapte, mais elle ne s'efface pas: "La loi ne peut subsister qu'en s'adaptant à l'évolution des faits et des mœurs. Le juge chargé de l'appliquer ne peut faire abstraction du milieu où il vit, des conceptions morales actuelles, des modifications de l'ordre économique. L'économie et le juridique doivent marcher de pair et lorsque le législateur manque à les mettre d'accord, c'est au juge de suppléer à sa carence."⁵⁰

C'est dire qu'il doit au préalable déclarer l'existence d'une lacune. S'il ne le fait pas *expressis verbis*, ce sera entendu de manière implicite. Illustrons cette manière d'interpréter par l'arrêt 91 II 100, JdT 1965 p. 590:

Bruit, poussière, tout cela, gêne l'accès à sa maison, tout cela cause un dommage considérable à un boulanger-confiseur. C'est que son voisin effectue des constructions qui, pour être inévitables, n'en sont moins intolérables pour le brave boulanger.

Se penchant sur l'article 679 CC en relation avec l'article 684 CC, le Tribunal fédéral admet une lacune de la loi et l'impute au développement de la technique. Il s'exprime ainsi dans le deuxième considérant: "Cette lacune de la loi, que l'on pouvait à peine envisager lors de l'entrée en vigueur du CC, mais qui est apparue toujours plus nettement au cours des décennies à la suite du développement des méthodes de construction mécanique en raison de l'occupation du sol public...".

Ces errêts sont relatés très brièvement, nous les retrouverons de manière approfondie dans le chapitre trois consacré à l'analyse de la jurisprudence. L'hypothèse des nouveautés techniques ou de changement dans les mœurs constituent le cas le plus patent, le plus spectaculaire. Mais le juge fait aussi de l'interprétation objective lorsque les méthodes historique et téléologique n'ont pas fourni de conclusion décisive. Le juge recourt aussi à l'interprétation objective

⁴⁵ DESCHENAUX, H., Op. cit., pp. 78-79

⁴⁶ MEIER-HAYOZ, A., Op. cit., p. 44, "historisch oder zeitgemäss orientierte Auslegung". RIEMER, l'appelle *objective et moderna*, ROLF BAER, *Zeitgemässes Recht* dans son *Rektoratsrede*, Bern, Paul Haupt, 1973. Donc, objective, contemporaine et même évolutive sont des acceptions concurrentes et s'équivalent.

⁴⁷ AUBERT, J-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, Tome I, p. 123.

⁴⁸ CAPITANT, H., *Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois*, In *Recueil Gény*, Tome II, p. 206.

⁴⁹ Trad. libre de "Die Rechtsordnung habe dieser Tatsache Rechnung zu tragen und nicht vor ihr die Augen schliessen."

⁵⁰ CAPITANT, H., *Ibidem*.

lorsque plusieurs buts apparaissent à l'interprète ou lorsque les moyens d'atteindre le but s'avèrent multiples. Il s'agit de choisir un seul but ou un seul moyen parmi plusieurs autres tout aussi possibles. Le Professeur J-F Aubert est de cet avis à la page 123 de son *Traité de Droit constitutionnel*.

8. Méthode de la volonté reconnaissable

Empruntée à H. Deschenaux, page 79, cette terminologie n'est pas heureuse. En effet, on perçoit très mal ce qu'il dit de l'activité du juge en pareille circonstance: *"Le juge doit donc se figurer un destinataire idéal qui recherche la signification de la volonté législative..."*

Il n'y a pas de destinataire de droit idéal, le droit est le même pour tous et tous sont égaux devant lui. Au surplus nul n'est censé l'ignorer.

Cette méthode appartiendrait à l'interprétation d'actes juridiques en étroite relation avec une disposition légale. C'est l'hypothèse d'un contrat constitutif d'un droit réel restreint. C'est l'hypothèse des actes juridiques entre époux de l'article 177 CC. Ces derniers sont soumis à l'approbation de l'Autorité tutélaire. Les premiers requièrent un acte authentique et les formalités du Registre foncier.

Solennels parce qu'ils font intervenir une Autorité, une forme et même d'autres préoccupations, ces actes se présument comme mûrement réfléchis. On présume également que leur contenu a été soigneusement pesé, le cas échéant, avec le concours de l'officier qui solennise l'acte. De cette manière le contenu des volontés échapperait à l'empire de l'erreur.

Le juge s'assurera néanmoins que tel est le cas. Il prendra l'acte et l'examinera au regard du moment où l'acte a été passé. Il en vérifiera le contenu et l'étendue au moment actuel. Au regard de la loi, il se demandera si l'acte est à maintenir ou à adapter aux circonstances. Il utilisera donc la méthode historique, téléologique et s'il devait procéder à une adaptation, ce serait la méthode objective.

Prenons une illustration très brève dans les servitudes, ATF 107 II 331, JdT 1982 p. 118: *En 1932, Sieur X vend une partie de son domaine à Sieur J. Le domaine de J. est enregistré sous le no 8 au Registre foncier tandis que le reste de X sous le no 1186. Il est constitué une servitude de non-bâti au profit du fonds no 8 et la teneur figure dans l'inscription. La servitude porte sur une partie située entre la parcelle vendue et une route cantonale, soit la partie Est du fonds servant jouxtant le fonds dominant. Elle oblige les propriétaires subséquents. La zone qui a acquis le no 1186 ouvre une action en radiation, moyennant une indemnité. Recours admis par le Tribunal fédéral.*

Le Tribunal fédéral se penche sur l'examen de quatre questions: a) Les conditions de l'intérêt envisagé, b) L'utilité de la servitude en fonction de l'intérêt envisagé, c) la réduction de la servitude et enfin d) la *ratio legis* de la servitude de non-bâti.

1. Les conditions de l'article 736 CC

Dans l'alinéa 1, si la perte de l'utilité est totale, la conséquence est la radiation pure et simple. Dans l'alinéa 2, la radiation est proportionnelle à la diminution de l'utilité.

2. L'utilité de la servitude et l'intérêt de son l'identité

Le Tribunal fédéral, dans ce qu'il appelle *"le principe de l'identité de la servitude"*, se demande si l'utilité de la servitude est toujours la même depuis sa constitution. Pour l'affirmer il examine l'intérêt de la conserver. Il se perd en conjectures pour

déclarer finalement ce qui suit dans le considérant 3 littéra c: *"...seul l'intérêt à ne pas devoir supporter, directement au-dessous de la parcelle acquise, des bâtiments qui, dans certains cas, pourraient être une source de gêne pour l'activité agricole, ou dont les habitants pourraient se sentir dérangés par celle-ci, peut avoir été déterminant pour la constitution de la servitude."*

L'intérêt est donc le même effectivement comme jadis. Dès lors il n'est pas question de redier la servitude au sens de l'article 736 al 1 CC et c'est le consid. 3 littéra d.

3. La réduction de la servitude

Après avoir prouvé l'identité de la servitude, le haute Cour examine l'hypothèse de sa réduction et, pour cela, il envisage deux questions: la servitude a-t-elle diminué en elle-même ou bien impose-t-elle une aggravation des charges au grevé? Puisque la servitude est restée identique, le fonds dominant garde la même utilité et le maintien de la servitude. On ne peut donc envisager sa réduction à moins qu'elle n'ait augmenté les charges du fonds servant.

4. Aggravation des charges non imputable au propriétaire du fonds servant

Le fonds est certes vendu à la SA pour bâtir. Le fait de ne pas bâtir constitue alors une aggravation des charges. Le Tribunal fédéral écarte cet argument en affirmant que le fait de ne pas bâtir constitue certes une charge, mais à la condition de ne pas tenir compte de la servitude existante. En l'espèce, il faut justement en tenir compte. La Cour suprême affirme même qu'au moment de la constitution, on pouvait aussi construire. En l'espèce il s'agit de construire des maisons de vacances avec les conséquences inhérentes, étant donné le tempérament des vacanciers. C'est la raison d'être de cette servitude. La perspective de construire des maisons de vacances augmente l'utilité de cette servitude. Si le fonds dominant a voulu se prémunir contre les habitations, il se prémunit à plus forte raison quand il s'agit de maisons de vacances.

5. La ratio de la servitude de non-bâtir

Dans le considérant 5, le Tribunal fédéral affirme que la montée des prix n'est pas à elle seule déterminante, parce que toutes les servitudes de non-bâtir n'auraient plus de sens par les temps qui courent. La servitude de non-bâtir est bel et bien une servitude de non-bâtir!

La haute Cour conclut que les charges ne sont pas aggravées et que l'utilité n'a pas diminué, qu'au contraire elle a augmenté! Par conséquent il n'y aura ni radiation, ni réduction proportionnelle.

On voit que dans cet arrêt, la Cour suprême s'attache copieusement à l'analyse de la volonté reconnaissable des constituants de servitude au regard d'une disposition légale. Et on ne saurait lui reprocher de s'y être longuement étendu.

9. Méthode de la bonne foi

Cette méthode s'emploie surtout dans l'interprétation du contrat. Mais elle peut aussi s'utiliser au regard de la volonté d'une Autorité. Et de cette manière, elle peut concerner le Juge fédéral.

En droit civil le juge s'assurera que telle expression de la volonté correspond bien à celle de son auteur et si ce dernier l'a transmise loyalement. Le juge s'assurera

de la même manière que le destinataire de cette volonté l'a comprise correctement. S'il n'en est pas ainsi, il y aura lieu de se demander s'il l'a comprise objectivement, c'est-à-dire de la façon dont toute personne la comprendrait, toutes choses égales d'ailleurs. La jurisprudence, suivie par la doctrine parle de *principe de la confiance* (Vertrauensprinzip).⁵¹

En Droit public, la bonne foi découle de l'article 4 de la Constitution fédérale, sous le rapport de l'égalité. Ainsi les décisions contradictoires de l'Autorité manquent à la bonne foi: *"Deux décisions sont contradictoires, soit lorsqu'elles régissent de façon différente des situations dont la ressemblance exige un même traitement, soit lorsqu'elles régissent de façon semblable des situations dont la différence requiert un traitement différent... Certes, l'autorité qui modifie sa jurisprudence, tombe dans la contradiction."*⁵² Il n'est pas du tout gratuit de dire que le Juge fédéral manquera à la bonne foi s'il juge différemment deux litiges semblables.

II. METHODES BASEES SUR DES PRESOMPTIONS

1. L'interprétation a completudine

Elle suppose que le système juridique est complet. A ce titre le même système juridique contient donc une règle générale régissant tous les cas non visés par des dispositions particulières: De deux choses l'une: ou bien ces cas sont indifférents, ou bien ils sont toujours obligatoires. Ce type d'interprétation est celle qui n'admet ni les lacunes ni l'existence des antinomies et il n'y a pas de non-droit dans le Droit.⁵³

Elle a connu son âge d'or à l'Exégèse. Elle semble aujourd'hui abandonnée, bien qu'avec quelques réminiscences. Son domaine de prédilection reste le Droit pénal basée sur le principe de la toute puissance de la loi, comme à l'époque de l'Exégèse. Elle véhicule une idéologie fort discutable, mais au moins tout le monde est presque d'accord qu'elle exerce encore son empire dans le domaine du droit pénal.

2. L'interprétation e coherentie

Le Législateur est présumé raisonnable et comme tel, il ne peut pas régler une situation donnée de deux manières incompatibles. Cette méthode admet les antinomies et les résout par le présomption du Législateur raisonnable.⁵⁴

Sous l'angle *lege lata*, il y a deux normes qui sont en conflit d'application: il s'agira d'en écarter une, eu égard à leur rapport d'importance ou de succession dans le temps. Ainsi la Constitution est supérieure à toutes les lois et la norme postérieure l'emporte sur la précédente, ce qui constitue d'ailleurs une forme d'abrogation.

3. L'interprétation epologétique

Elle consiste dans le recourt à l'absurde: le Législateur, raisonnable qu'il est, n'a pas voulu une règle qui conduit à des résultats illogiques ou iniques.⁵⁵

⁵¹GAUCH, P. / SCHLUEP, W. / TERCIER, P., Partie générale du droit des obligations, I, p. 37

⁵²GRISEL, A., Traité de Droit administratif, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1984, P. 363

⁵³PERELMAN, P. 57, TARELLO, p. 60 et ss, no 60.

⁵⁴PERELMAN, pp. 57-58, TARELLO, p. 50 et ss, no 61.

⁵⁵PERELMAN, pp. 57-58, TARELLO, p. 60 et ss, no 61.

Cette interprétation est orientée du côté de *lege feranda*. La loi existe bel et bien, mais elle est insatisfaisante *lege lata* et appelle, de ce fait, une correction.

4. L'interprétation économique

Elle part du principe que le Législateur n'est pas redondant. Elle permet d'écarter tout sens qui ne servirait qu'à répéter un texte légal déjà existant. L'Interprète doit prêter une attention particulière à ne pas confondre une répétition avec une réglementation qui serait spéciale.⁵⁶

5. L'interprétation naturaliste

Elle tient de la nature des choses face à un Législateur impuissant. C'est le cas lorsque l'interprète s'avise que dans tel cas telle disposition ne s'applique pas, parce que la nature des choses s'y oppose. Le vol d'électricité ne tombe pas sous la qualification de vol, puisque ce dernier concerne une chose meuble.⁵⁷

L'interprète peut s'en tenir à la seule volonté du législateur. Mais il peut aussi, tout dépendra de sa motivation, déclarer l'existence d'une lacune et la combler, notamment par l'analogie.

III. METHODES BASEES SUR L'INSPIRATION

Quelques cas-modèles se proposent à l'interprète. C'est à lui de sélectionner les espèces semblables à celles qu'il veut résoudre. Il en trouvera entre autres dans les domaines suivants.

1. Doctrine et jurisprudence

Par l'une des méthodes précédentes, l'interprète est arrivé à un résultat, mais il entend le vérifier: il peut alors mettre la main sur un Recueil d'arrêts, par exemple du Tribunal fédéral. Il trouvera des jugements rendus à propos de tel ou tel article. Qu'il en compare un certain nombre avec la solution qu'il a trouvée. Réconforté ou pas, il lui sera en tout cas permis de vérifier son interprétation.

Au surplus, il trouvera, dans l'arrêt envisagé, des monographies auxquelles le Tribunal fédéral s'est référé. Il en prendra connaissance de cette manière. Il est entendu qu'il existe des Manuels et des Traités qu'en général il connaît ou qu'il aurait dû connaître. Les solutions proposées ici et là lui serviront d'appareils. Le juge applique-t-il alors la doctrine ou la jurisprudence? Il eura fait, selon la terminologie du Professeur Tarello, de *l'interprétation ob exemplo*. Cette interprétation est conforme aux précédents ou à une décision antérieure ou à la doctrine généralement admise.⁵⁸

En Suisse, le juge n'est pas obligé de les appliquer, mais il est tenu, par l'article 1er CC de s'en inspirer: *"Man kann sich dieses Verhältnis auch in der Weise danken, daß der Richter sich durch diese weiteren Quellen belehren lasse, daß er von ihnen beraten werde, daß er sich von ihnen inspirieren lasse...Man vergleiche*

⁵⁶PERELMAN, p. 59, TARELLO, p. 371 et ss, no 66

⁵⁷PERELMAN, p. 59, TARELLO, p. 371 et ss, no 66

⁵⁸PERELMAN, p. 59, TARELLO, p. 372 et ss, no 67

diesfalls den Wortlaut des Art. 1 ZGB. in den Entwürfen und im französischen und italienischen Text."⁵⁹

2. Droit comparé

Puisqu'il s'agit de l'interprétation, le juge n'a pas encore commencé à rendre un jugement; il ne s'agit donc pas d'appliquer le droit étranger aux faits qui lui sont soumis. Il s'agit plutôt de faire une simple comparaison avec son propre droit.

La comparaison s'exerce sous les rapports de la législation, de la doctrine et la jurisprudence. Naturellement fastidieux, cet exercice doit paraître justifié: il sera justifié par la délicatesse du cas à résoudre, la proximité culturelle⁶⁰ ou la parenté des législations à comparer. Dans cette hypothèse le droit suisse sera rapproché de préférence du droit allemand.

3. Histoire du droit

L'interprète part du moment présent et se dirige vers l'antiquité: Dans le forum helveticum il trouvera le Code civil actuel, les droits privés cantonaux, les coutumes. Il lui est recommandé vivement d'aller jusqu'au droit romain pour des raisons que nous venons d'invoquer à propos du droit comparé. C'est suivre, selon l'expression de Gény, "l'ensemble des autorités antérieures à nos codifications".⁶¹ Ainsi la comparaison d'une institution avec ses différentes métamorphoses permettra d'en saisir plus adéquatement les contours.

4. Principes généraux du droit

La méthode téléologique s'attache à découvrir le but visé par le législateur. Ainsi une disposition est toujours sous-tendue par un but, une idée générale, un principe général. La découverte de celui-ci permet à l'interprète de se contrôler. Ainsi un article peut être restreint par un autre, parce qu'on a recouru, par exemple, au principe d'équité.

IV. METHODES PAR RESULTATS

Au bout de ses peines, l'interprète doit finalement prendre une décision et l'exprimer, il le fera par l'une des manières suivantes.

1. Interprétation déclarative

L'essai de l'une ou l'autre méthode conduit le juge à tirer une conclusion. Il peut déclarer que la loi est claire et qu'elle doit par conséquent être appliquée à la lettre. Au contraire, il peut déclarer que la loi est incomplète dans sa formulation. C'est le cas des lacunes de la loi.

⁵⁹HUSER, E., *Bewährte Lehre*, Bern, K. J. Erben, 1925, p. 55

⁶⁰UYTERHOEVEN, H., *Op. cit.*, p. 75: " *Es müssen die gleichen oder zumindest die ähnlichen Auffassung über das Verhältnis Mensch-Staat und Mensch-Religion bestehen.*"

⁶¹GENY, F., *Méthodes*, II, p. 12

2. interprétation extensive

Le texte de la loi paraît fort restreint, il semble s'appliquer à un cas particulier alors qu'il pourrait être généralisé. Les jugements civils exécutoires dans un canton sont aussi exécutoires sur tout le Territoire de la Confédération (Art. 61 Cst).

Qu'en est-il des jugements civils rendus sur arbitrage? Si l'on décide qu'ils sont exécutoires par analogie avec l'article 61 précité, il y a une interprétation extensive.⁶²

3. L'interprétation restrictive

Il s'agit de déclarer la loi dotée d'une portée générale alors qu'elle devrait être particularisée. Dans le cas précédent une interprétation restrictive n'admettra pas qu'un jugement arbitral soit exécutoire sur tout le pays.

Dans l'hypothèse de l'article 706 CO, l'interprétation refusant une action dirigée contre l'Administration d'une société est restrictive, tandis que dans le cas contraire, elle serait extensive.

4. L'interprétation en équité

La notion embrasse plusieurs exceptions, *epiēikeia* en grec, *aequitas* en latin, *equity* en anglais. Elle a essentiellement deux fonctions, soit celle de généraliser la loi, soit encore celle de l'individualiser. Elle cherche à éviter une interprétation dont l'application serait d'un effet inique. Elle opère une correction de la loi en cherchant à concilier au mieux les intérêts opposés. C'est une interprétation de l'équilibre.⁶³

Pour être une forme d'interprétation restrictive, toute restriction n'est pas pour autant une interprétation en équité.

E. CONCLUSION

Et maintenant que retenir de ce qui précède? Le résumé tient en une seule proposition. L'article premier hiérarchise les sources du droit: la loi, la coutume en second lieu et, à défaut, la norme prétorienne.

Chaque médaille a son revers, mais quoi qu'on dise et qu'on ait dit, il faut reconnaître à l'Exégèse le mérite d'avoir consacré le principe de la légalité. Notre Code civil l'a incorporé à sa substance. Le mythe imprègne d'ailleurs la plupart des législations modernes puisqu'il marque sans rémission le point de rupture entre la République et l'ancien Régime. La coutume est un héritage de l'Ecole historique, mais aussi un héritage des cantons, notamment du cercle de Zurich. La Suisse primitive aussi, en l'absence de codification, s'en remettait entièrement à la coutume.

Quant au droit judiciaire, il est le résultante de deux convergences. D'une part, vers le milieu du siècle dernier, l'Exégèse se raffine progressivement et, avec Gény, incline volontiers vers des solutions souples, des solutions jurisprudentielles. D'autre part, la méthode allemande du *freies Recht* qui trouve son origine lointaine dans l'Ecole historique, manière Savigny ou manière Thiébaud, plaide pour une interprétation enrichie de la loi. E. Huber doit sa figure éminente à son ingéniosité

⁶² AUBERT, J-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, Tome I, p. 127, no 315

⁶³ TARELLO, p. 380 et ss, no 70

d'avoir opéré une "*réception*" de tous les paramètres juridiques de son temps. Bref! Mais qu'on ne s'y méprenne pas, la liberté accordée au juge reste assortie de deux conditions subtilement impératives: Négativement le juge s'interdira tout arbitraire et, positivement, il sera bien inspiré de consulter la doctrine et la jurisprudence.

Le réalisation de ces conditions se reconnaît à ses décisions, à la manière dont il motive ses sentences; la qualité de son interprétation rend compte de la dignité de sa toge.

CHAPITRE II LES LACUNES DE LA LOI

Après la définition de la lacune, un souci de précision nous amène à opérer quelques délimitations qui constituent, somme toute, une définition négative. Le tableau est cependant pour mémoire, nous suggérons par là que seules nous intéressent dans la suite les lacunes proprement dites. Celles-ci appellent, en effet, un comblement. Dans la catégorie des lacunes *intra legem*, le juge applique une règle désignée expressément, ou il crée une norme sur la base des principes directeurs qui lui sont indiqués par la loi: c'est le cas de l'article 4 CC qui mérite un commentaire destiné à mieux le situer par rapport à l'article premier CC. Les lacunes *praeter legem* recourant à l'analogie ou à la création véritablement prétorienne, domaine du comblement ou de la correction de la loi par restriction ou par extension du texte légal. Nous illustrons notre classification par quelques arrêts du Tribunal fédéral

A. NOTION

Il y a lacune de la loi lorsque "Le législateur n'a pas réglé une question qu'il aurait dû régler".⁶⁴ Il faut donc qu'on se trouve en présence d'une absence de réglementation alors qu'elle s'avère nécessaire. L'état de fait qui devait être sanctionné par une norme ne l'est pas. Il n'est pas venu à l'esprit du législateur. Cette affirmation signifie qu'au moment où il était occupé à légiférer, la question ne se présentait pas dans le corps social.

Le définition relègue tout de suite à l'écart l'hypothèse où il n'a pas voulu édicter une règle. Dans ce cas, il n'y pas de lacune même si l'on peut le regretter. La doctrine parle à ce propos de "silence qualifié" du législateur.⁶⁵ On se rendra compte de ce parti pris par l'examen des travaux préparatoires et par le but poursuivi (la ratio legis). L'interprétation historique prêterait une attention particulière aux avant-projet et projet. Tandis que les Chambres renseignent sur le politique législative, les textes des avant-projet et projet, oeuvres de juristes, en général, explicitent les aspects de la technique législative et, le cas échéant, l'un ou l'autre emprunt à l'étranger.

Dans l'hypothèse de l'arrêt 76 II 51, JdT 1950 p. 555, l'action n'est pas ouverte à un actionnaire contre l'Administration, bien que, lors de la révision du CO, la question était largement mise sur le tapis dans des monographies.⁶⁶ Le législateur était donc bel et bien au courant, mais il lui a plu de légiférer de la sorte. De plus l'Allemagne disposait d'une législation similaire en 1937. Le législateur a donc voulu légiférer négativement: il n'y a pas d'action, point final

Dans de telles circonstances, le juge n'a pas à forger une norme, car ce serait une création *contra legem*. Il est lié par la volonté claire et explicite du Parlement en vertu de la séparation des pouvoirs.

Mais à la faveur de certaines circonstances, notamment des changements techniques, une loi peut se trouver dépassée. Le juge s'autorise alors prudemment à recourir à une interprétation objective et à créer sa propre règle. Il va opérer par la fiction que, placé dans la même situation, le législateur tiendrait une attitude

⁶⁴ MEIER-HAYOZ, A., Der Richter als Gesetzgeber, p. 59: "Der Gesetzgeber hat etwas zu regeln unterlassen, was er regeln sollten".

⁶⁵ DESCHENAUX, H., Op. cit., p. 90, MEIER-HAYOZ, A., Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SZG), p. 145 "qualifiziertes Schweigen".

⁶⁶ S.J.Z., 1942-1943, p. 427 et ss et une thèse de Fribourg: STEBLER, Otto, Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrats der A. G. et surtout sa bibliographie, p. VIII à XII.

semblable. il doit cependant s'entourer de précautions particulières et notamment : 1) Les circonstances doivent avoir effectivement changé dans le for voire dans les législations apparentées. 2) Un large courant de doctrine doit avoir prévu ou prédit un tel retournement. 3) *Summa summarum*, le juge doit avoir la conscience qu'il blesserait le sentiment du droit s'il rendait une sentence contraire. Le juge supplée alors à ce qui manque et son opération relève du complètement de la loi.

Ce que nous venons de dire concerne la lacune où le législateur n'a rien prévu ou pas assez. L'organe d'application pratique dans ce cas le comblement pur et simple. Mais il y a aussi lacune dans l'hypothèse où il a trop ou trop peu prévu, ce sont, pour ainsi dire, des lacunes par excès ou par défaut. Il en est ainsi lorsque la solution qu'il donne s'avère générale alors qu'il s'agit d'un cas particulier ou l'inverse. Dans de telles circonstances, l'interprétation permet de conclure à l'existence de lacune et de la combler alors par restriction ou par extension de la norme en question. L'opération du juge n'est pas le complètement à proprement parler, mais bien la correction de la loi.

Enfin par généralisation, on accorde aussi qu'il y a une lacune lorsque la solution se trouve indiquée dans une autre partie de la législation (art. 7 CC) ou lorsque la loi renvoie à des facteurs comme les usages, ou les principes généraux directeurs de l'article 4 CC. Relativement à l'article premier CC, il n'y a pas à vrai dire de lacune puisque la loi donne la solution. Quant à l'article 4 CC, outre les principes mentionnés, le juge déploie dans la suite une activité prétorienne.

I. DELIMITATIONS

1. Les lacunes du droit

Avant de discourir sur les lacunes, préoccupons-nous de définir d'abord le droit. Prenant soin de distinguer le droit objectif du droit subjectif, le Dictionnaire de droit Dalloz⁶⁷ en donne la définition suivante: *"Le mot droit désigne soit l'ensemble des règles juridiques applicables aux actes et aux faits accomplis par les hommes (droit objectif) soit une faculté accordée à une personne de faire un acte déterminé (droit subjectif)".*⁶⁸

Le droit ainsi défini apparaît comme un ensemble de lois écrites, c'est le droit dit positif. Et si l'on admet la lacune dans la loi, il faut admettre logiquement des lacunes dans le droit positif lui-même puisqu'il est un ensemble de lois écrites.

Qu'en est-il du droit non écrit? P. Foriers, qui fait sienne la citation de Huc croit à tort qu'il n'y aurait pas de lacune dans un droit purement coutumier: *"Sous l'empire d'un droit purement coutumier, il ne saurait y avoir de lacune dans la loi. Le juge chargé d'appliquer les précédents, peut à leur défaut en créer lui-même. Sous l'empire d'un droit codifié il n'en est pas ainsi."*⁶⁹

En réalité, il n'y aurait pas de lacune de cette manière parce que le juge est "chargé d'appliquer les précédents". Il vaut mieux dire qu'il crée une norme coutumière en associant d'autres coutumes "les précédents", mais pour qu'il doive procéder à leur association, il faut entendre, même en droit coutumier, l'existence de lacunes. A vrai dire le juge coutumier recourt à l'analogie, mais celle-ci paraît

⁶⁷La seconde édition de 1968.

⁶⁸La définition recouvre le sens étymologique, objectif et subjectif de Claude Oupasquier dans son *Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit*, p. 8-11.

⁶⁹FORIERS, P., Les lacunes du droit, in *Le problème des lacunes en droit*, p. 87.

⁷⁰ Ibidem

imperceptible sur un fond de coutume, d'où le sentiment que la coutume existait déjà toute prête à servir. Fort de cette citation P. Foriers déclare qu'il n'est pas certain qu'il existe des lacunes du droit.⁷⁰

A ce tarif-là, nous portant fort à notre tour de l'article premier CC, nous affirmons que le Code civil suisse ne renferme pas de lacune puisque le juge doit de toute façon les combler. Le droit donc, entendu comme l'ensemble du droit écrit et non écrit (ce dernier étant appelé aussi "*supralégal*" ou "*aprioristique*"⁷¹ comporte des lacunes. Ainsi le droit comporte effectivement des lacunes avant le comblement et il en comporte virtuellement avant le prochain comblement.

En réalité, il faut d'abord opérer une grande distinction entre droit écrit ou positif et droit non écrit ou *supralégal* ou encore *aprioristique*. Ce dernier ne renferme pas de lacunes. La thèse repose sur l'idée métaphysique que tout ce qui existe a une signification, une fin un *telos*. On peut donc décider, sur cette base, que un état de fait donné répond à telle signification philosophique. L'état de fait doit nécessairement trouver une correspondance dans un ensemble cohérent métaphysique.⁷² A cet à priori métaphysique s'ajoute le comblement du droit écrit par des conceptions politiques. Ainsi le matérialisme dialectique est appelé à combler les lacunes du droit positif dans un ordre juridique national-socialiste. Ainsi le droit écrit serait sans lacune, rien qu'à tenir compte du fait que le juge, veut éviter le déni de justice, trouver de toute façon une règle à appliquer: "*Wenn nämlich, was allerdings richtig ist, der Richter jede Lücke ausfüllen muß, und wenn das, womit sie ausgefüllt wird, notwendig ebenfalls wieder Recht ist, so kann man auch sagen- und einige sagen- das Recht sei ein lückenloses Ganzes, nur das Gesetz habe Lücken.*"⁷³ Pour Hans Kelsen, l'ordre juridique qui n'établit pas une obligation pour un sujet de droit, face à une situation donnée, c'est qu'il lui permet une liberté face justement à cette situation. De cette manière même le droit écrit serait exempt de lacunes. Ces opinions sont peut-être défendables, mais il nous semble que le droit écrit comporte des lacunes, peu importe la manière de les combler, mais elles existent bel et bien. Partir de l'interdiction de déni de justice et dire à partir de là que le droit positif n'a pas de lacunes, il faut admettre que ce n'est qu'une question de style!

Dès lors, il faut admettre que le droit écrit renferme des lacunes, mais qui ne sont que provisoires, jusque à leur comblement par le droit *supralégal*

2. Théories de l'espace juridique vide et la norme générale exclusive

La théorie de la norme générale exclusive est représentée par H. Kelsen et d'autres auteurs comme l'Allemand E. Ziemann et l'Italien D. Donati. Celle de l'espace juridique vide par K. Bergbohm et A. Brinz et l'Italien Santi Romano.

il y aurait d'un côté le droit plein et de l'autre un espace vide de droit.⁷⁴ C'est dire que d'un côté il y a le droit et de l'autre l'absence de droit et, de la sorte, tout ce qui

⁷¹ KLUG, U. . Observations sur le problème des lacunes en droit, *Ibidem*, p. 97.

⁷² *Idem*, p. 92

⁷³ ZITELMANN, E., *Lücken im Recht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1903, p. 9

⁷⁴ MEIER-HAYOZ, A. . parle de "*Totallücken*" où il distingue entre "*relative Lücken*" et "*Alternativlücken*": SZG, p. 151 no 291

n'est pas interdit est permis! Les actes permis ressortissent au domaine de la liberté et les autres à la législation. Le domaine de ce qui est permis n'est pas un espace parsemé de lacunes, c'est tout simplement un espace de liberté.

Quant à la théorie de la norme générale exclusive, pour elle, la norme qui prescrit un comportement positif ou négatif est une norme dite particulière. Celle-ci est toujours accompagnée d'une norme générale qui interdit tout autre comportement. Elle est inexprimée, mais elle est certaine, elle revient tout compte fait, à la norme générale de liberté.

A ces théories il faudrait ajouter les restrictions de Montesquieu pour qui le juge ne doit avoir aucune opinion particulière: *"Dans le gouvernement républicain, il est de nature de la constitution, que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie."*⁷⁵

Nous reviendrons sur ces théories dans le chapitre suivant, à présent contentons-nous de leur réfutation avec l'appui de la doctrine et de la législation.

3. La validité relative de ces théories

Portalis devait aller à l'encontre de l'idéal révolutionnaire dans son *Discours préliminaire*⁷⁶ et plus près de nous H. de Page dans la *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome premier*, affirme de la loi que *"Non seulement elle n'a aucune prise sur l'avenir, mais souvent elle n'épuise même pas le présent"*.⁷⁷

Du côté de la jurisprudence, l'espace libre de droit ne résiste pas à la pratique des juges et s'il n'en était pas ainsi, des branches comme le droit international privé n'auraient pas acquis droit de cité alors qu'il constitue une atteinte à la souveraineté des Etats. Mis à part quelques traités, un petit abrégé de droit international annexé au Code civil, le reste se nourrit principalement de jurisprudence en ce domaine. Les législations ne sont pas en reste: ainsi l'article 16 du Code civil portugais de 1867, l'article 7 du Code des Etats unis du Brésil, l'article 2 du Code civil des Tribunaux mixtes d'Egypte, l'article 12 du Code civil italien de 1942 et le Code civil suisse admettent l'existence des lacunes tout en accusant des variations sur la manière de les combler.⁷⁸

La réalité atteste donc que l'espace de liberté se réduit comme une peau de chagrin. Il ne lui reste qu'un petit bastion dans l'empire du droit public, du droit pénal en particulier, où tout ce qui n'est pas interdit n'est pas assorti d'une peine. Mais si le droit pénal est ainsi fait de lege lata, on accordera la possibilité d'une lacune envisagée sous l'angle de *lege ferenda*.

4. Les antinomies en droit

Il s'agit de la collision des normes. Et il existe une antinomie lorsqu'il y a *"contradiction réelle ou apparente entre deux lois"*.⁷⁹

Pour situer le problème, empruntons un exemple à ce qui naguère faisait le charme de la rhétorique classique, mouture sophiste: *Il survient un naufrage d'un navire,*

⁷⁵MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Livre VI, Chap. III.

⁷⁶FORIERS, P., *Op. cit.*, p. 16-17.

⁷⁷et FENET, P. A., *Recueil complet du Code civil, Tome I*, p. 3, 2^e colonne, paragraphe 3 et ss.

⁷⁸FORIERS, P., *Op. cit.*, p. 26-27: Ces codes renvoient à l'analogie, au droit naturel, aux principes généraux du droit ou encore aux principes généraux de l'ordre juridique. Ce renvoi est semblable à celui de notre article 4 CC.

⁷⁹FORIERS, P., Les antinomies en droit, in Les antinomies en droit, p. 20

un seul homme se sauve: le fils déshérité par son père, noyé sur son propre navire. Or, il y a une autre loi stipulant que si un seul homme se sauve et se trouvait à bord, le vaisseau lui appartient. Une autre loi déclare inhabile à succéder aux biens paternels le fils renoncé! Quid juris?⁸⁰

Résoudre cette antinomie revient à considérer la loi sur les rescapés d'un naufrage comme une *lex specialis* qui l'emporte sur la *lex generalis* des successions ou alors, comme le dit P. Foriers, opérer par des considérations en équité.

Et dans nos murs, près des chutes du Rhin puisque c'était à Schaffouse: *Pris par je ne sais quoi, un père abat son unique fille et sa femme dans les premières heures de la matinée. Il leur survit quelque temps car il met fin à son existence vers le milieu du jour. Attendu qu'il ne leur est pas comourent, a-t-il succédé à sa femme, vu l'article 477 CC qui rend non successible l'auteur d'un délit contre le de Cujus? Ici le de Cujus est sa femme, car on suppose pour la commodité de l'exercice que sa fille ne laissait pas de biens.*

La règle générale qui rend héritier le conjoint survivant se trouve en collision apparente avec la restriction de l'article 477 CC. Le juge procédera par l'élimination de l'une ou l'autre norme. En l'espèce, cet infortuné mari et père est, au sens de l'article 16 CC, un incapable de discernement avec toute la force de l'expression. Comme tel il est dépourvu d'*intention*". Cet élément constitutif du délit fait défaut en l'occurrence. On en conclut qu'il n'a pas commis un délit et que par conséquent, il succède selon les règles successorales, en l'espèce selon l'article 462 al. 2 CC en concours avec les parents de la défunte.

L'antinomie peut se présenter aussi lors de la succession des lois dans le temps. Il faut alors considérer s'il y a abrogation: on appliquera la loi nouvelle sous réserve du droit transitoire. Si la loi nouvelle est une loi spéciale, elle déroge à la loi générale. La loi nouvelle postérieure dans le temps, déroge à l'ancienne dans l'hypothèse où elle ne l'aura pas abrogée.

La succession des lois dans le temps ne présente donc pas de lacunes en elle-même puisqu'il y a de toutes les manières une loi qui s'applique. Il n'est pas exclu cependant que la norme nouvelle comporte en elle-même une lacune, c'est alors la lacune de la loi nouvelle qui n'est pas imputable au mécanisme même de la succession des lois dans le temps.⁸¹

L'antinomie se manifeste également lors de l'application de la loi dans l'espace. Le droit romain avait le mérite au moins de trancher clairement les choses, le *jus civile* pour les citoyens et le *jus gentium* pour les étrangers. Ce rôle est joué aujourd'hui d'une manière complexe par la LRDC et le jeu des traités bilatéraux ou multilatéraux. Il ressort du droit international privé où les lacunes sont comblées par les techniques qui lui sont propres. Héritière de la théorie des statuts, cette branche du droit s'évertue constamment à concilier les principes de la territorialité et de la personnalité du droit.

Les antinomies en droit ne constituent donc pas des lieux de lacunes, car les normes existent bel et bien, il suffit de les appliquer par le recours aux principes de *lex specialis* ou de *lex posterior*. Dans le cas de l'antinomie apparente, comme l'espèce de l'article 477 CC, le simple interprétation conduit à l'élimination de l'apparence pour faire place à la règle injustement antinomique.

⁸⁰Ibidem.

⁸¹DUPASQUIER, Ct. , *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, p. 134-135.

5. Le domaine extra juridique

L'ordre juridique n'a pas trouvé bon de légiférer dans certains domaines: le domaine religieux, la morale, l'ensemble des mondanités et de convivialités échappent aux injections légales et sont laissés à la libre appréciation des intéressés.

Le législateur n'a pas voulu organiser juridiquement ce genre de relations pour la bonne raison qu'il n'intervient ordinairement que dans des situations génératrices de conflits. C'est véritablement un espace libre de droit, un espace de liberté!

Intellectuellement on peut concevoir qu'il lui arrive un jour de vouloir régenter ce secteur. Il sera alors devenu un tyran exécrable sauf à rapporter la preuve difficile que les conflits ont commencé à se faire jour.

Le liberté se manifeste aussi là où le droit, tout en légiférant, a laissé quelques oasis de liberté. Ainsi les lois de procédure et d'exécution forcée se rendent parfois généreuses contre leur nature. L'article 56 et suivants de la LP indiquent des moments ou des conditions auxquelles la loi elle-même s'autolimité, ce sont les moments de fêtes et de suspensions.⁸² Il va de soi que des mesures de police justifiées pourraient y porter dérogation, il en serait ainsi, par exemple, en cas de crainte de fuite de la part du débiteur.

II. LES ESPECES DE LACUNES

Divers auteurs ont écrit sur les lacunes de la loi, ils sont pour la plupart d'expression allemande. Quant à la manière de les classer, elle obéit au tempérament discursif de chacun et conduit parfois à un dédale effarant!

Trancher le noeud gordien de les mettre d'accord revient à tenir deux propos: 1) il n'y a pas de lacunes lorsqu'on se sert de l'expression "*lacunes improprement dites*". Il s'agit là de défaut de la loi ou de son silence qualifié. 2) Il existe en revanche des lacunes lorsqu'on utilise l'expression "*lacunes proprement dites*". Ce sont alors les "*intra legem*" quant il y a un renvoi légal ou *praeter legem* lorsque la loi présente une incomplétude, un excès ou un défaut dans son expression.

1. Les lacunes improprement dites

Ce sont, d'une part, des lacunes voulues par le législateur et, d'autre part, des lacunes imputables au jugement de valeur que l'interprète projette dans la loi. Et comme telles, elles sont le résultat d'une appréciation subjective.

2. Les lacunes et les défauts de la loi

La lacune de la loi se distingue bien de son défaut. Par celui-ci il faut entendre des jugements de valeur portés sur une loi en vigueur. En effet, celle-ci est bonne ou mauvaise objectivement ou subjectivement.

Le critère d'objectivité réside dans les principes qui sont à la base de la loi, le tissu des valeurs qui la soutiennent. L'interprète doit découvrir la volonté réelle du législateur. Est-elle fort critiquable à son goût? Tant pis, mais c'est bien cette volonté du législateur qu'il faut appliquer à moins de lui trouver effectivement des erreurs. Si elles sont démontrées, il faut alors les redresser par un comblement ou

⁸²Nous perdons de vue le problème de la procédure pénale et des Immunités parlementaire et consulaire car il relève du terrain de droit public.

par une correction.

Quant au critère de subjectivité, il repose sur des considérations personnelles à l'interprète. Il aurait voulu que la loi incorporât telle ou telle valeur. Ainsi une loi inégalitaire sous les rapports de la race ou du sexe se caractérise, certes, par ses effets, mais elle n'est mauvaise que subjectivement. Elle n'en est pas moins une loi voulue par le législateur qu'il faut appliquer aux litiges. Sous l'angle subjectif, la loi peut présenter donc un défaut éthique ou idéal, mais le législateur l'aura voulue ainsi, que sa volonté soit faite cependant!

Mais, excepté des cas flagrants, il se pourrait que le législateur se soit trompé, c'est eux travaux préparatoires de le prouver. Et s'il se trouve manifestement une erreur, le juge doit la corriger. Si par contre les travaux préparatoires confirment l'intention du législateur, l'organe d'application de la loi doit s'incliner, attendre et éventuellement chercher à provoquer une révision.

3. La lacune voulue ⁸³

Le législateur a voulu porter une loi pareille. Il avait la pleine conscience de son acte parce qu'il connaissait en long et en large et l'état de fait et l'état de la question. La volonté du législateur exclut l'existence de lacune.

Cette volonté impérative du législateur s'illustre dans l'ATF 106 II 278: *Adia K., né en 1912 et Carmel A., née en 1924 se marient à Jérusalem en 1946. Ils sont de nationalité israélienne. Dans la suite ils ont deux enfants respectivement nés en 1947 et 1947. De son précédent mariage Sieur Adia K. avait eu une fille en 1940. Elle fut élevée par Dame Carmel A. depuis son mariage avec le père. Elle est, au moment de la requête, mariée et domiciliée en Israël. En juillet 1979, Carmel A., domiciliée à Genève avec son mari, présente une requête d'adoption qui est rejetée. Elle tente une seconde en 1980. Elle sera rejetée également, ainsi que le recours en réformation.*

Après avoir admis sa compétence, le Tribunal fédéral se penche sur l'élément d'extranéité que présente cette espèce et conclut de cette manière dans le deuxième considérant: *"Dès lors, il y a lieu d'admettre que l'art. 8c LRDC ne constitue pas en l'espèce un obstacle à l'adoption."*

Des conditions spécifiques à l'adoption des majeurs et interdits (art. 266 CC), le Tribunal passe à l'examen des conditions relatives à l'adoption des mineurs applicables par analogie selon l'article 266 el. 3 CC: *"Au surplus les dispositions sur l'adoption des mineurs s'appliquent par analogie."* La recourante a, à son actif, deux ans de mariage, elle est âgée de 35 ans révolus (art. 264a el. 3 CC), et elle est plus âgée de 16 ans que la candidate à l'adoption (art. 265 el. 1 CC). Les personnes intéressées, jusqu'au mari de la candidate, ont donné leur consentement (art. 265 el. 2 et 265a el. 1 CC). Dame Carmel A. a élevé l'enfant depuis son mariage avec le père au sens de l'article 266 el. 1 ch. 2 CC. La seule question cruciale consiste dans l'examen de l'adoption au regard du fait que la recourante a des descendants (art. 266 el. 1 CC); à savoir les enfants nés en 1947 et 1949.

L'analyse des débats parlementaires conduit le Tribunal fédéral à déléguer: *"Ainsi, le portée du texte légal est claire. L'adoption de majeurs n'est possible que si les parents n'ont pas de descendants au sens large du terme...il n'est pas prévu d'exceptions."* Dans le considérant quatre le Tribunal fédéral répond donc par la négative à ceux qui voudraient y voir une lacune, motif pris du fait que le législateur

⁸³MEIER-HAYDZ, A., SZB: p. 151, no 283 "Bewuste und... Lücken".

aurait perdu de vue que c'est un époux qui adopte l'enfant (bien que majeur) de son conjoint

Envisageant ensuite le but de cette adoption, il découvre qu'elle est destinée uniquement à donner un même statut social aux enfants, en particulier sous le rapport des expectatives successorales. Le Tribunal fédéral affirme alors que ce but est "étranger" à celui de la loi sur l'adoption. Son but s'avère précisément un parti pris d'éviter des conflits entre les descendants et le nouveau venu si d'aventure il était adopté.

Puisqu'il s'agit d'une personne ayant non seulement un lien juridique, mais encore naturel avec l'un des conjoints, le cas pourrait effectivement relever de la lacune. Malheureusement les travaux préparatoires prouvent péremptoirement que cette lacune est fort bien voulue par le législateur!

La question est de savoir maintenant comment reconnaître un défaut de la loi d'une lacune voulue, puisque dans un cas comme dans l'autre, ce sont les travaux préparatoires qui doivent trancher.

La distinction est assez mal aisée à établir. Mais on peut risquer cette réflexion: le défaut de la loi concerne un point de vue idéal, éthique, tandis que la lacune voulue relèverait d'une simple question de portée pratique. Quoi qu'il en soit la précision est purement académique. Il suffit de déclarer qu'il n'y a pas de lacune, la norme devra s'appliquer selon l'intention du législateur.

4. Les lacunes proprement dites

Il s'agira des lacunes *intra legem* au sens propre, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le texte légal incomplet donne néanmoins une solution par un renvoi. La lacune *intra legem* au sens impropre trouvera son illustration dans l'article 4 CC. Suivront alors les lacunes *praeter legem* ou *extra legem* dans lesquelles la solution fait défaut.

4. 1. Les lacunes *intra legem*

Elles consistent dans le renvoi à une norme d'application, aux usages ou au pouvoir d'appréciation du juge.

4. 1. 1. Les lacunes *intra legem* et le renvoi à une disposition applicable

Selon l'article 7 CC "*Les dispositions du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont applicables aux autres matières de droit civil*". Non seulement le juge applique cet article, mais encore le législateur lui-même porte des lois sur la base de la technique du droit des obligations.

Prenons l'exemple de l'article 123 CC (note marginale: Nullité relative). Les conditions de la nullité sont les suivantes: 1) Il faut une incapacité passagère. 2) Il faut que l'incapacité survienne lors de la célébration. L'action est ouverte au conjoint qui se prévaut de ces conditions.

La question est alors de savoir pourquoi l'on serait amené à prononcer la nullité. Le demandeur allègue l'incapacité de discernement. Or, celle-ci crée la présomption que l'incapable de discernement ne peut conclure valablement un contrat. Quoique doublé d'un aspect institutionnel, le mariage est un contrat entre les époux. De la sorte il ne pourrait être conclu à satisfaction du droit par un incapable de discernement. C'est que la formation de la volonté sous l'empire de

l'incapacité a produit un effet (le consentement au mariage) qui n'était pas réellement voulu. Les dispositions relatives à l'erreur sises dans les articles 23 et suivants du CO sont à la base de l'édiction de cet article.

Que dire alors de la nullité absolue de l'article 120 CC, chiffres 2 et 4? "*Lorsqu'un des époux était, au moment de la célébration, atteint d'une maladie mentale, ou incapable de discernement par l'effet d'une cause durable*"; la sanction est la nullité absolue. Où réside la raison d'être de cette nullité? Pour la même raison que plus haut, et d'une manière plus renforcée: Le mariage était mal venue pour la personne concernée: elle n'a pas pu former correctement la volonté de convoler. Le caractère absolu de la nullité est justifié par la gravité de l'affection mentale, manifestée par son caractère durable, un euphémisme somme toute, pour dire définitif. Et l'on touche du doigt l'analogie avec la nullité absolue, consécutive à l'erreur essentielle (art. 24 CO).

Dans le chiffre 4 de l'article 120 CC, "*Lorsque la femme n'entend pas former une communauté conjugale, mais veut éluder les règles sur la naturalisation*", le mariage est nul. C'est que la meri berné pourrait se prévaloir du dol, mais avant d'aller au dol, observons que la femme a fait une fraude à la loi, qu'elle a donc enfreint une disposition légale, d'où l'illicéité qui empêche *ab ovo* un contrat de prendre naissance (art. 20 CO).

Les articles évoqués s'appliquent naturellement comme règles spéciales, mais les parties peuvent souvent invoquer les vices du consentement dans actions proprement civiles.

Dans la recherche en paternité, le père présumé peut soulever l'*exception plurium*. Tardivement à la reconnaissance, mais dans le délai, l'auteur de la reconnaissance peut, après coup, l'attaquer. Il suffit de prouver qu'au moment de la reconnaissance, il était sous l'empire de l'erreur, comme dans l'hypothèse de l'article 260a al. 2 CC. Il peut alléguer qu'il a appris, après la reconnaissance, que la mère avait entretenu un commerce galant avec plusieurs hommes.

En dehors de ces cas visés par l'article 7 CC, les dispositions du CO s'appliquent toutes les fois qu'elles se révèlent appropriées. Dans l'espèce de 671 CC un tiers construit avec ses propres matériaux sur le fonds d'autrui. Le propriétaire du fonds devient propriétaire de ces matériaux en vertu du principe de l'accession. Ces matériaux deviennent parties intégrantes du fonds aux termes de la loi.

Or, pour être légal, cet enrichissement peut s'avérer illégitime, c'est la raison d'être de l'article 672: "*Lorsque la séparation n'a pas lieu, le propriétaire du fonds est tenu de payer pour les matériaux une indemnité équitable*".

Quel est le délai de l'action tendant au recouvrement de cette indemnité? Le choix porte sur celui des actes illicites ou de l'enrichissement illégitime. Le Tribunal fédéral adopte cet avis dans le deuxième considérant de l'ATF 81 II 431, JdT 1956 à la page 194: "*...il se justifie d'appliquer, en matière de prescription, aux réclamations fondées sur l'art. 672 CC l'art. 67 CO (ou le cas échéant l'art. 60 CO)*". On voit donc qu'au-delà de l'article 7 CC, le Code des obligations s'applique en matière civile chaque fois que son application s'avère idoine.

4. 1. 2. Les lacunes de la loi et le renvoi à une norme-cadre, aux usages

Dans la responsabilité objective simple ou aggravée, le juge doit opérer parfois par le biais d'une faute additionnelle. Celle-ci peut être grave ou de simple négligence. Il ajoute alors en sus de la norme objective un coefficient aquilien entendu sur le degré de la faute dans l'acte générateur de responsabilité (art. 41 CO).

La loi renvoie aussi très souvent à des usages. Le juge doit en tenir compte ex

officio puisqu'il s'agit de l'expression de la loi. Ils doivent naturellement exister, c'est au juge à en savoir l'existence et c'est à la collaboration des parties d'en décrire le contenu et l'étendue.

Ces usages sont dits locaux ou commerciaux et, pour cette raison, le CO en contient beaucoup plus que le CC. Le CC compte 12 articles qui réservent le mot "usages", sans parler des lois spéciales. Ce sont: 5, 611, 613, 621, 632, 642, 643, 644, 684, 699, 740, 767. Le CO, avec la même réserve, en contient 23 dispositions: 73, 124, 158, 184, 188, 189, 211, 212, 213, 224, 225, 262, 263, 284, 286, 290, 302, 314, 364, 389, 429, 432, 1031.

L'usage, défini par A. Peche, "...est la manifestation d'une règle de conduite, observée en fait dans les relations qui s'établissent entre les membres d'une communauté".⁸⁴

L'usage peut faire tache d'huile et dépasser le cadre d'une communauté, mais il n'en demeure pas moins localisé et limité dans le temps: ce fait le distingue de la coutume. La législation le considère comme un compagnon des affaires d'où son importance dans le Code des obligations. Dans le Code civil il émaille les espèces qui touchent au patrimoine, essentiellement le domaine des successions et des droits réels. Compte tenu de la mobilité des affaires, les usages sont destinés à la disparition ou à l'incorporation rapide dans la loi par le truchement des révisions.

4. 1. 3. Renvoi à des notions générales, cas-témoin l'article 4 CC

Les conditions de cet article sont au nombre de deux. Il faut en effet: 1) que la loi réserve le pouvoir d'appréciation du juge, 2) qu'elle le charge de prononcer en tenant compte de justes motifs. Cette seconde condition est alternative. Lorsque ces conditions sont remplies, le juge "*applique les règles du droit et de l'équité*".

La particularité de cet article réside dans le fait qu'une norme existe, il n'y a donc pas de lacune complète. Cependant il faut reconnaître là une règle à concept juridique indéterminé (pouvoir d'appréciation, circonstances, justes motifs). L'activité de l'organe d'application consistera dans la précision de ces notions très larges avant toute confection d'un jugement. Et c'est à ce moment-là que le juge déploie une activité analogue à celle de l'article 1 et 2 CC.

Quant à ces notions imprécises, quelques exemples tentent de les expliciter: Dans une espèce relevant de l'article 156 CC relatif au divorce ou à la séparation de corps, le juge aura à trancher le problème de la prestation d'entretien et de l'autorité parentale. La manière de les attribuer est fonction de son appréciation des faits allégués par les parties ou par des tiers à l'occasion des témoignages. Le juge peut aller jusqu'à prendre avis de l'autorité tutélaire.

Les circonstances s'apprécient, s'agissant de la réparation d'un préjudice, sur le rapport de causalité, le degré de gravité de la faute, la prise en compte éventuelle de la faute concomitante du lésé etc.

Quant aux justes motifs, ils s'apprécient au regard de la bonne foi: le travailleur, au sens de l'article 337 CO, qui se trouverait allergique aux produits que fabrique son usine pourrait résilier son contrat de travail, si à l'avis du médecin, il met sa santé en péril. Après ce travail préliminaire le juge alors "*applique les règles du droit et de l'équité*". L'expression "*droit et équité*" pose un problème d'interprétation. H. Deschenaux préfère pour une raison, semble-t-il, personnelle la formule allemande

⁸⁴ PACHE, A., La coutume et les usages dans le droit privé positif, p. 21.

qui fond les deux termes ("*Nach Recht und Billigkeit*").⁸⁵ Un peu plus tard, où nous le suivons davantage, il s'exprime ainsi: "*La loi vise le droit non écrit, le droit de l'équité (billiges Recht) ou l'équité tout court*".

Meier-Heyoz y découvre la figure de l'hendyadis où la préposition "de" remplace la conjonction "et" et donne "*le droit de l'équité*" au lieu de droit et équité.⁸⁶ L'hendyadis ou hendyadyn est une "*figure de rhétorique qui consiste à dissocier en deux noms coordonnés une expression unique*", d'après le Petit Robert. Henri Morier en donne une explication semblable dans son *Dictionnaire de Poétique et de Rhétorique*, aux pages 480 et 481.

Le juge applique donc le droit de l'équité ou "*l'équité tout court*" selon l'expression de H. Deschenaux et, à partir de ce moment, l'activité du juge est analogue à celle de l'article 1 al. 2 CC.⁸⁷ Qu'il donne libre cours à son activité créatrice pourvu qu'il n'aille pas au-delà des limites de la bonne foi. Celle-ci se reconnaît à la qualité de ses motivations dans le jugement. L'on doit y sentir le souci de l'objectivité soutenue. Cet article a été introduit dans le but d'éviter au juge le désagrément de se perdre dans l'administration des preuves interminables. Un petit nombre de preuves pertinentes suffit à former sa conviction. Et plus les preuves sont succinctes, plus il aura des chances d'atteindre l'objectivité en évitant de la sorte la reproche de l'arbitraire: "*Si le juge devait s'en tenir à un apport de preuves régulier et complet, il serait obligé de décider contre toute équité. Et si le jugement n'est pas rendu, selon les formes découlant de la répartition du fardeau de la preuve, mais d'après ce qui est probablement la vérité, une semblable méthode n'aura rien d'arbitraire; elle correspondra, au contraire, à l'idéal d'un droit plus parfait.*"⁸⁸

La différence entre l'article 1 al. 2 CC et l'article 4 CC réside dans le fait que dans le premier cas, le juge doit forger sa norme immédiatement après le découverte de la lacune. Dans le second cas, la lacune n'est pas complète car il y a des éléments (quoique imprécis) qui sont fournis au juge; c'est à partir de ces derniers qu'il comble la lacune.⁸⁹

4. 2. Les lacunes praeter legem

Celles-ci se divisent en *praeter legem* ouvertes ou patentes d'une part et en *praeter legem* non ouvertes ou occultes, d'autre part. Cette classification est valable du reste pour toutes les lacunes, car aux dires de A. Meier-Hayoz, "*une lacune est ouverte ou fermée, et il n'y a pas d'autre possibilité*".⁹⁰

4. 2. 1. Les lacunes praeter legem ouvertes ou patentes

Cette fois-ci, la solution ne se trouve pas dans la loi, fût-ce au moyen d'un renvoi.

⁸⁵ DESCHENAUX, H., *Op. cit.*, p. 123

⁸⁶ MEIER-HAYOZ, A., SZG. p. 425, no 11: "*Sie ist ein sogenanntes Hendyadyoin- Bezeichnung eines Begriffes durch zwei mit "und" verbundene Substantive statt durch Substantiv mit Attribut und bedeutet nichts anderes als "billiges Recht"*".

⁸⁷ DESCHENAUX, H., *ibidem*

⁸⁸ Code civil suisse, Exposé des motifs de l'événement-projet du Département fédéral de Justice et Police, Tome premier, Introduction, Droit des personnes et de la famille, p. 24

⁸⁹ Il semble que le législateur, effrayé par les pouvoirs conférés au juge par le CO révisé, se soit révisé: il daigna alors lui octroyer les directives de l'article 4 CC. Il aurait été plus précis s'il pouvait l'être avec des vocables comme "*appréciation, circonstances, justes motifs*". Cfr. DESCHENAUX, H., *Op. cit.* p. 123.

⁹⁰ MEIER-HAYOZ, A., *Der Richter als Gesetzgeber*, p. 62: "*eine Lücke ist entweder eine offene oder eine verdeckte; tertium non datur*".

Le juge ne recourt plus à une norme-cadre, la réponse n'est pas davantage préfigurée par une expression imprécise; elle se trouve en dehors de la loi: *praeter legem* ou *extra legem*.

Envisageons une espèce de l'article 157 CC relatif aux faits nouveaux, ensuite de la séparation de corps ou du divorce. Sans être exhaustif, l'article précité envisage trois hypothèses: 1) le remariage, 2) le départ et 3) le mort.

Ces hypothèses auront des incidences certaines sur la pension alimentaire (art. 152, 153 CC), l'autorité parentale et les relations personnelles (art. 156 CC), car elles ont alors la qualité de faits nouveaux. L'autorité tutélaire ou la partie intéressée peut en saisir le juge (art. 156 CC). Mais quel est le juge compétent? La loi ne le dit pas et il y a par conséquent une lacune que le juge doit combler.

En cas d'une action tendant au divorce ou à la séparation de corps, le juge compétent est celui du domicile de la partie demanderesse (art. 144 CC). D'une manière générale, c'est le domicile du mari, puisque la femme non séparée et non divorcée a le même domicile à teneur de l'article 160 al. 2 CC. Pour les deux parties, il n'y a qu'un seul et même domicile. Le juge compétent pour prononcer le divorce est donc celui du "domicile conjugal", c'est-à-dire le domicile choisi par le mari (art. 160 al. 2 CC). On ne peut parler de domicile de la partie demanderesse que dans l'hypothèse de l'article 170 al. 1 et 2 CC ou si un jugement de séparation a été prononcé et suivi d'une élection de domicile.

Quoi qu'il en soit, la compétence est fondée sur le domicile et elle est du ressort du droit fédéral. Le juge compétent pour connaître des faits nouveaux n'est pas désigné par le droit uniforme. Celui-ci comporte donc une lacune. Elle sera comblée soit par une norme de procédure portée en application du Code civil (art. 52 et 54 du Titre final). Dans les cantons qui n'ont pas légiféré et, en l'absence d'une disposition portée en application de l'article 53 du Titre final, le juge créera une norme en recourant à l'analogie du for fédéral. Est-ce le for de la partie demanderesse ou de la partie défenderesse?

S'il s'agit de compléter un jugement de divorce parce que les faits n'avaient pas été produits à l'instance par omission ou par ignorance, le juge du divorce reste compétent: *"Quand, à la suite d'inadvertance, d'une erreur de droit ou de l'ignorance d'un fait, il a omis de régler une question qui devait l'être nécessairement en cas de divorce, son jugement présente une lacune et doit être complétée par une nouvelle décision. Selon le droit fédéral, le juge compétent pour rendre cette nouvelle décision est celui qui a prononcé le divorce."*⁹¹

Il en est de même lorsque le juge a omis de régler une question alors qu'il y était tenu *ex officio*. Mais pour les faits nouveaux de l'article 157 CC, l'action relève d'une autre compétence: le juge du domicile de la partie demanderesse: *"En revanche, si une partie demande une modification du jugement de divorce au sens des articles 153 et 157 CC, en raison de circonstances nouvelles, le juge compétent d'après le droit fédéral est celui du domicile de la partie défenderesse, pour autant que les parties aient leur domicile en Suisse."*⁹²

Sans l'exprimer expressément, le Tribunal fédéral recourt en fait au for constitutionnel de l'article 59.

4. 2. 2. Les lacunes *praeter legem* non ouvertes ou occultes

Dans les lacunes patentes, le juge découvre plus ou moins vite l'élément qui fait

⁹¹ ATF 104 II 289, JdT 1980, p. 116, considérant 3.

⁹² *Ibidem*.

défaut. L'absence du far, par exemple "saute aux yeux" et cela d'autant plus que, saisi d'un litige, le juge doit d'abord examiner sa compétence. Elle est déterminée par une disposition du Code de procédure. Si celle-ci fait défaut, il le constatera rapidement.

Dans les lacunes occultes, la situation est plus complexe. La lacune est dissimulée sous les apparences d'une norme impeccable, mais en réalité, on finit par découvrir qu'au lieu d'être restrictive la norme est volontiers générale ou l'hypothèse inverse. L'exercice du juge relève du domaine de la technique législative et il sera fécond dans la mesure où il est familiarisé avec les techniques de raisonnement. Passer du général au particulier ou du particulier au général est une affaire de technique de logique qui s'appelle respectivement *deduction* ou *induction*. Pour être moins technique, nous utilisons les expressions de lacunes par défaut ou par excès.

Il y aura une lacune par défaut lorsqu'en présence d'un cas particulier, il manque un élément généralisateur. Et voici un exemple de lacune par défaut dans l'ATF 105 II 321, JdT 1981, p. 99.

En 1967, par acte notarié, une SA constituée sous le nom "Fondation de prévoyance de l'entreprise X SA", un fonds de prévoyance en faveur du personnel au sens de l'article 80 CC. Le siège est à Y. Inscription en 1968 au RC avec cette mention: "Autorité de surveillance, Conseil communal Y". Un arrêté du Conseil d'Etat de Thurgovie l'exonère d'impôts, mais l'astreint entre autres à soumettre sur demande des comptes annuels et pièces justificatives au Département des finances afin d'en prendre connaissance. Copie fut transmise au Conseil communal en sa qualité d'Autorité de surveillance. X SA vint à demander un sursis concordataire. Le concordat par abandon d'actifs est approuvé en 1977 par le Tribunal de District. Le créance de la Fondation produite à Fr. 178.657 fut portée à 214.616,80 sur intervention du Département des finances en qualité d'Autorité de surveillance. Elle fut colloquée en seconde classe. Par la suite le Département des finances révoqua le Conseil de fondation et chargea le Conseil communal de désigner un curateur. Il fut désigné en la personne de la Banque cantonale en application de l'article 394 CC. Les recours au Conseil d'Etat et de droit administratif formés par un Conseil de fondation furent rejetés.

Au regard de l'article 84 al. 1 CC le but de la Fondation relève soit de la Confédération, soit du Canton, soit enfin de la Commune. Qu'en est-il si le but déborde le territoire communal sans qu'on puisse dire pour é tant qu'il relève du Canton?

Les travaux des Chambres ne donnent pas une solution bien tranchée. Pour Eugène Huber la Fondation relèverait de la Commune. Mais il a été soutenu aussi que les cantons "pouvaient organiser la surveillance à leur gré et la confier au Conseil d'Etat ou à une autre autorité" (considérant 3 littéra b).

Eugène Huber s'est repris dans un avis de droit du 13 janvier 1921 pour dire qu'il faut considérer le cas particulier et le but poursuivi. De la sorte on pourrait déterminer la Corporation publique qui exercerait la surveillance. Une circulaire du Département fédéral de l'intérieur a émis une opinion semblable le 17 mars 1921. Enfin le même Département fédéral de l'intérieur soutient en 1953 qu'il faut voir si le but a un lien avec le droit public de la Confédération, du Canton ou de la Commune. Dans le doute la surveillance serait attribuée à la Corporation la plus restreinte, *in casu* la Commune. Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt 56 I 1931 p 606, observe que, d'une part, "Les destinataires de ces fondations se recrutent le plus souvent non seulement dans la commune dans laquelle l'entreprise a son siège et exerce son activité, mais aussi dans diverses communes des environs". D'autre

part, observe le Tribunal fédéral, "Il faut cependant que la surveillance soit exercée par une seule autorité." (Considérant 3, littéra c.)

L'article 84 CC n'a envisagé que des fondations qui relèvent d'une seule Corporation publique et "a renoncé à établir une réglementation pour le cas où des fondations relèvent de plusieurs communes" (dans le même considérant). De cet arrêt, le Tribunal fédéral en arrive à déclarer que les Cantons sont libres de désigner une autorité à l'intérieur du Canton. Au moment de la naissance de l'article 84 CC, les fondations de ce type étaient très peu courantes, le plus souvent les travailleurs habitaient au lieu du travail. Il présente à l'heure actuelle une lacune s'agissant d'une fondation qui relève de plusieurs communes. En conséquence le Canton attribuera la surveillance à "une autorité cantonale ou de district et non à la Commune dans laquelle l'entreprise fondatrice ou la fondation a son siège." On observe que de l'attribution de la surveillance à la Commune, cas particulier, on a opéré par induction en l'étendant au district ou au canton. C'était une lacune par défaut, la lacune par excès se reconnaîtra dans l'espace suivante: ATF 108 Ib 430: *Patite vallée du Jura, Dappes demeure l'objet de contestation entre la France et la Suisse. Aux termes d'un Traité du 8 décembre 1862* ⁹³ *la Suisse cède Dappes à la France en échange d'une portion de territoire de contenance égale dans l'Etat de Vaud. Les habitants impliqués dans le Vaud resteront Suisses à moins d'une déclaration contraire. Ils pourront garder leurs domiciles et établissements sur le territoire suisse. Ils pourront exploiter les bois cédés et enlever les produits; la même faculté s'applique aux fains. Le bande cédée à la Suisse se compose essentiellement de pâturages et de forêts et l'on ne peut y accéder que par la route et les chemins venant de France. La plupart des terrains de ce secteur appartiennent au moment du litige à des ressortissants Français. Jean-Louis Morel, lunetier de profession, est domicilié dans le Département du Jura en France. Il introduit une requête en 1980 pour obtenir deux parcelles de ressortissantes Françaises. Ces parcelles sont sises dans le canton de Vaud. Il allègue à l'appui de sa demande qu'il veut des immeubles en Suisse, mais qui avaient appartenu, il y a un siècle, à la France. En souvenir du Traité, le commissionnaire a accordé en août 1980 une autorisation sans aucune charge à l'acquéreur. L'office fédéral de la Justice a formé un recours sans succès, ensuite un recours de droit administratif au Tribunal fédéral qui l'a rejeté.*

Le Tribunal fédéral examine d'abord les conditions d'acquisition de l'AFAIE, ensuite il tient compte de la situation exceptionnelle des immeubles litigieux⁹⁴. En troisième lieu, il envisage le caractère imprévisible de l'AFAIE lors de la conclusion du Traité.

A teneur de l'article premier de l'Arrêté, l'acquisition d'immeubles par une personne domiciliée à l'étranger est soumise à l'autorisation de l'autorité compétente à moins de se prévaloir des exceptions de l'article 5 AFAIE.

Jean-Louis Morel e, par représentation, adressé une requête à l'autorité compétente. L'autorisation est en général accordée si le requérant justifie d'un intérêt légitime de l'article 6 el. 1 de l'AFAIE. Les cas de l'intérêt légitime sont énumérés exhaustivement dans l'alinéa deux.

Les conditions ne sont pas réalisées en l'espèce et, par surcroît, le requérant demande l'acquisition de deux immeubles situés dans deux communes différentes. Qui plus est, la superficie des terrains est au-delà de la surface admissible selon l'article 12a el. 2 de l'OFAIE. Jean-Louis Morel ne remplit pas les conditions et

⁹³En vigueur depuis le 20 février 1863, RS O. 132.349.24.

⁹⁴Du 23 mars 1861, puis revu en: 1965, 1970, 1977, 1982 pour devenir la LFAIE du 16 décembre 1983.

c'est à tort que l'autorité compétente e accordé l'autorisation. Néanmoins la situation des immeubles sollicités revêt un caractère exceptionnel. En effet, le Préambule révèle que le but du Traité était de mettre une sourdine aux dissensions élevées entre la France et la Suisse depuis 1815. En second lieu, excepté quelques chalets isolés, la région constitue un terrain presque inhabité. En troisième lieu, la région n'est accessible que par le territoire français de sorte que les personnes domiciliées en Suisse se désintéressent de l'achat de ces pâturages et forêts. Et enfin la presque totalité des terres cédées est la propriété de Français, domiciliés en France (509 sur 531 propriétés et 4% de population suisse possédant 7,5% des terres). De cette manière, visiblement le territoire cédé n'est pas intégré à la Suisse d'autant plus que la majorité des propriétaires regrettent l'abandon de la souveraineté française.

Le Traité ne contient aucune clause relative au transfert de propriété. Cette absence est tributaire du fait qu'en 1862 personne ne s'attendait à l'arrivée impetive de l'AFAIE et que, pour l'époque, en Suisse comme en France, la libre disposition constituait le meilleur apanage du droit de propriété. Si donc l'AFAIE avait existé en 1862, les terres cédées auraient été soumises à un droit de transfert particulier. Et le Tribunal fédéral de constater que le législateur de 1960 a perdu de vue *"la situation particulière de ces immeubles"* devenus suisses contre le gré des propriétaires (Considérant 3, littera b). Il y a par conséquent une lacune. Le juge la comblera, matériellement, par la *ratio legis* du Traité et celle de l'AFAIE; formellement il adoptera une clause restrictive qui prendra place parmi les exceptions non assujétives à l'autorisation.

Le but de l'AFAIE consiste dans une autorisation ensuite d'un intérêt légitime. Ce dernier est admis lorsque l'acquisition ne favorise pas l'accaparement du sol national, ne s'oppose pas à l'aménagement du territoire et ne contribue pas au renchérissement du prix des immeubles. Pour le Traité, l'intérêt légitime est justifié par un motif relatif à la famille ou à la proximité géographique. Or Jean-Louis Morel a une résidence secondaire dans la région, son frère aîné y est propriétaire d'une maison de famille où viennent séjourner ses autres frères et sœurs (Considérant 2 littera b). Il se prévaut donc d'attaches substantielles.

Il faudra alors prononcer dans le sens que toute personne domiciliée à l'étranger ne peut acquérir des immeubles en Suisse qu'aux conditions de l'AFAIE, sauf en cas du Traité de 1862 où le requérant n'aurait à prouver que ses attaches avec la région, qu'elles soient familiales ou simplement géographiques. La règle générale est donc l'AFAIE et la restriction une espèce relevant du Traité. *De lege ferenda* cette restriction s'insérerait dans la législation à côté des autres exceptions énumérées par l'article 5 AFAIE. Et maintenant sous l'empire de l'AFAIE, l'espèce pourrait relever de l'article 9 al. 1 littera c: *"Les cantons peuvent disposer, par la voie législative, que l'autorisation est accordée lorsque l'immeuble sert de résidence secondaire à une personne physique dans un lieu avec lequel elle entretient des relations étroites et dignes d'être protégées, tant que celles-ci subsistent."*

4. 2. 3. Des variantes terminologiques

Nos auteurs ne présentent pas de terminologie uniforme. Meier-Hayoz se distingue comme le plus disert sur le sujet. L'Ecole de la nouvelle Rhétorique recourt à des concepts d'un abord fort ardu. Nous les citons pour mémoire. Dans ce paragraphe nous allons du simple au plus complexe.

4. 2. 3. 1. Burckhardt et Du Pasquier

W. Burckhardt dans *Methode und System des Rechts* utilise la division en "véritables lacunes" et en "lacunes non véritables"⁹⁵ et, avec tort, à notre avis, il assimile l'antinomie à la lacune.⁹⁶ Il englobe, comme pour conclure, tout le phénomène des lacunes dans un tout qu'il appelle, avec raison, une faute ou un défaut logique.⁹⁷

Dans *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse*,⁹⁹ CL. Du Pasquier les classe en "lacunes proprement dites" et en "insuffisance de réglementation légale".⁹⁹ Probablement en raison de son ancienneté, ce texte ne brille pas par sa clarté. Par contre dans *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er CC de 1951*, la même classification offre un regain de limpidité. Il emprunte la terminologie à Burckhardt dans son ouvrage *Die Lücken des Gestzas und Gesetzesauslegung*.

Les lacunes proprement dites recouvrent les lacunes *praeter legem* en général et la seconde catégorie recouvre ce que nous avons appelé les défauts de la loi. Dans *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse*, les lacunes proprement dites recouvraient les *praeter legem* ouvertes, les insuffisances par réglementation légale incluaient les *praeter legem* occultes puisqu'il rapporte une espèce du mandat gratuit complétée avec l'analogie de l'article 422 CO.

4. 2. 3. 2. Meier-Hayoz

Il a dans son arsenal une terminologie très variée: *lacunes formelles et matérielles*, lacunes "seulement formelles" et "lacunes seulement matérielles" et une troisième catégorie qui est un combiné des deux précédentes: lacunes "formelles-matérielles". Comme les autres il utilise aussi les expressions "lacunes véritables" et "lacunes non véritables" et enfin les lacunes "intra et praeter legem", et pour finir dans ce qu'il dénomme "andere Lücken", "Totallücken" mérite quelque réflexion.

Se lacune est "formelle" lorsque la loi ne donne pas de solution.¹⁰⁰ Il en est ainsi, par exemple en cas d'absence de loi. Elle est "matérielle" lorsqu'à un état de fait donné ne correspond pas une norme qui peut être appliquée: l'opération de subsomption (qui consiste à élever un état de fait à la hauteur d'une norme applicable) n'a pas lieu, justement parce qu'il y a absence d'une règle de fond.¹⁰¹ Elle est "seulement formelle" lorsqu'il y a une règle de fond, mais qu'une règle de procédure fait défaut. Elle est dite "seulement matérielle"¹⁰² lorsqu'il existe une règle de fond, mais qui n'est pas accompagnée d'une règle de procédure. Elle est

⁹⁵ BURCKHARDT, W., *Methode und System des Rechts*, pp. 60 et 61.

⁹⁶ BURCKHARDT, W., *Op. cit.*, p. 259: "hier hat das Gesetz auf eine Frage zwei verschiedene Antworten gegeben, während doch nur eine befolgt werden kann...".

⁹⁷ Ibidem: "Oort hat es zu viel, hier zu wenig gesagt. Das eine wie das andere ist ein logischer Fehler".

⁹⁸ Dans "Modernisme et jurisprudence suisse", pp. 220 et 222, et dans "Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er CCS", p. 19 et ss.

⁹⁹ Dans "Modernisme et jurisprudence suisse", pp. 220 et 222, et dans "Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er CCS", p. 19 et ss.

¹⁰⁰ MEIER-HAYOZ, A., "Der Richter als Gesetzgeber", p. 60: "Der formelle Lückenbereich umfasst desjenige Gebiet, das nicht durch Wortlaut des Gesetzes gedeckt ist".

¹⁰¹ Ibidem: "Zum materialen Lückenbereich gehören diejenigen Fälle, welche nicht unter des ausgelegte Gesetz subsumierbar sind".

¹⁰² Idem, p. 62: "nur-formelle Lücken, nur-materielle Lücken".

"formelle-matérielle" dans l'hypothèse d'une lacune complète: non seulement il n'y a pas de règle de procédure, mais encore il n'est pas prévu une règle de fond. Le cas se produit dans des domaines qui ne sont pas couverts par la législation.

La terminologie de "*lacunas véritables*" et "*non véritables*"¹⁰³ correspond respectivement, dans notre texte, aux lacunes proprement dites et improprement dites. Meier-Hayoz utilise aussi les expressions de "*lacunes voulues*" et de "*lacunes non voulues*".¹⁰⁴ La *lacune voulue* correspond à la nôtre dans le texte, les non voulues comprendraient la reste des lacunes.

Entin il emploie l'expression de "*lacunes totales*" qui correspondraient aux théories de l'espace juridique vide, le fameux espace de liberté.

Lorsqu'on veut ramener cette terminologie à un dénominateur commun, on laisse de côté les expressions comme lacunes voulues et non voulues, formelles et matérielles, etc. et il reste en fin de compte les lacunes proprement dites et les lacunes improprement dites.

4. 2. 3. 3. La doctrine de la nouvelle Rhétorique

Nous nous contentons de les citer brièvement. Voici la classification qu'en donne A.G. CONTE.¹⁰⁵ Elle amena jusqu'aux confins de la métaphysique. Il y a d'abord les *lacunes déontiques* et les *lacunas ontologiques*. Les premières se subdivisent en *déontiques idéologiques* et *déontiques téléologiques*. Les secondes se classent en lacunas ontologiques critiques et ontologiques diacritiques. Dans les lacunes *déontologiques idéologiques*, la disposition juridique ne correspond pas à ce qui doit être, le *Soilan* ou *to deon* en grec, d'une part. D'autre part elle peut ne pas correspondre à ce qui est, le *Sein* ou *to on*. Elles ne correspondent pas à ce qui devrait être par rapport à un idéal, à une idéologie de l'ordre juridique. Elles offensent pour ainsi dire la *Rechtsidea*. Les lacunes idéologiques téléologiques supposent qu'il existe une règle, mais qui n'est pas assortie de sanction. La norme, pourtant existante, est dépourvue d'efficacité, elle correspond à la notion romaine de *lax imparfacta*. La règle indique le but visé, *to telos*, mais elle n'amène pas les moyens de l'atteindra. Les lacunes *ontologiques critiques* exposent à une impossibilité d'évaluation d'un comportement que la norme prescrit (*krisis*). Ainsi lors d'une antinomie, s'il n'y pas impossibilité d'évaluation, il y a à tout le moins perplexité, d'où la nécessité de lever les antinomies. Les lacunes *ontologiques diacritiques* empêcheraient de prendre une décision (*diakrisis*). C'est l'hypothèse où il faut juger en l'absence de norme: Faut-il décider que le cas à juger ressort à l'espèce de la liberté ou de ce qui est permis? Ou faut-il juger, alléguant les innovations techniques, par exemple?

B. DETERMINATION D'UNE LACUNE DE LA LOI

Dans les exploits ou mémoires, le litige opposant les parties contient un état de fait et, si possible, des dispositions légales invoquées. Ces dernières ne sont même pas nécessaires, car le juge sait les dispositions applicables à l'espèce en vertu de l'adage *Curia novit jura*. On imagine difficilement le contraire, sinon il ne serait pas à sa place, sauf dans l'hypothèse où il trancherait, à titre d'arbitraire, un cas donc les parties le chargerait de juger en équité.

¹⁰³ MEIER-HAYOZ, A., SGZ, p. 153, no 293: "*Echte und unechte Lücken*".

¹⁰⁴ Idem, p. 151, no 283.

¹⁰⁵ CONTE, A. G. . Décision, complétude, clôture, in Le problème des lacunes, en droit, p. 67 et ss.

La toute première activité du juge consiste dans l'interprétation du texte légal. Convient-il à l'état de fait allégué par les parties? Il l'applique alors immédiatement. Ici pour son bonheur l'interprétation aura été très rapide.

Mais il arrive qu'il doive interpréter le texte plus laborieusement et aboutir à déclarer qu'il n'y a pas de texte applicable, qu'il est incomplet ou qu'il serait à élargir ou au contraire à restreindre. Ces considérations sont déclaratoires de lacunes. C'est que le législateur ne saurait tout prévoir d'une part et, d'autre part, les changements (surtout techniques) connaissent de nos jours une accélération vertigineuse et les révisions n'interviennent que quand on croit maîtriser le nouveau domaine. Songeons, pour nous en convaincre, aux preuves par expertises médicales, songeons aux manipulations génétiques!

Si par bonheur le juge trouvait une coutume, cas très rare, elle fonctionnerait comme seconde source du droit. Si n'y en a pas, il n'a plus d'autre choix que celui de créer une norme prétorienne. Elle constituera un cas particulier é l'espèce, mais elle peut être destinée à former une coutume jurisprudentielle.

C. CONCLUSION

Les lacunes se présentent essentiellement comme complètes ou partielles. Elles peuvent consister aussi dans la manière de formuler la loi: il manque alors une restriction ou une extension du texte légal. C'est le domaine des lacunes *praeter legem* ouvertes ou occultes. Les *intra legem* ne revêtent pas une importance singulière, étant donné que la loi renvoie à la solution, mis à part le cas particulier de l'article 4 CC.

L'espace de liberté est très relatif en matière civile. Il existe relativement à la déclaration de lacune: tant qu'elle n'est pas déclarée, l'espace libre existe, mais dès sa découverte l'espace libre recule proportionnellement.

Les antinomies se résolvent par le recours à la règle spéciale ou à la règle postérieure. Quant au domaine extra juridique, il demeure libre à moins d'une législation extraordinaire. Bien entendu les parties peuvent conclure des contrats empiétant sur son domaine. Il est alors restitué au droit par le truchement du contrat, c'est-à-dire par la seule volonté des parties.

Quant aux lacunes elles-mêmes, leur terminologie est fort vaste, mais elle se ramène à l'essentiel en pratiquant deux divisions: 1) Les lacunes improprement dites qui n'ont qu'à attendre la révision si tant est qu'elles souffrent de leur statut. 2) Les lacunes proprement dites qui sont classées pour l'essentiel en deux subdivisions à savoir les *praeter legem* ouvertes et surtout les *praeter legem* occultes qui risquent fort de passer inaperçues.

CHAPITRE III L'ADMISSION ET LA NEGATION DES LACUNES

A. ADMISSION DES LACUNES

I. DROIT DES PERSONNES

1. L'arrêt 73 II 65, JdT 1948, p. 11

1. 1. Les faits

Il se constitue à Bâle-Ville une association de Maîtres coiffeurs. L'article 6 de ses statuts interdit d'engager un employé coiffeur qui aurait travaillé dans les six mois chez un collègue, dans un rayon de 5000 mètres. L'association suisse des Garçons coiffeurs, par sa section de Bâle, attaque cet article des statuts.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Al. 1: *"Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser."*

Al. 2: *"Une action en dommages-intérêts ou un paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi."*

1. 3. L'interprétation suivie

L'association est-elle atteinte dans ses intérêts personnels? L'article 6 des statuts est-il illicite et par conséquent nul?

Certes l'association a qualité pour agir en son propre nom pour sauvegarder ses intérêts personnels (art. 54 CC). Mais a-t-elle encore cette qualité pour agir au nom et pour défendre les intérêts de ses membres?

Le Tribunal fédéral commence par opérer une distinction entre le dommage direct et le dommage indirect. En l'espace, tel Garçon coiffeur qui se verrait appliquer les statuts des Maîtres subirait un dommage direct, tandis que son association essuierait un dommage indirect. Faut-il alors étendre l'action à la victime d'un dommage indirect? Ni le texte de la loi ni son interprétation ne permet de l'affirmer. On se trouve alors en présence d'une lacune de la loi.

La haute Cour se penche sur des cas semblables. Ainsi en droit public, elle a reconnu la qualité pour agir à une association professionnelle. Tel fut le cas en juin 1928 dans l'ATF 54 I 143, JdT 1928, p. 82, confirmé dans l'arrêt 72 I 97 du 15 avril 1946.

La Cour suprême s'oriente vers des espèces proprement civiles. En matière de brevet, cette qualité a été reconnue à une association professionnelle. Il s'agissait d'une action en nullité de brevet dans l'arrêt 66 II 62, JdT 1940, p. 313 du 28 février 1940.

La jurisprudence l'admet également dans le domaine de la concurrence déloyale sur la base de l'article 2 et 2 de la LCD aux associations professionnelles et économiques. Cette reconnaissance est soumise à trois conditions: 1. Il doit s'agir d'associations professionnelles économiques. 2. Leurs statuts doivent les autoriser à défendre leurs membres. 3. Les membres doivent eux-mêmes avoir qualité pour exercer une telle action (JdT 1948, p. 15). Faut-il alors accorder le même droit d'action quand il s'agit d'intérêts personnels des membres? Pour cela, il faut, au préalable, examiner le but et surtout l'importance des associations.

Leur but consiste à rassembler les membres pour défendre leurs intérêts en commun grâce à la force du nombre. Quant à leur importance, elles font suite aux corporations du Moyen-âge, acquièrent une importance à l'heure industrielle au point de constituer aujourd'hui un facteur essentiel dans la vie sociale et économique.

Elle est attestée par les contrats-types et les conventions collectives de l'article 322 CO tels qu'ils sont définis respectivement aux articles 359 et 356 CO. Au regard de ces dispositions, il appert que ces associations sont parties au contrat, "établissent en commun des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs intéressés" (art. 356 al. 1 CO), dans le contrat-type, elles sont consultées: "en outre l'autorité prend l'avis des associations professionnelles" (art. 359 al. 2 CO in fine).

Les associations professionnelles jouissent donc d'une importance telle que les conventions collectives acquièrent un caractère obligatoire général à la demande des parties. Et, justement, pour l'espèce présente relative à la profession des coiffeurs, un contrat collectif a été déclaré de force obligatoire générale le 12 mars 1943.

Compte tenu de leur but et surtout de leur importance actuelle, il se justifie de les considérer comme des "représentants qualifiés des intérêts communs de tous ceux qui appartiennent à une certaine profession ou à une certaine branche d'industrie." (JdT 1948, considérant 2, p. 17) Et ce, d'autant plus qu'il s'ajoute les considérations suivantes: 1) De telles associations défendent un intérêt collectif supérieur à l'intérêt d'un membre ou de quelques-uns. 2) Par extension, elles défendent l'intérêt de tous ceux qui exercent la profession sans être affiliés à la même association. 3) Recevable, l'action des associations contribuera, à l'avenir, à donner une solution claire pour tous les problèmes relatifs au droit du travail. 4) Sous le rapport financier, les frais et dépens constituent une charge plus lourde pour un membre que pour l'association. 5) Pour le surplus, le Tribunal fédéral ajoute que, psychologiquement, un membre s'abstiendrait de conduire un tel procès pour le seul fait de ne pas s'attirer des ennuis. Pour tous ces motifs, conclut la haute Cour, c'est dans "la ligne de l'évolution du droit d'accorder aux associations un droit indépendant d'agir en justice." La Cour suprême a considéré le but visé par l'association et l'importance des associations dans la vie économique actuelle beaucoup plus que les distinctions entre intérêts matériels et intérêts personnels.

La seconde question a trait à l'illicéité de l'article 6 des statuts qui entraîne la nullité. L'illicéité est reconnue ainsi que la nullité de la disposition statutaire. A l'ordinaire, la qualité pour agir appartient à celui qui a intérêt. Dans cette espèce à celui qui subit un dommage.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale conduit le Tribunal fédéral à dégager trois notions de dommages: 1) le dommage direct, 2) le dommage indirect et 3) le dommage futur par opposition au dommage actuel. Ensuite par une interprétation extensive, il confère le droit d'action à toute victime de dommage, actuel ou futur, en l'occurrence à l'association des Garçons coiffeurs.

Abordant l'illicéité, la Cour suprême a examiné la but visé par les associations: c'est une interprétation téléologique car, selon A. Grisel, "téléologique désigne ce

*qui se rapporte au but.*¹⁰⁶ La lacune découverte, le Tribunal fédéral a alors procédé au comblement par analogie avec la jurisprudence sur l'article 2 al. 2 de LCD, en tenant compte de l'évolution du droit dans le domaine des associations. Cette évolution du droit est une interprétation objective ou contemporaine ou encore évolutive. Ces trois termes sont équivalents.

1. 5. La pratique antérieure

S'agissant des titulaires du droit d'action, la haute Cour rencontre le cas pour la première fois. Sous cet angle, cet arrêt ne connaît donc pas de précédent.

2. L'arrêt 75 I 33 du 27 octobre 1949, JdT 1950, p. 229

2. 1. Les faits

En 1947, un avion s'abîme dans les Andes chiliennes. Un rapport établi en décembre fait croire que tout l'équipage a péri. Le Zurichois Harold P. se trouvait à son bord. Ses parents requièrent, en 1949, la déclaration de son décès selon l'article 34 CC.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'interprétation porte sur les articles 34, 49, CC et 89 de l'*Ordonnance sur le service de l'état civil* du 18 mai 1928. Les expressions de "*mort certaine et incertaine*" et le problème de compétence vont occuper le Tribunal fédéral.

2. 3. L'interprétation suivie

Le droit suisse est applicable à l'espèce. Comme l'article 34 C, l'article 49 s'applique à toutes les disparitions, qu'elles aient eu lieu en Suisse ou à l'étranger. Il faut et il suffit que la mort paraisse certaine. Dès lors deux solutions sont à envisager: Ou bien la mort est certaine ou bien elle ne l'est pas. Il en découle naturellement deux procédures différentes:

2. 3. 1. La mort survenue en Suisse ou à l'étranger est certaine

Pour rendre compte de la notion de certitude, nous prenons l'hypothèse d'un incendie. Une personne disparaît dans une maison consumée par le feu. Il n'est pas du tout question qu'elle ait pu s'échapper, car elle habitait au vingtième étage! Il n'y avait sur les lieux ni cardages ni matelas pneumatiques! Bien qu'on n'ait pas vu le cadavre, la mort paraît certaine. Dans de telles circonstances, le décès est tenu pour avéré et l'inscription a lieu "par ordre de l'autorité de surveillance" selon l'expression de l'article 90 de l'OEC portant note marginale "*inscription*".

2. 3. 2. La mort survenue en Suisse ou à l'étranger est incertaine

Prenons un autre exemple, et cette fois non sur terre, mais sur mer. Du côté de l'océan les éléments se déchainent! Dans une tempête de courte durée, un bateau est englouti dans les flots. Adieu l'équipage! Dans cette hypothèse, selon toute

¹⁰⁶GRAISEL, A. . *Traité de droit administratif*. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1984, p. 135

vraisemblance, les gens qui étaient à bord sont noyés. Mais il y avait aussi à bord un nombre indéterminé de gilets de sauvetage et même, de surcroît, l'on se trouvait à proximité d'une île. Il n'est pas téméraire de penser qu'un bon nageur, muni d'un gilet, ait pu se sauver et accoster à l'île providentielle. Dans de tels cas, le doute pèse sur toute la catastrophe, et il n'est pas absolument exclu qu'il y ait des survivants. Il n'y a alors qu'à attendre la preuve dans l'écoulement du temps. Dans un tel cas, l'inscription du décès se fera selon l'article 90 de l'Ordonnance "aux termes de la constatation par le juge". En d'autres termes, tout intéressé saisira le juge. Celui-ci engagera la procédure de déclaration d'absence des articles 35 CC et suivants. L'absence déclarée, l'inscription a alors lieu et les droits des successibles sont ouverts à l'instar d'un décès, sauf à réserver des sûretés.

2. 3. 3. Application au cas Harold

Est-on sous l'empire de la certitude ou bien le doute continue-t-il à peser sur toute la disparition? Le doute est bel et bien permis. En effet, d'après l'expérience et le cours normal de choses, il est des cas où il y a des survivants dans un accident d'avion. On peut fort bien se servir d'un parachute ou se sauver juste au moment où le fau antama l'appareil. Sans être légion, de tels cas n'en sont pas moins monnaie courante sur les écrans de cinéma. Harold P. pourrait se trouver dans ces circonstances. Il faut admettre par conséquent que la mort n'est pas certaine et se rabattre sur la procédure de déclaration d'absence selon les articles 35 CC et suivants.

Le rapport établi, en décembre, a beau inciter à l'admission de la mort, celle-ci reste, tout compte fait, non prouvée. Elle reste "hautement vraisemblable." L'appareil n'a pas laissé de traces et aucune personne qui se trouvait à bord "n'a donné signe de vie dans la suite". Le Tribunal fédéral conclut, en effet: "D'autres possibilités, si lointaines fussent-elles, ne sont pas inimaginables". (JdT 1950, consid. 3b, p. 235).

2. 3. 4. Le problème de la lacune

C'est par l'interprétation de l'article 49 CC que le Tribunal fédéral en est arrivé à déclarer la lacune de l'article 89 OEC. L'article 49 al. 1 s'applique même aux disparitions survenues en territoire étranger. L'article 89 de l'OEC ne réglemente que l'inscription de la mort survenue en Suisse. Quid de celle survenue à l'étranger? la loi renferme donc une lacune. Elle est comblée par l'analogie avec l'article 89 al. 2 et 3 de l'OEC. Il s'agit de déterminer l'autorité de surveillance qui doit ordonner l'inscription. L'autorité désigne par la même occasion l'office de l'état civil où l'inscription doit avoir lieu. Ce sera, par cascade, les autorités du dernier domicile en Suisse, à défaut, les autorités de surveillance du canton où la disparition a été établie. A défaut encore, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un Suisse qui n'a pas encore habité le pays, la compétence appartient aux autorités du canton d'origine. Cette inscription du décès entraîne l'inscription aux registres des familles selon l'article 117 de l'OEC.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

Le Tribunal fédéral avait à fixer la notion de "mort certaine". Elle est certaine quand on a vu le cadavre ou quand on ne peut nourrir aucun doute sur la mort de la persona concernée. Dans l'hypothèse contraire, la mort est incertaine. Cette

interprétation est littérale. Le haute Cour avait eussi à établir le compétence pour l'inscription d'une personne décédée à l'étranger. Puisque l'article 89 de l'OEC s'applique à l'inscription d'une mort certaine, on applique le même article aux décès survenus à l'étranger. Le fait déterminant étant la certitude, on applique l'article à tous les cas certains. C'est une interprétation e peri ou par analogie, "elle applique le règle à un état de fait qu'elle ne vise pas expressément, mais qui est semblable à celui qu'elle énonce".¹⁰⁷ C'est en même temps une interprétation extensive.

2. 5. La pratique entérieure

Dens une espèce entérieure, 56 I 546, Dame Meyer, divorcée, Zurichoise eussi, disparaît le 19 mars 1928, peu eprès le sortie du port de Bengkok, eu Siam, passagère sur un navire allemand. Le carnet de bord du capitaine conclut au suicide. La description de l'événement laisse entendre que Dame Meyer s'est jetée à la mer par le fenêtre de sa cabine trouvée ouverte. La Légation suisse à Berlin, se fondant sur le carnet, inscrit le décès au registre. S'y fiant à son tour, la commune d'origine de Schwenden en Glaris porte l'inscription de Dame Meyer au registre des décès. Sur plainte, l'autorité inférieure de surveillance, ordonne la radiation en août 1928. Per la suite, l'autorité supérieure ordonne la réinscription, se basent sur l'extrait du journal de bord et les indices de l'article 49 CC, en septembre 1930. Le curateur désigné à l'absence Dame Meyer e interjeté un recours de droit administratif tendant à la radiation. Il s'appuie sur une expertise médicale d'un professeur de Zurich. Le recours fut admis.

Il n'y a que l'autorité supérieure de surveillance qui est investie de le compétence pour ordonner l'inscription. En l'espèce l'inscription à Schwanden est nulle, feute d'être ordonnée per l'autorité compétente. Quand au fond, on examine 1) la mention au journal de bord et 2) les circonstances de fait.

S'agissent de 1) de la mention au journal de bord, on sait, d'une part, qu'en droit allemand, les inscriptions au tableau de bord valent inscription officielle lorsqu'elles concernent l'état civil. D'autre part, les actes d'état civil étrangers eurent force probatoire en Suisse, d'après les propos du Département fédéral de Justice et Police. Celui-ci invoque l'article 117 al. 2 de l'Ordonnance sur l'état civil. Par voie de conséquence, les faits attestés par de tels actes passeraient sans autre dans les registres suisses.

2) S'agissant des faits, le Tribunal fédéral considère la mention au journal comme un simple fait qui s'ajoute aux autres indices des articles 34 et 49 CC. Dès lors, c'est aux autorités suisses de décider si elles admettent ou non le décès.

La haute Cour s'emploie alors à merquer la distinction entre le décès et le déclaration d'absence. Il y a décès lorsque la disparition d'une personne ne peut trouver d'autre issue que le mort. Il en est ainsi si une telle personne est emportée dans une avalanche sans autre moyen de sauvetage. Dans une telle hypothèse, le mort est tenue pour certaine et l'inscription du décès a lieu sur ordre de l'autorité de surveillance. Des circonstances qui laissent planer le doute emportent le présomption d'absence de décès. En l'espèce, Dame Meyer, réputée excellente nageuse, a pu gagner un autre bateau ou accoster sur une île. Le procédure de déclaration d'absence doit donc être engagée. A son terme, elle sera inscrite "sur la base du jugement au registre des décès du lieu d'origine de l'absent" (art. 91 OEC). Est-elle révoquée par le juge? Sur la base de sa communication, elle fere l'objet

¹⁰⁷GRISEL, A., Op. cit. p. 139

d'une mention en marge de l'absence, suivie de la radiation de celle-ci. Elle a les mêmes effets que le décès, sauf à réserver la prestation de sûretés avant l'envoi en possession provisoire. La matière est gouvernée par les articles 546 CC en relation avec les articles 938 à 940 CC. Depuis l'arrêt Meyer, la Cour suprême maintient donc sa jurisprudence.

3. L'arrêt 105 II 321 du 29 novembre 1979, JdT 1981, p. 99

3. 1. Les faits

Il est constitué un Fonds de prévoyance en faveur du personnel de l'entreprise X. SA. Son inscription au Registre du commerce porte la mention de l'autorité de surveillance au nom de la personne du Conseil communal Y.

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 84 al. 1 CC a cette teneur: *"Les fondations sont placées sous la surveillance de la Corporation publique (Confédération, Canton, Commune) dont elles relèvent par leur but"*.

3. 3. L'interprétation suivie

Prima facie l'article 84 al. 1 ne souffre pas de dérogation. Il faut alors affiner l'interprétation. Les travaux préparatoires n'apportent pas une solution bien tranchée.

Dans la doctrine il s'est fait jour une opinion selon laquelle le canton pourrait y déroger et attribuer la surveillance au Conseil d'Etat ou à une autre autorité.

En janvier 1921, dans un avis de droit, Eugène Huber précise qu'il faut déterminer, dans un cas d'espèce, le but social poursuivi par la fondation, ensuite déterminer la corporation publique dont les buts s'inscrivent dans le même sens que la fondation. C'est la corporation publique dont la fondation relève par son but qui aura l'attribution de la surveillance.

Dans une circulaire du 17 mars 1921, le Département fédéral de l'intérieur tient cette déclaration: Est compétente pour exercer la surveillance la corporation publique qui serait appelée à intervenir au cas où la fondation n'atteignait pas son but ou si elle n'existait pas. Ledit Département abonde dans la sens d'Eugène Huber. En décembre 1934, l'Office fédéral des assurances sociales émet à son tour cet avis: il appartient au canton de désigner l'autorité investie de la surveillance des fondations. En mars 1952, le Département fédéral de l'intérieur n'est pas en reste et tient un langage semblable, mais pour varier de discours un peu plus tard, en février 1953: C'est la nature du but de la fondation qui doit guider la désignation de l'autorité de surveillance. Le lien de ce but avec le droit public de la Confédération, du Canton ou de la Commune doit servir de critère de décision. Et, si contra toute attente, l'examen attentif du but ne donne pas de solution, il faut alors s'en tenir à la corporation publique la plus restreinte, en l'occurrence la Commune. De cette manière les cantons ne seraient donc pas autorisés sans être à déroger à l'article 84 al. 1 CC

Dans l'espèce présente, la fondation est dotée d'un fonds de prévoyance en faveur du personnel. Les destinataires habitent au siège de l'entreprise, mais aussi dans diverses communes avoisinantes. A quelle commune attribuer la surveillance, attendu qu'il y en a plusieurs et qu'il est bon, pour une meilleure administration,

d'opter pour le principe de l'unité de la surveillance? C'est plus aisé et plus utile d'attribuer la compétence à une seule commune plutôt qu'à un jeu complexe de plusieurs communes.

Revenant précisément à l'article 84 al. 1 CC, le Tribunal fédéral observe: le législateur n'a réglé que l'hypothèse des fondations qui relèvent d'une seule corporation publique. C'est avec raison car, à l'époque, les fondations de ce genre étaient peu connues et les travailleurs habitaient à proximité de leur lieu de travail. Aujourd'hui que les temps ont changé, il se trouve des travailleurs venant d'autres communes. De la sorte l'article 84 al. 1 CC présente une lacune par rapport aux fondations qui, par leur but, relèvent de plusieurs communes à la fois. Au lieu de la corporation publique la plus restreinte, la haute Cour opte pour la corporation la plus étendue.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

La démarche suivie se révèle être l'interprétation littérale de l'article 84 al. 1 CC qui passe par l'interprétation objective, celle qui enregistre les changements survenus dans la vie sociale. Elle se complète par l'interprétation extensive, celle qui recourt au procédé de l'induction.

3. 5. La pratique entérière

Dans l'arrêt 56 I 377, très résumé au JdT 1931, p. 606, la surveillance de la fondation peut être confiée *"soit à l'Etat fédéral, soit à l'Etat cantonal, soit à la Commune à laquelle la fondation est plus fortement attachée"*.

Et dans l'arrêt 72 I 52, JdT 1946, p. 604, voici une association professionnelle suisse pour fournir des secours. Son activité est intercantonale puisque ses services sont offerts, en principe, à tous les cantons. La surveillance de ce genre de fondation appartient à la Confédération. Ce n'est donc pas le lieu du siège de la fondation qui est déterminant pour désigner l'autorité de surveillance, mais bien la sphère territoriale de son activité. Il est entendu que l'activité représente la manifestation active du but. Les frontières du but en relation avec les destinataires déterminent l'autorité de surveillance. Ce point de vue est confirmé dans l'arrêt 100 Ib 132, dans son considérant 4, à la page 136.¹⁰⁸ La jurisprudence est donc constante autour de l'article 84 al. 1 CC.

4. L'arrêt 106 II 236 du 12 juin 1980

4. 1. Les faits

Un Anglais, marié, domicilié à Londres, cohabite avec une Tessinoise à Genève. De leurs oeuvres naît Stuart Marshall, déclaré à l'état civil, trois jours après la naissance, à Londres. Il a la nationalité britannique et il est inscrit sous le nom de famille de son père.

¹⁰⁸ "Ist der Zweck der Stiftung durch den Kreis der Destinatäre örtlich begrenzt, so ist diese Begrenzung für die Bestimmung des zuständigen Gemeinwesens massgebend."

4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

La reconnaissance anglaise entraîne le port du nom paternel. Cette institution n'est pas pour autant équivalente à la reconnaissance suisse, en particulier sous le rapport du nom. L'article 8e LRDC énumère les lois applicables, mais il ne dit mot sur le manière d'attribuer le nom.¹⁰⁹

4. 3. L'interprétation suivie

Depuis le 1er janvier 1978 un nouveau droit de la filiation est entré en vigueur. Désormais entre le père et l'enfant le rapport de filiation se détermine par le mariage avec la mère, par reconnaissance, par jugement ou par l'adoption, (art. 252 al. 2 et 3). Si la mère n'est pas mariée avec le père, l'enfant prend le nom de famille et le droit de cité de sa mère (art. 252 al. 1 et 270 al. 2). L'ancien article 8 LRDC a fait place aux articles 8a à 8e. L'article 8d attribue la compétence territoriale, tandis que l'article 8e pose les conditions pour l'établissement de la filiation. L'alinéa premier en énumère trois, en cascade: 1) Elle est réglée par la loi du pays où le père et la mère et l'enfant ont le domicile. 2) A défaut de domicile commun, elle est soumise à la loi nationale commune (du père, de la mère et de l'enfant). 3) A défaut encore, la loi suisse est applicable. Ces trois conditions sont subordonnées à l'absence de "*rappports prépondérants avec un autre pays*" de l'alinéa trois.

L'effet de la reconnaissance, savoir créer un rapport de filiation entre le père et l'enfant, n'empêche pas que l'enfant n'a que le nom et le droit de cité de la mère. Il n'acquiert plus de plein droit le nom et la nationalité du père. En conséquence la reconnaissance par un étranger n'est pas inscrite dans les registres d'état civil si sa loi nationale ignore la reconnaissance avec effet de droit civil.

Or, l'enregistrement de la reconnaissance en droit anglais n'est pas équivalent à la reconnaissance en droit suisse, elle a des effets limités. Un avis de droit produit par les recourants fait bien ressortir ces effets limités. Ce rapport de filiation naturelle anglais attribue bien à l'enfant le nom du père et constitue un empêchement à mariage et, le cas échéant, le droit à une pension alimentaire. L'inscription ne peut donc pas avoir lieu dans les registres de l'état civil suisse. En Suisse l'enfant des parents non mariés porte le nom de la mère (270 al. 2 CC). Dès lors il faut rechercher le nom de famille sous lequel sera inscrit Stuart Marshal en Suisse car il est de double nationalité. Il faut trouver alors le critère de rattachement, le domicile par exemple.¹¹⁰ Puisqu'il a vu le jour à Londres, à première vue il serait en Angleterre. Dans cette hypothèse l'article 28 LRDC serait applicable. Mais Stuart Marshal est un mineur et il n'a de domicile que dépendant. Ce serait le domicile des père et mère s'ils étaient investis de l'autorité parentale. A défaut, comme dans cette espèce, il faudrait qu'il soit placé sous l'autorité parentale de la mère ou du

¹⁰⁹Oens "Conséquences de la suppression de l'article 8 LRDC", in Revue de l'état civil, Berne, 1877, p. 331. A. BUCHER, s'exprime ainsi: "Ces nouvelles règles, il est vrai, n'ont pas été élaborées par le législateur (Il s'agit des règles relatives à l'attribution du nom). Celui-ci s'est borné à supprimer l'article 8 et il n'a introduit de nouvelles dispositions que dans le domaine de l'établissement de la filiation. C'est dire que les nouveaux articles 8d et 8e LRDC ne sont directement applicables à la détermination du nom. Le législateur a créé une lacune de loi qui doit être comblée."

¹¹⁰Oans " Le nom et quelques autres questions de l'état civil en droit international privé suisse, aujourd'hui et demain", in Revue de l'état civil, Berne, 1978, le professeur KNOEPFLER, F., dans son exemple no 12, p. 318, écrit, en effet, ce passage: "*On e vu qu'au moment où la déclaration a été faite par le père, la mère et l'enfant résidaient simplement en Angleterre. On devrait donc dans ce cas admettre que le domicile est resté en Suisse et soumettre le nom au droit suisse.*"

père, ensuite d'une décision de l'autorité tutélaire selon les articles 324 al. 3 et 325 al. 3 anciens. Mais, vu que les parents ne sont pas mariés, son domicile se trouve au siège de l'autorité tutélaire qui lui désigne un curateur en vertu de l'article 311 ancien. La déclaration faite trois jours après la naissance justifie l'absence d'une telle mesure: on n'a pas pu, dans ce petit laps de temps, ni désigner un curateur ni investir la mère de l'autorité parentale. Elire un domicile à l'enfant en Angleterre ferait l'effet d'une construction artificielle dans la perspective de l'article 28 LRDC. Il lui faut pourtant un domicile. Ce sera son lieu de résidence habituelle. Il est avec sa mère. C'est elle qui s'occupe de lui. La résidence habituelle de l'enfant coïncide avec le domicile de la mère. A la naissance de l'enfant le domicile maternel est bien à Genève et il le reste.

L'article 8 LRDC soumet l'établissement de la filiation au domicile commun, à la nationalité commune ou à défaut à la loi suisse dans son alinéa premier. Mais les dispositions nouvelles qui remplacent l'ancien article 8 LRDC laissent subsister une question qui n'est pas réglée, à savoir la détermination du nom de l'enfant. Il y a donc une lacune de la loi et pour le combler, le Tribunal fédéral recourt à un rattachement autonome, celui du domicile de l'enfant. Comme il n'a pas de domicile au sens de l'article 23 CC actuel, la résidence habituelle (au sens de l'article 26 CC) lui en tiendra lieu pour la cause. La loi du domicile en l'espèce est la loi suisse et au sens de l'article 270 al. 2 CC, il portera le nom de la mère. La loi applicable per l'interprétation rejoint d'ailleurs l'hypothèse de l'alinéa 3 de l'article 8e LRDC qui préfère les "*rappports prépondérants*".

Des passages précédents, on observe: 1) L'interprétation littérale de l'article 8 LRDC ne trouve pas de domicile commun, il ne trouve pas davantage la nationalité commune. Seule la dernière hypothèse est retenue: L'établissement de la filiation est soumis à la loi suisse. 2) Quant à l'attribution du nom, le Tribunal fédéral tient compte de l'évolution en droit international privé.¹¹¹

4. 4. Les méthodes d'interprétation

C'est par l'interprétation objective qu'il consacre son examen sur la notion de domicile. Et, en l'espèce, la loi du domicile se trouve appliquée à l'attribution du nom.

Le Tribunal fédéral a interprété l'article 8e LRDC: L'interprétation littérale aboutit à la constatation que la loi suisse est applicable au rapport de filiation. En revanche la loi présente une lacune, s'agissant de la manière d'attribuer le nom à l'enfant dans les rapports internationaux.

Pour la combler, il privilégie le domicile, rattachement fort en vogue dans la doctrine et les législations nationale et internationale. Il met ainsi à profit l'interprétation objective, c'est-à-dire celle qui tient compte de l'évolution en droit international privé.

¹¹¹ En gros, depuis Mancini, au siècle dernier, le droit international privé, en matière de rattachement, tenait la loi nationale pour une règle d'or: "*Seule la loi nationale, dont on se plaint à relever la stabilité et la preuve de l'attachement de l'individu à sa patria d'origine, était seule prise en considération.*" Citr. KNOEPFLER, F., in Revue de l'état civil, Berne, 1979, p. 306. Peu à peu, en Suisse comme à l'étranger et dans les conventions de la Heye, le domicile revint en honneur par une lente évolution. Au Tribunal fédéral les applications commencent avec les arrêts *Cardo*, *Cal Bosco*, *Ventura* etc. Dès les années 1970 les droits de l'adoption (1972) et de la filiation (1978) en portent de fortes traces: L'évolution culmine dans le Projet (actuellement en cours) de la Loi fédérale sur le droit international privé: le domicile et la résidence habituelle prennent le pas sur la nationalité.

4. 5. La pratique antérieure

Cet arrêt est rendu en 1980. D'autres arrêts que nous fournissons les répertoires autour de l'article 8 LRDC ne nous renseignent pas beaucoup sur la paternité avec effets de droit civil.

En effet, dans l'arrêt 42 II 331, nous apprenons qu'Anna B. de Liestal accouche de Frieda-Jeanna B. en 1914. C'est un enfant illégitime. Pour cette raison la mère intente, en leur nom, l'action en paternité contre F.M., originaire de Tourtemagne et y domicilié. Elle demande 1) la déclaration de paternité avec effets de droit civil et 2) des prestations pécuniaires en vertu des articles 317 et 318 aCC.¹¹²

Tenue pour tardive, l'affaire est par contre considérée comme introduite en temps utile par le Tribunal fédéral qui renvoie le litige au canton pour entrer en matière. De cette manière, on reste mal renseigné sur le contenu de la paternité avec effets de droit civil. Il faudrait pour cela connaître le jugement cantonal. Et dans l'arrêt 99 II 363, née en 1956, originaire des communes de Lausanne, Colombier, Cossonay et St-Saphorin-sur-Morges, une Suisse en France met au monde C.G. Gaulis. Le cercle de Lausanne, par se justice de paix, lui nomme un curateur. C.G. Gaulis ouvre une action en paternité dirigée contre D. Bilger, Français, domicilié en France. A titre incident, le Tribunal de district admet le déclinatoire du défendeur et s'estime incompétent. Et, tandis que le Tribunal cantonal admet la compétence du Tribunal de district, le Tribunal fédéral admet le recours et écarte la demande.

Comme on le constate, la paternité avec effets de droit civil est simplement nommée, mais elle n'est pas examinée quant au fond, les questions de procédure faisant obstacle. Il s'ensuit que pour rendre compte de la paternité avec effets de droit civil, il faut recourir à la théorie, savoir la législation et la doctrine.

L'affaire Stuart relève du droit de la filiation. Il est dès lors nécessaire de le présenter très brièvement. La loi fédérale du 30 juin 1972, en vigueur depuis le 1er avril 1973 concerne l'adoption et les mesures provisoires dans les procès en recherche de paternité. Ce texte n'est pas utile dans cette espèce. Le Loi fédérale du 25 juin 1976, en vigueur depuis le 1er janvier 1978, introduit le nouveau droit de la filiation aux articles 252 CC et suivants. Ils portent sur l'établissement de la filiation, tandis que les articles 270 CC et suivants traitent de ses effets. Ce texte est appliqué par le Tribunal fédéral dans le présent arrêt. Enfin la révision du 6 octobre 1978, entrée en vigueur le 1er janvier 1981, intéresse la tutelle mais, s'agissant de la filiation, elle apporte la modification du titre marginal de l'article 314 et l'adjonction de l'article 314 a.

Mais il existe l'ancien droit de la filiation abrogé et remplacé par le nouveau. Il est bon de le caractériser aussi, car la reconnaissance anglaise présente avec lui quelques analogies.

L'ancien droit opérerait deux distinctions en matière de filiation: la filiation légitime et la filiation illégitime. L'enfant illégitime est celui dont les parents ne sont mariés. C'est une filiation naturelle marquée en droit, à l'égard du père, par la reconnaissance ou par un jugement déclaratif de paternité. Dès lors le pupille porte le nom du père et en acquiert le droit de cité (art. 461 al. 2 aCC). Cependant sa qualité d'enfant illégitime attire sur lui certaines incapacités successorales et familiales. Est-il en concours avec des descendants du père? Sa part successorale est alors réduite "à la moitié de la part afférente à un enfant légitime ou à ses descendants" (art. 461 al. 3 aCC).

¹¹² Cfr. Code civil suisse et Code des obligations de V. Rossel, Lausanne, Payot, 1967.

Quant à la déclaration de paternité, elle résulte d'un jugement et elle suppose réunies deux conditions positives et une condition négative (art. 323 aCC). En effet, elle est prononcée: Lorsque le défendeur avait promis le mariage à la mère. 2) Lorsque la cohabitation a été le fait d'un acte criminel. 3) La paternité n'est pas déclarée si le défendeur était déjà marié lors de la cohabitation. L'enfant déclaré suit la condition de l'enfant reconnu. Celui qui n'est ni déclaré ni reconnu est réduit à suivre la seule condition de la mère. C'est-à-dire qu'il porte son nom et reçoit son droit de cité (art. 324 aCC). En matière successorale, il a les mêmes droits que ses enfants légitimes (art. 461 al. 1 aCC). A l'égard du père, il ne peut prétendre qu'à une prestation d'entretien et d'éducation (art. 319 aCC). C'est dire qu'il aura une action "qui tend simplement à condamner le père réel à certaines prestations pécuniaires".¹¹³ En substance donc, l'enfant non reconnu ni déclaré suit la condition de la mère.¹¹⁴ Celui qui est déclaré ou reconnu suit aussi la condition du père. La reconnaissance ou la déclaration de paternité emportent la qualité de filiation avec effets de droit civil à l'égard du père.

Qu'en est-il de notre mignon Stuart Marshal? En droit anglais, à l'avis de la doctrine, "on considère comme enfants illégitimes ceux qui sont nés hors mariages, ceux qui, bien que nés dans le mariage, ont été désavoués par le mari et, enfin, le petit nombre des enfants, nés de mariages nuls et qui, par conséquent, ne peuvent pas bénéficier du bienfait de la loi, parce que les deux parents ont conscience de la nullité de leur union".¹¹⁵ A coup sûr Stuart Marshal est un enfant illégitime. Quels sont alors les rapports du père avec son enfant illégitime? Il n'y a pas de statut juridique bien défini. Il existe néanmoins quelques cas "tirés par les tribunaux et des lois dictées par des besoins du moment".¹¹⁶ Autant dire que le droit anglais ignore l'institution de la reconnaissance des enfants illégitimes. Certes le père peut toujours déclarer sa paternité. Entendue quant à ses effets, elle n'est cependant pas équivalente à la reconnaissance continentale. On pourrait même dire que cette reconnaissance appartient au domaine de la complaisance. En effet, devant le Tribunal en recherche de paternité, "il faut prouver les choses de nouveau".¹¹⁷ Envisagée sous ses effets, la reconnaissance, même judiciaire, produit des effets limités aux seules "obligations alimentaires".¹¹⁸

Dans la succession, "les enfants illégitimes n'ont aucun droit d'héritage du côté du père, ils peuvent hériter de la mère, mais à la condition qu'ils n'aient pas de frères ou sœurs légitimes. Les enfants légitimes excluent du droit successoral leurs frères

¹¹³ AUBERT, J-F., Les actions de la filiation en droit civil suisse, Neuchâtel, 1956, p. 96.

¹¹⁴ En vertu de l'article 100 aCC, le mariage est prohibé entre les parents de filiation naturelle. Cet article suppose qu'il y a eu reconnaissance ou déclaration de paternité. Il y a alors une inscription de la filiation dans les registres de l'état civil. Qu'en est-il si la filiation naturelle est incestueuse ou adultérine? Selon l'article 304 aCC, les fruits de l'inceste ou de l'adultère ne peuvent pas être reconnus. Et s'ils ne peuvent pas être reconnus, il faut admettre qu'ils ne peuvent pas être déclarés non plus. Comme le Professeur DESCHENAUX, H. dans *Le titre préliminaire du Code civil*, p. 93, nous pensons qu'il y a une lacune. C'est dire que les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent ni être reconnus ni être déclarés! Et, en vertu de l'article 102 al. 2 de l'OEC et de l'article 87 chiffre 4, a contrario, "il est interdit de dresser acte de la reconnaissance de l'enfant né d'un commerce adultérin ou incestueux." Dans ce cas, les descendants incestueux ou adultérins pourraient contracter mariage avec les descendants légitimes, attendu que les registres d'état civil ne mentionnent pas la parenté. En pratique cependant, il y a tout lieu de croire que la responsabilité des parents saura, le temps venu, révéler la vérité. De tels descendants qui envisagent de se marier s'en remettent à leur conscience. On est aux confins du droit et de la morale, on est sur le territoire d'Antigone.

¹¹⁵ LASQK, D., La condition juridique des enfants en droit anglais, in *Revue internationale de droit comparé*, Paris, LGDJ, 1966, p. 633.

¹¹⁶ LASQK, D., *Idem*, p. 636.

¹¹⁷ LASQK, D., *Idem*, p. 636

¹¹⁸ LASQK, D., *Idem*, p. 640

et soeurs illégitimes".¹¹⁹ Ainsi donc dans la filiation paternelle, la *Common Law* considère l'enfant illégitime comme un "*filii nullius*"¹²⁰, sauf quelques exceptions aménagées par des lois, notamment sur l'obligation d'entretien et la dévolution successorale.

L'obligation d'entretien est judiciaire ou volontaire. Elle est judiciaire quand elle est prononcée dans un procès en recherche de paternité (*affiliation proceedings*). Elle est couronnée par l'*affiliation order* ou l'obligation faite au père par le juge de contribuer à l'entretien de l'enfant. Cette obligation d'entretien s'éteint d'ailleurs au décès du père et ne grève guère sa succession.¹²¹

Le père peut en outre s'obliger à l'entretien de la l'enfant par un *voluntary agreement*. Cette obligation d'entretien est volontaire car elle n'est le fait ni d'une contrainte, ni d'un concours de l'Autorité. A la différence de l'entretien judiciaire, la convention d'entretien peut rendre l'enfant illégitime créancier de la succession. Cette hypothèse dépend des clauses contractuelles.¹²²

Toujours dans la succession testamentaire, à certaines conditions, l'enfant illégitime peut réclamer à la succession de son père que son entretien soit prolongé selon le *Family Law Act* de 1969 en relation avec l'*Inheritance (Family Provision Act)* 1938.¹²³ Mais dans la succession ab intestat l'enfant n'a aucun droit ni contre les ascendants ni contre les descendants légitimes ou illégitimes.

De ce qui précède on tire la conclusion que, malgré sa reconnaissance, Stuart Marshal reste illégitime. Ses expectatives successorales dépendent de la seule volonté du père et de la sorte il ne peut compter que sur la seule obligation d'entretien. La filiation ne produit donc pas d'effets de droit civil. Aurait-elle été une reconnaissance de droit actuel ou, à tout le moins, celle de l'ancien droit, Stuart Marshal aurait été inscrit dans les registres de Bellinzona. Il ne l'a pas été et pourtant il faut l'inscrire quelque part et éclaircir son état civil. Dès lors il se pose le problème du droit applicable et de la juridiction compétente.

Le droit applicable est déterminé par l'ancien article 8 LRDC, encore en vigueur au moment des faits et de l'introduction de la demande. Il est ainsi exprimé: "Alinéa 1. *L'état civil d'une personne, notamment sa filiation, légitime ou illégitime, la reconnaissance volontaire ou l'adjudication des enfants naturels et l'adoption, est soumis à la législation et à la juridiction du lieu d'origine*". Alinéa 2. *"Dans ce cas le canton d'origine est celui de l'époux, du père ou de l'adoptant."*

Il faut d'abord déterminer le lieu d'origine pour trouver la loi applicable et le juge compétent. Stuart Marshal n'a pas le droit de cité de son père. Il n'a pas davantage de domicile à Londres, tout au plus peut-on parler de résidence. Mais celle-ci s'efface devant le domicile s'il existe. Cherchons donc son domicile.

Il est mineur et comme tel son domicile est le même que celui de ses parents ou du siège de l'autorité tutélaire s'il est placé sous tutelle (art. 25 al. 1 CC). Or, il n'a pas de tuteur, il ne reste alors que le domicile des parents. Comme ils n'ont pas de domicile commun, il faut alors lui attribuer le domicile du parent investi de l'autorité

¹¹⁹ LASOK, D., *Idem*, p. 641

¹²⁰ PIRET, M., Les principales réformes modifiant les droits patrimoniaux des enfants illégitimes en droit anglais, in *Revue internationale de droit comparé*, 1973, p. 281.

¹²¹ PIRET, M., *Idem*, p. 298

¹²² PIRET, M., *Idem*

¹²³ M. Piret ne le dit pas, mais il doit s'agir de la constitution d'un legs. Il est soumis à un terme: En l'absence de précision, ce serait l'avènement de la majorité de l'enfant. Or, il peut arriver que l'éducation de l'enfant ne s'achève pas toujours avec l'arrivée de la majorité: Cette hypothèse est analogue à notre article 277 al. 2 CC: la durée de l'obligation d'entretien peut s'étendre au-delà de la majorité. Le fait est imputable aux circonstances. Les délais doivent paraître normaux (art. 277 al. 2 CC), la situation personnelle des parents et les possibilités de l'enfant à subvenir lui-même à son entretien entrent en ligne de compte (art. 276 al. 2 CC).

parentale. En l'espèce, elle se confond avec la garde. Il est donc sous l'autorité parentale de sa mère (art. 298 al. 1 CC) et partage avec elle le domicile. Quel est alors le domicile de la mère?

Le domicile de la mère ne se situe pas à Londres, car elle s'y est rendue pour les besoins de l'accouchement et pour cette reconnaissance devenue litigieuse. En tout cas elle n'a pas manifesté l'intention de se constituer un domicile à Londres au sens de l'article 25 al. 1 CC. En l'absence de volonté de se créer un nouveau domicile à Londres, elle garde l'ancien domicile qui se trouve à Genève (art. 24 al. 1 CC). Par conséquent, ce sont la législation et la juridiction suisses qui gouvernent l'espèce.

En Suisse, faut-il appliquer le nouveau ou l'ancien droit de la filiation? La demande d'inscription à l'état civil a eu lieu en août 1978 et le nouveau droit était entré en vigueur le 1er janvier, il faut alors s'en remettre aux dispositions transitoires. La Titre final: *De l'entrée en vigueur et de l'application du Code civil, règle les rapports de l'ancien et du nouveau droit en son article 12: "L'établissement et les effets de la filiation sont soumis à la présente loi dès son entrée en vigueur, le nom de famille et le droit de cité acquis selon l'ancien droit sont conservés".* En la matière, il n'y a pas de droits acquis pour Stuart Marshal, il ne reste dès lors qu'à lui appliquer le nouveau droit. Par voie de conséquence, son domicile sera celui de la mère (art. 270 al. 2 CC) et son droit de cité également (art. 271 al. 2 CC.)

5. L'arrêt 116 II 1 du 18 janvier 1990

5. 1. Les faits

Le quotidien zurichois Tages-Anzeiger révèle: L'argent de la Caisse de pension d'Escher-Urania a disparu! Par son avocat, Ralph Schmid adresse une lettre à la rédaction du journal. Il exige une publication de la réponse. La requête est rejetée par lettre du 12 juillet 1988 parce qu'elle est considérée comme tardive. Réitérée, elle est encore rejetée par lettre du 22 juillet. Par mémoire du 24 août, Ralph Schmid agit aux fins d'obtenir la publication de la réponse.

5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 28I CC, note marginale, sous la lettre e, Recours au juge, stipule: "Si l'entreprise empêche l'exercice du droit, refuse la diffusion ou ne l'exécute pas correctement, l'auteur peut s'adresser au juge." Bien entendu, il peut s'adresser au juge, mais jusqu'à quand?

5. 3. L'interprétation suivie

On estime que le demandeur a attendu trop longtemps pour faire valoir son droit de réponse devant le juge. Mais quel est le délai pour le droit de réponse? La loi ne l'a pas fixé. C'est donc une lacune de la loi. Par ailleurs il est logique que la version des faits dans le journal, d'une part, et la présentation de ces mêmes faits dans la réponse, d'autre part, ne soient pas trop éloignées l'une de l'autre: En effet le but poursuivi par la loi consista à effacer dans l'esprit des lecteurs l'impression créée par l'article du quotidien. Le demandeur allègue: 1. Son avocat a dû demander à son domicile à Monaco des instructions nécessaires. 2. C'était pendant les vacances et les postes françaises et monégasques fonctionnaient au ralenti. 3. Le législateur a lui-même renoncé à fixer un délai. 4. La loi fixe un délai maximum de

trois mois après la diffusion contestée. 5. Il n'a été certain du refus de sa réponse que le 25 juillet et il e agi quatre semaines plus tard. Pour tous ces motifs, il estime être dans les délais.

La loi fixe des délais pour s'adresser au journal, vingt jours ou trois mois eu plus tard. Ces délais ont été respectés. Mais quand il faut s'adresser au juge la loi ne fixe pas de délai, c'est la raison d'être de ce litige. La doctrine estime ce délei à dix ou vingt jours par analogie avec l'article 28 i: Le texte de la réponse est déjà prêt puisqu'il vient d'être refusé. Il suffit de l'adresser immédiatement au juge, il ne faut donc plus beaucoup de temps. A la suite de la doctrine le Tribunal fédéral comble la lacune par analogie avec l'article 28 i, alinéa premier.

5. 4. Les méthodes d'interprétation

La référence au Message constitue une interprétation historique. La circulaire de l'Office fédéral de la Justice dessine une interprétation officielle. Le consultation de la doctrine forme une interprétation doctrinale et la référence aux arrêts rendus par le tribunal supérieur du canton de Zurich est une interprétation jurisprudentielle. La référence aux législation et jurisprudence allemandes constitue un appui sur le droit comparé. Le but poursuivi par la législation suisse en le metière constitue une interprétation téléologique. La comparaison avec une autre disposition est une interprétation systématique horizontale

5. 5. La pratique entérieure

La disposition applicable se trouve dans la Loi fédérale du 16 décembre 1983, en vigueur depuis le premier juillet 1985. Entre l'entrée en vigueur et cet arrêt le laps de temps est relativement court. Pour cette raison cette espèce est la première.

6. L'arrêt 109 II 81 du 21 avril 1983

6. 1. Les faits

Aimé Appy et Monique Bernaudat, Français, convolent à Neuchâtel en décembre 1970. L'union donne deux enfants en 1971 et en 1974. Malheureusement ils divorcent en 1981 et l'autorité parentale est attribuée à la mère. Dame Bernaudat, ouvrière, est à Neuchâtel depuis 1980. En 1982 elle voudrait reprendre le nom de son ex-meri Appy, sous lequel elle est connue depuis longtemps, nom que portent également ses enfants.

6. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 30, alinéa premier a cette teneur: " *Le gouvernement du canton de domicile peut, s'il existe de justes motifs, autoriser une personne à changer de nom.* "

6. 3. L'interprétation suivie

Cette Dame est au bénéfice de justes motifs. Elle est connue sous le nom de son ex-conjoint depuis longtemps. Les enfants dont elle a le garde et l'autorité parentale portent ce même nom. Mais elle est étrangère. Il faut consulter la LRDC.

Dans son article 8, aujourd'hui abrogé, elle traitait de l'état civil et soumettait la question du nom à la loi nationale.

Son abrogation par la loi du 25 juin 1976 a créé une lacune et celle-ci est bien voulue par le législateur, mais il a donné en lieu et place quelques indications: La jurisprudence déterminera le for par analogie avec les nouvelles dispositions.

Le lacune est comblée par le domicile, critère de rattachement à plus forte tendance en droit international privé. La seule crainte qu'on pourrait se faire, c'est que ce changement de nom ne soit pas suivi d'effets de droit civil en Droit français. S'il en advient ainsi, il est toujours loisible à Dame Bernaudat de procéder à un nouveau changement de nom au regard du Droit français.

6. 4. Les méthodes d'interprétation

Le choix de la tendance actuelle en droit international privé est une interprétation évolutive. Dire que le changement de nom relève de l'état civil est une interprétation littérale. La consultation de la doctrine, des jurisprudences cantonale et fédérale sont des interprétations doctrinale et jurisprudentielle. Le LRDC, le Projet du droit international privé, la Loi du 25 juin 1976 forment une interprétation systématique horizontale, tandis que la coup d'oeil sur les travaux préparatoires par le Message, constitue une interprétation historique.

6. 5. La pratique antérieure

De jurisprudence constante, le changement de nom s'obtient ensuite de justes motifs. Ils s'apprécient relativement au lieu, aux personnes et aux circonstances. Par rapport au lieu, Ahmerd est un nom qui laisserait indifférent en région de langue allemande, mais il entraînerait des plaisanteries de mauvais goût en région de langue française. Le changement de ce nom s'appréciera par rapport au domicile: 98 I 455.

Relativement aux personnes, la femme mariée ne peut pas requérir pour elle-même le changement de nom puisque l'article 161 al. 1 CC lui impose celui de son mari: 98 Ia 449, mais il reste entendu qu'elle peut le faire en position de divorce.

Sur représentation, les enfants mineurs peuvent requérir ce changement s'ils sont en situation de remariage de leur mère et que leur beau père les a accueillis: 99 Ia 561. Les enfants adultérins auront le même droit si les parents naturels vivent ensemble en concubinage: 96 I 425.

Le père doit être entendu: 83 I 239, il doit même se déterminer en détail sur les motifs invoqués: 89 I 153, mais l'autorité compétente peut l'accorder pour des motifs importants: 100 II 285. Toutefois le père ne peut s'y opposer que jusqu'à la majorité: 97 I 619. Quand il devient *sui juris*, le changement de nom s'apprécie principalement aux seuls motifs invoqués. Sa posture devient semblable à celle de la femme divorcée.

II. DROIT DE LA FAMILLE

1. L'arrêt 89 I 303 du 6 juin 1963, JdT 1964, p. 271

1. 1. Les faits

En août 1958 se conclut à Romanshorn un mariage entre un Bernois et une Allemande. Après une brève vie commune en Allemagne, la femme y reste et le

mari vient se fixer à Bâle. En 1962, le divorce est prononcé en Allemagne à la demande de la femme. Il devient exécutoire, mais l'officier Bernois de l'état civil en refuse l'inscription dans le registre des familles.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Dans l'article 7g al. 3 LRDC, l'expression "le divorce d'époux suisses habitant l'étranger" fait difficulté. Il s'agit de s'entendre sur la notion d'époux suisse en particulier quand il dispose de deux nationalités. Dans l'alinéa premier de cette disposition, un époux suisse peut agir en divorce à son lieu d'origine.

1. 3. L'interprétation suivie

D'après l'article 3 de la Convention germano-suisse du 2 novembre 1929, la Suisse n'est pas tenue de reconnaître ce jugement. En conséquence, la question de reconnaître la compétence du juge allemand relève du droit suisse. Sur la base de l'article 7g al. 3 LRDC, le tribunal allemand ne serait compétent que si les deux conjoints habitaient l'étranger, c'est-à-dire en Allemagne. Or, en l'espèce le mari habite Bâle.

S'appuyant sur une partie de la doctrine, le recourant formule trois conclusions: 1) Il conteste la restriction apportée au champ d'application de l'article 7g al. 3, attendu que l'une des parties étaient aussi de nationalité étrangère, qu'elle a intenté l'action dans son pays, à son domicile. 2) La jurisprudence invoquée remonte à une époque où en Suisse comme en Allemagne, la femme ne pouvait avoir que la nationalité du mari. La LRDC de 1891 n'envisage pas les cas de double nationalité. Elle comporte donc une lacune. La combler revient à tenir compte de la législation de l'autre Etat; d'autant plus que la femme a divorcé et s'est remarié valablement au regard du droit allemand.

La titularité de deux nationalités n'empêche pas d'être considéré comme simple national selon le pays qui envisage la question. Ainsi du point de vue suisse, la femme est purement et simplement Suisse. A la suite de ce principe, le Tribunal fédéral en est arrivé au point d'admettre le for du lieu d'origine pour une Suisse double d'une Belge (84 II 469, JdT 1959, p. 520). Elle habitait pourtant à l'étranger. Cet arrêt ne doit cependant provoquer aucun étonnement, car il s'agit bel et bien de l'application de l'article 7g al. 1 LRDC. Par contre on pourrait s'attendre à ce que ce jugement ne soit pas reconnu dans l'autre Etat dont elle possédait aussi la nationalité.

Malgré l'expression explicite de l'article 7g al. 1, un courant de la doctrine soutient cette opinion: un double national ne serait pas recevable à procéder au for d'origine s'il est domicilié dans l'autre pays dont il a aussi la nationalité. Cet avis est imputable au seul fait que le jugement pourrait ne pas être reconnu dans ce pays. Tout en avouant cette difficulté, le Tribunal fédéral continue à s'en tenir au texte légal, à admettre le for du lieu d'origine et à espérer qu'une convention internationale puisse résoudre les cas de double nationalité: "ce serait à une convention internationale d'établir des règles spéciales pour le cas de double nationalité"; (JdT consid. 3, p. 275).

Dans l'espèce présente il ne s'agit pas de l'alinéa premier, mais de l'alinéa trois: la reconnaissance du jugement de divorce est soumise à la condition que les deux conjoints habitent à l'étranger. Si tel n'est pas le cas, un des conjoints n'a qu'à agir au for d'origine de l'article 7g al. 1. Mais la difficulté réside dans le fait que la femme est également de nationalité allemande. Sa patrie lui propose un tribunal

compétent. Elle a aussi la faculté d'agir en Suisse au for de son domicile dépendant de l'article 25 al. 1 CC. C'est dans cette hypothèse que l'Allemagne pourrait ne pas reconnaître le jugement rendu par un tribunal suisse. Aussi répondant au but du droit international privé, l'article 7g al. 3 vise à éviter les conflits de compétence et de lois. Dans cet esprit, il ne faudrait pas attacher trop d'importance au domicile suisse du défendeur. Par ailleurs l'article 7g al. 3 de la LRDC n'envisage que des Suisses habitant à l'étranger et de la seule nationalité suisse. Puisqu'il s'ajoute le problème de double nationalité, la loi présente effectivement une lacune. Le Tribunal fédéral se place dans l'esprit même du droit international privé. Celui-ci a pour vocation générale de régler des conflits de compétence et de lois. Et l'on vient de voir que l'article 7 al. 1 LRDC permet à un Suisse doublé d'une autre nationalité d'agir au for de son lieu d'origine. La réciprocité doit être de mise dans ce cas d'espèce. Allemande, la femme a agi à son domicile en Allemagne. Les choses semblent de bon aloi pour autant que ce soit son domicile.

On pourrait contester qu'elle ait bien agi à son domicile. Le Tribunal fédéral analyse la notion même de domicile. Selon l'article 25 al. 1 CC en relation avec l'article 160 al. 2 CC, son domicile est le même que celui du mari. Et, sauf l'exception de l'article 170 A.1 CC, le domicile se trouve alors en Suisse auprès de son mari. Il n'y a pas d'exception qui tiennent car la vie commune ne compromet ni sa santé, ni sa réputation ni la prospérité de ses affaires. Avant l'introduction de l'action en divorce, son domicile se trouvait donc à Bâle. Elle devait donc agir au for impératif de l'article 144 CC. Tout cet examen n'aboutit qu'à définir le domicile, mais du point de vue suisse. C'est dire que le juge allemand a sa propre qualification du domicile.

Pour l'Allemagne la durée d'un séjour prolongé dans un endroit déterminé (*an den Daueraufenthalt*) suffit à conférer la qualité d'agir en divorce. Cette qualification de domicile revient alors à tenir compte de la simple résidence habituelle. Aussi le Tribunal fédéral décide-t-il de "*considérer l'affaire d'un point de vue supranational*". Les législations récentes comme les conventions internationales utilisent aussi la notion de résidence habituelle. Et celle-ci a beaucoup de chance de réaliser un accord, si pas unanime, du moins majoritaire. La résidence habituelle dans l'espèce présente, tiendra lieu de domicile comme point de rattachement. Il s'ensuit que, d'une part, la femme, Suissesse par mariage, conserve le for de l'article 144 CC. D'autre part, Allemande par naissance, elle a qualité à procéder au for allemand de la résidence habituelle.

La LRDC de 1891 se propose d'éviter les conflits de compétence dans les rapports internationaux. C'est également l'esprit de son article 7g al. 3. Dès lors il se justifie de laisser la faculté d'agir indifféremment à son domicile suisse ou à sa résidence habituelle en Allemagne. Et, de manière inverse, les tribunaux suisse et allemand sont compétents pour se saisir de son action en divorce. En conséquence, le divorce prononcé à Alläu est régulier et bien reconnu en Suisse, sauf à exciper les motifs d'ordre public touchant à la bonne foi et au respect des règles fondamentales de procédure. Il n'y en a pas: Cette femme a agi de bonne foi devant le juge allemand. Elle n'a fait que saisir son juge naturel. Elle a toujours vécu à cet endroit. Le défendeur a accepté la compétence allemande, il ne s'est pas opposé au divorce et il a été entendu. De cette manière la bonne foi est entière et aucune règle fondamentale de procédure n'a été violée.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale de la LRDC de 1891, dégage qu'elle ne prévoit pas l'hypothèse de double nationalité, c'est une interprétation historique. Le Tribunal fédéral se place ensuite sur le terrain du but de la LRDC et des tendances actuelles en droit international privé. Il y a donc une interprétation à la fois téléologique et objective. Enfin, du domicile juridique, il opte pour une notion de fait, entité plus restreinte: le résidence habituelle. Dans le résultat, le juge aboutit ainsi à une interprétation restrictive au moyen d'un raisonnement déductif.

1. 5. La pratique antérieure

Dans l'arrêt 51 II 96, JdT 1925, p. 382, prononcé en Suisse, le jugement de divorce devient exécutoire. La divorcée s'en va vivre en Californie avec les enfants. Écœuré par la perte des rapports personnels avec ses enfants, l'ex-mari ouvre une action en modification du jugement. Les ex-conjoints ont alors des domiciles différents, mais point d'obstacle d'un traité international ou bilatéral. Le juge suisse reste compétent et la loi suisse applicable.

Dans l'arrêt 56 II 335, JdT 1931, p.135, la femme est domiciliée en Suisse, le mari à Paris. Ce dernier ouvre une action en divorce à son domicile parisien. La femme ouvre également une action en divorce en Appenzell, Rhodes Extérieures. Naturellement le mari soulève l'exception de litispendance.

Ce déclinatoire est écarté par le Tribunal fédéral. Le juge du domicile à l'étranger est compétent si les conjoints sont tous deux domiciliés à l'étranger (art. 7 al. 3 LRDC). S'il n'en est pas ainsi, un des conjoints peut agir en divorce au for de son lieu d'origine. En l'espèce cette femme n'a pas agi au for d'origine, mais au for du domicile (art. 144 CC), domicile volontaire au sens de l'article 25 el. 2 CC et justifié par les conditions de l'article 170 CC.

D'après la LRDC, cette femme devait agir au for d'origine. Ce for est aménagé selon le Tribunal fédéral "*à des fins spéciales*" (JdT 1931 consid. 2, p. 138); aussi décide-t-il d'appliquer "*la notion générale de domicile, telle qu'elle est établie par le droit fédéral*".

Dans l'arrêt 64 II 74, JdT 1938, p. 356, un mari divorcé à l'étranger se remarie également à l'étranger, tout cela à l'insu de sa femme dont il connaissait pourtant l'adresse! Ni le divorce ni le remariage ne sont reconnus, ils sont donc nuls en Suisse pour des raisons d'ordre public. En réalité, c'est la non-reconnaissance du divorce qui entraîne la nullité du nouveau mariage.

Mais le droit de la Louisiane ne reconnaît le divorce qu'à certaines conditions: 1) en cas d'adultère, 2) en cas de condamnation à une peine infamante, 3) en cas d'une séparation de fait de deux ans au moins et 4) en cas de séparation judiciaire d'une année au moins: Il s'ensuit que si une de ces conditions se réalise, K. Fehr n'a qu'à agir reconventionnellement à Louisiane.

Si l'on admet que K. Fehr avait domicile à Zurich, alors il garde le bénéfice du for d'origine de l'article 7g al. 3 LRDC ou celui du domicile volontaire de l'article 144 CC. Si l'on admet aussi que Dame Fehr est à la fois Suisse et américaine et que le droit de la Louisiane lui accorde un for, on tombe dans le cas de figure de l'époux au bénéfice de double nationalité.

L'époux suisse ne peut agir en divorce à l'étranger que si son conjoint y a domicile (art. 7g el. 3 LRDC). S'ils n'ont pas tous les deux domicile à l'étranger, l'un des époux peut agir, à tout le moins, à son lieu d'origine. Qu'en est-il si l'un des époux est de double nationalité? D'après l'arrêt 89 I 303, JdT 1967, il peut aussi agir dans

le for que lui offre son autre pays. Cette affaire corsée de double nationalité est pour le Tribunal fédéral la première comme le montre la pratique antérieure.

2. L'arrêt 100 II 65 du 20 juin 1974, JdT 1975, p. 130

2. 1. Les faits

Espagnols, les époux G. vivent en Espagne. Dès 1962 le mari vient travailler en Suisse, la femme reste en Espagne. En 1973, l'épouse se saisit le Tribunal de district de Zurich d'une action tendant aux mesures protectrices de l'union conjugale: elle demande un subside de 300 francs par mois.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 32 LRDC dispose: *"Les dispositions de la présente loi sont applicables par analogie, aux étrangers domiciliés en Suisse."* Qu'en est-il si des époux étrangers ont des domiciles, l'un en Suisse et l'autre dans son pays?

2. 3. L'interprétation suivie

En matière de protection de l'union conjugale (art. 169 et suivants), les étrangers domiciliés en Suisse sont régis par son droit et soumis à sa juridiction. Ce principe découle de l'article 2 et 1 LRDC en relation avec l'article 32 LRDC. Il est admis par la doctrine et confirmé par la jurisprudence.

Le critère de rattachement retenu ici est le domicile. Or, dans la présente espèce, les époux étrangers ne disposent pas tous deux de domicile en Suisse. Dès lors on se demande quel est le juge compétent pour ordonner les mesures protectrices de l'union conjugale. La LRDC ne donne pas de solution et pourtant elle est explicite s'agissant des actions en divorce émanant de sujets étrangers! Selon l'article 7h et 1, elles sont portées devant le juge de la partie demanderesse. Le droit civil suisse, fait remarquer le Juge fédéral, dessine une figure identique. En effet il n'y a pas de for prévu pour les mesures protectrices de l'union conjugale alors qu'il est institué pour le divorce en lieu et place de l'article 144 CC. En droit interne il y a donc une lacune et *"la jurisprudence considère que le législateur fédéral n'a pas voulu abandonner la détermination du for au droit cantonal"* (93 II 3). Le jurisprudence a comblé la lacune avec l'analogie du for de l'article 144 CC. Est donc compétent pour la protection de l'union conjugale le juge du domicile de la partie demanderesse.

En matière internationale, la LRDC présente la même lacune. Pour la doctrine et la jurisprudence, l'étranger domicilié en Suisse peut saisir le juge de son domicile pour demander des mesures protectrices de l'union conjugale. De manière inverse, l'épouse domiciliée à l'étranger peut-elle requérir les mêmes mesures auprès du juge suisse au domicile de son conjoint? En principe oui, et si tel n'est pas le cas, le domicile du défendeur constitue, dans cette espèce, le seul for possible, donc un for exclusif. Il faut alors se demander si ce for est vraiment exclusif.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé et la doctrine est partagée. Certains auteurs répondent par la négative: Le for n'est pas exclusif. D'autres aussi penchent pour la négative, mais assortie d'une condition: Si, à son domicile, le conjoint étranger ne peut pas obtenir un jugement exécutoire en Suisse, il peut alors saisir le juge suisse au domicile de l'autre partie. C'est derrière cette opinion que se range le juge cantonal. Le Tribunal fédéral déclare qu'à défaut d'admettre la

première opinion, on adopte nécessairement la seconde, sinon c'est donner lieu à un vide juridique. De la sorte en effet, on ne pourrait plus protéger l'union conjugale, en matière internationale, que si le demandeur dispose d'un domicile en Suisse. Va-t-on sans autre retenir cette solution? Après tout la recourante n'a-t-elle pas un for en Espagne pour son action? Qu'elle dispose de for et que la décision soit exécutoire en Suisse, encore faut-il prouver que les conditions de la bonne exécution sont remplies. In casu il n'y a pas de traité, l'exécution relèverait donc du droit cantonal. De par sa nature ce dernier est variable d'un canton à un autre, il pourrait donc, à l'avenir, conduire à des résultats différents, voire contradictoires.

D'un revers de la main, le Tribunal fédéral écarte cette solution et s'appuie sur les motifs suivants: 1. le for du domicile du demandeur en mesures protectrices de l'union conjugale "est une particularité du droit suisse" (JdT 1975, p.134). 2. Pour éviter des conflits avec d'autres Etats, on est forcé d'admettre le for du domicile du défendeur. 3. Cette solution conduit à un excellent résultat: les possibilités offertes au demandeur à l'étranger pour faire valoir ses droits sont fortement élargies. 4. De caractère provisoire, la procédure des mesures en protection de l'union conjugale doit être rapide pour obtenir le maximum d'effet. Ce dernier est d'autant plus réalisable que le juge du domicile du défendeur se saisit rapidement de la cause sans s'embarrasser des questions compliquées relevant de la compétence. 5. Attendu que, tout compte fait, l'action tend à une allocation pécuniaire, le juge suisse n'est-il pas le plus indiqué pour ordonner à l'employeur du défendeur de verser de l'argent directement à l'épouse ou à son ordre si elle obtenait gain de cause? Ces sûretés de l'article 171 CC dont on mesure l'efficacité ne devraient pas être refusées quand elles concernent une personne travaillant et domiciliée en Suisse. 6. Dans l'intention du législateur le for de l'article 144 CC protège l'épouse contre l'époux qui transférerait son domicile. En matière internationale, il faut aussi protéger cette épouse abandonnée à l'étranger par son mari voici déjà neuf ans. En effet, l'époux a quitté l'Espagne en 1962, l'épouse agit en justice en 1973. Elle doit se trouver dans le dénuement pour agir neuf ans après le départ du mari! La situation rappelle celle de l'article 152 CC encore que ce soit dans un contexte de divorce!

Envisagées du point de vue de l'épouse, ces considérations relèvent de l'équité. Cependant elles ne doivent pas être inéquitables pour l'époux. Le juge du domicile de ce dernier est particulièrement bien placé pour apprécier la situation personnelle de l'époux: Comment vit-il? Que dépense-t-il? Que donner sans tomber lui-même dans le dénuement? De cette manière la possibilité offerte à la femme est également dans l'intérêt bien compris du mari.

Dans cette espèce le Tribunal fédéral refuse le caractère exclusif du for du demandeur dans les mesures protectrices de l'union conjugale. Et d'ajouter que ce n'est même pas certain que ce for serait exclusif quand bien même les deux parties seraient domiciliées en Suisse. Sous ce rapport la haute Cour laisse la question ouverte.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

Le Tribunal fédéral a d'abord interprété l'article 32 LRDC avant d'en venir à chercher l'intention du législateur dans le for de l'article 144 CC. L'interprétation est donc littérale et téléologique. Ensuite, du for de la partie demanderesse, il est passé à l'admission du for fondé sur le domicile du défendeur. Par ce biais de l'induction, le Tribunal fédéral a fait de l'interprétation extensive. Commandée par les besoins d'humanité, cette induction constitue aussi une interprétation en équité.

2. 5. La pratique entérierue

En l'absence d'éléments d'extrémité, les jugements basés sur l'article 169 CC doivent d'abord déterminer le for. Dans l'arrêt 47 I 419, JdT 1922, p. 165, un mari agit en mesures de protection de l'union conjugale auprès du juge de son domicile à Zoug. Sa femme réside à Olten. Cet arrêt est le premier du genre après l'entrée en vigueur du Code civil. Mais quel est le juge compétent? Le Tribunal de Zoug se saisit de l'affaire et sa compétence n'est guère contesté dans la suite. C'est que le for de la partie demanderesse détermine le Tribunal compétent.

Qu'en est-il en matière internationale. Dans l'arrêt 54 I 243, JdT 1929, p. 176, un étranger domicilié en Suisse refuse des prestations élémentaires à son épouse restée en Allemagne et autorisée à vivre séparée. Elle requiert et obtient l'exequatur à la Cour d'appel de Berne. Le défendeur se retranche derrière l'article 59 de la Constitution fédérale.

En Suisse cette décision relève des articles 169 et 170 al. 3 CC. Et pour un étranger domicilié en Suisse, les tribunaux suisses sont compétents selon l'article 32 LRDC en relation avec l'article 2 al. 1 LRDC. Le for est celui de la partie demanderesse. Et le Tribunal fédéral de conclure: *"Or, si les tribunaux suisses sont compétents, d'après les normes de droit suisse, pour juger une demande en aliments d'un étranger, l'on doit aussi admettre, à l'inverse, la compétence du juge du domicile du demandeur à l'étranger, malgré le domicile en Suisse du défendeur"* (JdT 1929 consid. 3, p. 181). Le for est donc celui de la partie demanderesse

Dans l'arrêt 64 II 175, JdT 1939, p. 35, le juge du domicile du requérant est confirmé tant qu'un procès en divorce n'est pas engagé. C'est l'hypothèse où la femme vit séparée (art. 25 al. 2 et 170 al. 1 et 2 CC) et requiert des subsides. Le mari peut agir en divorce au for de son domicile. Le juge du domicile de la femme reste compétent pour les mesures protectrices de l'union conjugale jusqu'à l'introduction régulière de la demande en divorce.

Dans l'arrêt 68 II 181, JdT 1942, p. 554, des époux britanniques vivent séparés de fait. Et le flegme est à son comble car ils vivent ainsi voici déjà vingt ans! Après de nombreuses pérégrinations chacun de son côté, ils séjournent un moment donné en Suisse, le mari à Zurich, la femme dans une clinique du canton de Vaud. Par la suite, se fondant sur les articles 159, 160 et 170 al. 3 CC, elle actionne son mari à Zurich en paiement des honoraires de la clinique. Sur déclinatoire du défendeur les cours cantonales déclarent l'action irrecevable. Selon elles et le défendeur, le juge compétent est celui du domicile de la femme, dans le canton de Vaud.

Pour le Tribunal fédéral, qu'ils le veulent ou non, ces Anglais sont mariés aux yeux de la loi. Par conséquent, le domicile de la femme se confond avec celui du mari (art. 160 al. 2 et 25 al. 1 CC), à moins qu'elle ne soit sous le bénéfice des exceptions légales (art. 25 al. 2 et 170 al. 1 et 2 CC).

Le domicile du mari n'est pas inconnu (art. 25 al. 2 CC) car il est à Zurich. La femme n'est pas autorisée à vivre séparée: elle ne remplit pas les conditions de l'article 170 al. 1 et 2 CC. Dès lors son domicile se trouve à Zurich auprès de son mari. Aussi le Tribunal fédéral casse-t-il l'arrêt et renvoie la cause devant le juge zurichois pour statuer sur le fond.

La jurisprudence demeure donc constante: le for pour les mesures de protection de l'union conjugale est celui du domicile de la partie demanderesse. Ce n'est que dans l'arrêt que nous venons d'analyser (100 II 65, JdT 1975, p. 130) que la Cour suprême reconnaît un for alternatif eu domicile du défendeur pour des motifs d'équité.

3. L'arrêt 92 II 219 du 29 septembre 1966, JdT 1967 p. 278

3. 1. Les faits

Antonin Kumpera, Tchécoslovaque, devenu Brésilien dans la suite, se remarie au Mexique avec Ida Ackermann de St-Gall. Son ancien divorce n'est pas mentionné dans les registres de Prague. Anny Ackermann, mère d'Ida intente l'action en nullité de ce mariage contre sa fille et son gendre.

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 136 CC détermine la nullité d'un mariage selon les articles 123 et suivants CC et renvoie au for du divorce de l'article 144 CC. L'action est alors introduite par un des conjoints. Quel est le for lorsque l'action est intentée par une Autorité ou par un tiers comme dans cette espèce. L'article 121 al. 2 CC accorde cette action à tout intéressé, mais il n'en détermine pas le for.

3. 3. L'interprétation suivie

C'est l'action d'un tiers au sens de l'article 121 al. 2 CC et non d'un conjoint au sens de l'article 123 CC et suivants.

Par ailleurs l'affaire présente un élément d'extranéité, il faut donc consulter la LRDC. Son article 8 prévoit le for du lieu d'origine pour autant qu'il s'agisse des questions touchant à l'état civil. Il ne s'applique pas ici, car il s'agit de la nullité du mariage et non d'un problème d'état civil.

En matière interne la jurisprudence a déclaré que l'action en nullité de mariage doit être intentée au domicile du mari si elle est introduite par une Autorité ou par un tiers, qu'elle soit dirigée contre le mari seul ou conjointement avec sa femme.

Mais, vu les articles 120 à 136 CC du Titre final, il n'y a pas de règle de compétence territoriale en matière internationale. Le Tribunal fédéral se réfère à un arrêt non publié et confirmé: il s'agit d'un oubli. C'est donc une lacune. Le for de l'article 144 CC est dévolu à l'action introduite par un conjoint contre l'autre. Cette règle n'est pas applicable à l'action en nullité du mariage intentée par une Autorité ou par un tiers.

Puisqu'on a utilisé l'analogie avec le divorce, il faut consulter la LRDC aux fins de voir si elle détermine le for d'une action en nullité du mariage intentée par un tiers ou par une Autorité. L'article 8h concerne le conjoint étranger domicilié en Suisse. Ce dernier peut divorcer au lieu de son domicile. L'article 7g al. 1 se rapporte au Suisse domicilié à l'étranger qui peut agir en divorce au for de son lieu d'origine. Selon l'article 7f LRDC, c'est au for de son domicile que le conjoint suisse doit intenter son action en divorce nonobstant le lieu de célébration du mariage, le domicile ou la nationalité de l'autre conjoint. Enfin, selon la jurisprudence, le conjoint suisse à l'étranger peut agir indifféremment à son lieu d'origine ou à son domicile à l'étranger. S'agissant du divorce et de la nullité du mariage, la LRDC et la jurisprudence ne règlent donc que des questions où le demandeur est un conjoint. Il subsiste donc une lacune lorsque le demandeur est un tiers ou une Autorité.

Puisque la LRDC comporte une lacune sur le sujet, il faut consulter la doctrine. Selon Beck, l'article 121 CC sanctionne la nullité absolue du mariage et tend à protéger un intérêt public. Il devrait s'appliquer en matière internationale 1) s'il

s'agit de protéger l'ordre public suisse et 2) si l'on est en présence d'une cause de nullité de droit suisse.

Cette action appartient 1) à l'autorité cantonale compétente ou à tout intéressé notamment la Commune d'origine ou de domicile. L'action sera intentée d'office par l'autorité cantonale compétente: L'autorité cantonale compétente est le canton le mieux placé pour "*sauvegarder l'intérêt public*". Il faut alors opérer deux distinctions: 1. Le mariage a été célébré en Suisse. 2. Le mariage a été célébré à l'étranger.

1. Si le mariage a été célébré en Suisse, le for sera déterminé par le lieu de célébration. 2. Si le mariage a été célébré à l'étranger, ce sera ou l'autorité du domicile suisse ou celle du lieu d'origine pour un Suisse domicilié à l'étranger. Cette autorité agira en son lieu de domicile: L'autorité cantonale au Tribunal cantonal, l'autorité d'origine au Tribunal de son district. L'action de "*tout intéressé*" est déferé aux mêmes fors et aux mêmes conditions.

En l'espèce, le tiers intéressé domicilié en Suisse intente l'action contre un étranger en la personne du mari et de sa femme Suisse. La demande est à adresser alors au juge du domicile du conjoint suisse. Ce sera le for du lieu d'origine si le conjoint suisse est à l'étranger ou le for d'un domicile indépendant en Suisse s'il s'en est déjà constitué un. A l'inverse de l'action introduite par un des conjoints, l'action émanant d'un tiers ou d'une autorité est à déferer devant le juge du domicile de la partie défenderesse.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation est littérale pour élucider l'action d'un conjoint et l'action d'un tiers ou d'une autorité. Elle est littérale aussi pour distinguer une question d'état civil d'un problème de nullité du mariage. Elle s'étend aussi aux articles 7f, 7g al. 1 et 7h LRDC. C'est du même coup une interprétation systématique horizontale. Consultant la doctrine et faisant sienne son opinion, le Tribunal fédéral fait de l'interprétation doctrinale et recourt aussi à une interprétation téléologique de l'article 121 CC qui vise un intérêt public. Enfin si l'action est dirigée conjointement contre les deux époux, l'on peut agir au for du domicile du mari ou au for du défendeur suisse s'il a un domicile volontaire ou au for du lieu d'origine s'il n'en a point. Cette interprétation est extensive.

3. 5. La pratique antérieure

En matière internationale, s'agissant de la nullité du mariage, cette espèce est la première. Auparavant le Tribunal fédéral avait eu plutôt affaire à des cas de divorce. Une place à part doit être réservée à l'arrêt 60 II 1, JdT 1934, p. 579: Un Suisse domicilié en Suisse s'est rendu en compagnie de son amie en Espagne, puis en Angleterre dans le seul but de se marier. Ils sont revenus aussitôt en Suisse. Nous hésitons à retenir cet élément d'extranéité: Il est franchement artificiel et les parties ne l'ont créé que pour servir d'assise à leur fraude à la loi. En effet, le mari, mis sous tutelle sur la base de l'article 369 CC, ne pouvait se marier en Suisse au regard de l'article 120 chiffre 2 CC. D'une manière générale, nous retenons que l'action d'un tiers ou d'une autorité ressort au for du défendeur.

III. DANS LE DROIT DES SUCCESSIONS

1. L'arrêt 101 Ib 399 du 2 mai 1975

1.1. Les faits

Allemande, mais domiciliée en pays de Vaud, Irène meurt en 1972. Outre des legs en espèces, pour ses immeubles, elle a institué héritières trois sociétés protectrices d'animaux dont deux sont étrangères. Il est requis l'inscription des parts de propriété.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 6 al. 2 de l'AFAIE exige un intérêt légitime pour l'acquisition d'immeubles. Il est à mettre en relation avec l'article 20 qui porte sur les conséquences du refus d'autorisation.

1. 3. L'interprétation suivie

L'article 6 donne les motifs pour lesquels l'autorisation est accordée et l'article 7 indique les endroits où elle est exclue d'avance.

Relativement aux personnes, l'article premier définit celles assujetties à l'autorisation et l'article 5 énumère les exceptions. Parmi ces dernières figurent les héritiers légaux. Quant aux héritiers institués, ils sont soumis à l'autorisation. Ces sociétés passent donc par ce régime, encore faut-il alléguer un intérêt légitime.

Or, selon l'article 560 CC, sous réserve de la répudiation, les héritiers légaux acquièrent l'universalité de la succession à la mort du *de Cujus*. La situation des héritiers institués est identique. L'AFAIE est une *lex specialis* qui déroge à l'article 560 CC. Les sociétés ne reçoivent pas l'autorisation, mais l'institution d'héritiers en elle-même est valable. C'est une situation contradictoire.

Relativement au but poursuivi par l'Arrêté fédéral, le législateur n'entendait pas une telle conséquence. Ce n'est pas la situation de l'institution d'héritier qui est visée, mais bel et bien les actes bilatéraux, plus franchement les contrats de vente entre vifs.

Aussi le Tribunal fédéral établit-il une comparaison avec la situation de l'acheteur. Si ce dernier n'obtient l'autorisation, il n'a qu'à vendre l'immeuble à une personne susceptible de l'obtenir. L'acheteur serait ainsi mieux traité que l'héritier institué. Ce n'était pas l'intention du législateur, d'autant plus que l'institution d'héritier ne peut plus être renouvelée.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur la notion d'intérêt légitime. L'examen des articles premier, cinq, six et vingt constitue une interprétation systématique horizontale. A défaut de traces dans les travaux préparatoires, ce qui est une interprétation historique, le Tribunal fédéral cherche l'intention du législateur, c'est une interprétation téléologique. Enfin la Cour suprême déroge à l'application stricte de l'AFAIE en créant un cas particulier, c'est une interprétation restrictive. La lacune est comblée par l'analogie avec la vente. C'est une interprétation *a pari*. Les héritiers institués vendront l'immeuble à une personne non assujettie au régime de

l'autorisation. Le législateur n'a pas entendu favoriser l'acheteur plus que l'héritier institué: c'est une interprétation apologetique:

1. 5. La pratique antérieure

Relativement à l'intérêt légitime en matière de succession, ce cas est le premier dudit Arrêté fédéral du 23 mars 1961, en vigueur depuis le 1er avril 1961, tel que modifié au jour de l'arrêt.

2. L'arrêt 103 Ib 178 du 27 juillet 1979, JdT 1979 p. 529

2. 1. Les faits

D. Köster, Allemande, décède en 1975 sans héritier légal. Elle institue héritière unique une autre Allemande domiciliée en Allemagne. Et elle lègue à une Autrichienne une maison de 9 appartements à Emmen dans le canton de Lucerne. Elle requiert l'inscription de son legs.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

C'est le même texte légal, savoir l'article 6 al. 2 de l'AFAIE. Il s'agit toujours de notion d'intérêt légitime en matière de succession. La disposition est complétée par l'article 10 de l'*Ordonnance d'exécution* du 11 février 1976.

2. 3. L'interprétation suivie

Le légataire ne peut pas obtenir l'autorisation faute d'intérêt légitime comme dans l'espèce précédente. Il faut concilier la validité du legs et le refus d'autorisation. L'AFAIE ne vise que les actes bilatéraux le plus souvent entre vifs. Ce n'est pas le cas dans les successions. Si c'était à refaire, le Tribunal fédéral aurait purement et simplement refusé l'autorisation. En l'espèce, le légataire présentera un acte bilatéral, un contrat par lequel un tiers acquiert l'immeuble. Ce dernier fera alors une requête pour l'inscription. L'acheteur aura versé au légataire le prix de l'immeuble.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur la notion d'intérêt légitime. L'examen du but poursuivi par l'AFAIE constitue une interprétation téléologique. L'atténuation des rigueurs de l'AFAIE pour créer une exception est une interprétation restrictive.

2. 5. La pratique antérieure

Dans la pratique antérieure relative à l'article 6 al. 2 de l'AFAIE, jusqu'ici il y a seulement l'arrêt 101 Ib 379 du 2 mai 1975. Nous excluons les cas de l'article 7 où l'autorisation est impossible nonobstant l'intérêt légitime.

IV. DANS LES DROITS REELS

1. L'arrêt 108 Ib 430 du 15 juillet 1982

1. 1. Les faits

Petite vallée du Jura, Dappes demeura l'objet de contestation entre la France et la Suisse. Aux termes d'un traité du 8 décembre 1862, la Suisse cède Dappes à la France en échange d'une portion de territoire de contenance égale dans l'Etat de Vaud. Les habitants impliqués dans la Vaud resteront Suisses à moins d'une déclaration contraire. La bande cédée à la Suisse se compose essentiellement de pâturages et de forêts et l'on ne peut y accéder que par la route et les chemins venant de France. La plupart des terrains de ce secteur appartiennent au moment du litige à des ressortissants Français. Jean-Louis Morel, lunetier de profession, est domicilié à Morez dans le Département du Jura en France. Il introduit une requête en 1980 pour obtenir deux parcelles de ressortissantes françaises. Ces parcelles sont sises dans le Canton de Vaud. Il allègue à l'appui de sa demande qu'il veut des immeubles en Suisse, mais qui avaient appartenu, il y a un siècle, à la France.

1. 2. La texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Il s'agit de voir s'il y a un intérêt légitime à l'acquisition de la propriété immobilière au sens de l'article 6 al. 2 de l'AFAIE.

1.3. L'interprétation suivie

Dans le Traité franco-suisse, il n'y a pas de clause relative au transfert de propriété sur la partie acquise au canton de Vaud, en échange de la Vallée des Dappes. Dans le Traité de 1862: qui aurait imaginé qu'un *siècle plus tard, le législateur fédéral devrait restreindre le droit des propriétaires fonciers de disposer librement de leurs immeubles?*" (p. 436). Ce traité contient donc une lacune. De manière inverse, dans l'AFAIE, le législateur n'a pas eu conscience de la situation particulière de cette région. L'AFAIE contient également une lacune. C'est cette dernière que nous retenons, car elle se trouve dans une *lex posterior*.

Il faut tenir compte de la *ratio legis* de l'AFAIE et du Traité franco-suisse. Le but de l'AFAIE se ramène à trois propositions: 1. Il faut éviter l'acceptionnement du sol national par des étrangers. 2. Il faut assurer un bon aménagement du territoire. 3. Il faut éviter le renchérissement du prix des immeubles. Quant au Traité, il doit permettre l'acquisition de la propriété par des Français pourvu qu'ils présentent des motifs raisonnables. Ils sont considérés comme tels si le requérant justifie d'attaches familiales ou de proximité géographique. En un mot le futur acquéreur doit prouver qu'il n'est pas étranger au terroir. Jean-Louis Morel remplit parfaitement cette condition, car "*un de ses ancêtres fut le premier habitant*" (p.440) de cette région, aujourd'hui partie intégrante du territoire vaudois. La lacune est comblée par le but du Traité.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 6 al. 2 AFAIE sur la notion d'intérêt légitime. La recherche de la *ratio legis* de l'AFAIE et du Traité franco-suisse constitue une interprétation téléologique. L'examen des dispositions du Traité et de

l'AFAIE dessine une interprétation systématique horizontale. L'opération qui consiste à affranchir Moral des conditions, pourtant exhaustives, de l'article 6 el. 2 AFAIE est une interprétation extensive.

1. 5. La pratique antérieure

Il y a bien des arrêts sur la notion d'intérêt légitime. Mais s'égissant du Traité franco-suisse et l'AFAIE, cette espèce est la seule.

2. L'arrêt 91 II 100 du 28 janvier 1965, JdT 1965 p. 590

2. 1. Les faits

Un boulanger et confiseur subit une perte de gain. Elle est due aux travaux de démolition et de reconstruction entrepris par son voisin. Le chantier s'étend sur la chaussée, masque de ce fait le magasin et en rend difficile les accès. Le bruit et la poussière se chargent d'en détourner la clientèle. Le boulanger et confiseur agit en dommages-intérêts.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Selon l'article 679 CC si "*un propriétaire excède son droit*", la personne atteinte ou menacée peut actionner ce propriétaire. La disposition dessine trois voies de droit: 1) l'action en prévention du trouble, 2) l'action en cessation du trouble et 3) l'action en dommages-intérêts.

2. 3. L'interprétation suivie

Pour le demandeur la durée des travaux est excessive. La Cour d'appel bernoise la trouve cependant normale et considère que les installations du chantier étaient nécessaires, et d'en conclure que les répercussions sur les immeubles voisins étaient inévitables. Et pourtant le même Cour estime la demande bien fondée!

Quant au défenseur, il articule: Bruit, poussière, accès difficile et je ne sais, tout cela ne suffit pas pour engager sa responsabilité au sens de l'article 679 CC. A ses yeux, il n'encourt aucune responsabilité, car le déroulement des travaux a été irréprochable. C'est que les répercussions étaient inévitables.

Après le Canton, le Tribunal fédéral admet le bien-fondé de la demande et alloue des dommages-intérêts au boulanger et confiseur.

Le propriétaire répond de l'excès pour autant qu'il soit insupportable.¹²⁴ Or, il y a eu du bruit, de la poussière et des échafaudages ont gêné considérablement les accès au magasin et tout cela pendant 2 ans et trois mois. A quoi bon allouer des dommages-intérêts si l'on vient d'affirmer que les travaux étaient nécessaires? C'est là que gît la lacune. Est-ce à dire que les excès deviennent licites per le fait que les travaux sont nécessaires?

Pas vraiment! Alors quid? Le voisin est obligé de supporter ces excès moyennant dommages-intérêts. Le caractère nécessaire de ces constructions provient du fait de l'évolution des choses immobilières. Il est à remarquer qu'avant cet arrêt, la

¹²⁴ Per exemple l'ATF 88 II 10, JdT 1962, p. 545: "*Pour statuer sur l'existence d'un excès, le juge se place à un point de vue objectif. Sene attribuer une importance décisive aux mesures en phones ou en décibels, il tient compte des impressions d'un homme normal, faisant ainsi abstraction des doléances d'un hypersensible et de l'absence de réactions d'un être dépourvu de toute sensibilité.*"

haute Cour se contentait d'allouer des dommages-intérêts sans devoir s'embarrasser de savoir si les travaux étaient nécessaires ou pas!

Le caractère nécessaire résulte de l'évolution des choses dans l'immobilier. En effet, le législateur de 1907 avait dans l'esprit des immeubles, souvent construits de la main de l'homme. Les échafaudages géants, les perforeuses et leurs effets, bref tout cet attirail qui nous paraîtrait infernal si nous n'y étions habitués, tout cela date approximativement des années 1950, et les années 1960 en enregistrent l'épogée. Ainsi vers les années 50 l'article 679 reprend de l'intérêt: L. L'Huillier et W. Kolb lui consacrent respectivement 97 et 166 pages.¹²⁵ Le professeur P. Liver contribue à distinguer les dommages direct et indirect en 1959.¹²⁶

La législation se montre eussi attentive à l'effervescence immobilière, notamment par la *Loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale* LPF du 12 juin 1951. Elle atteint l'apogée notamment par le *Loi fédérale révisant les dispositions du Code civil et du Code des obligations sur le droit de superficie et le transfert des immeubles* du 19 janvier 1965¹²⁷ précédée par l'*Arrêté fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger* du 23 mars 1961 (AFAIE). Quant à la jurisprudence, ce n'est que dans cet arrêt qu'elle met en évidence le caractère nécessaire des constructions.

Faisant œuvre de législateur, le Tribunal fédéral déclare que les travaux nécessaires doivent être supportés nonobstant leur excès, à charge pour le propriétaire d'allouer une indemnité équitable.

Jusque là le caractère de la lacune n'apparaît pas nettement, elle ressort plus clairement si l'on envisage les effets de cet arrêt: Des trois actions ouvertes¹²⁸, il ne restera plus que l'action en dommages-intérêts.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 679 CC en relation avec l'article 684 CC). La comparaison avec d'autres dispositions légales (694, 701 et 52 al. 2 CO) constitue une interprétation systématique horizontale. Il y a une interprétation téléologique dans la pesée des intérêts du voisin et du propriétaire. La découverte de la lacune est surtout le résultat d'une interprétation objective ou évolutive ou encore contemporaine.¹²⁹

Cet arrêt sera confirmé par l'ATF 114 II 230, JdT 1989, p. 144.

2. 5. La pratique antérieure

L'espèce la plus typique est l'arrêt Perrin, 83 II 375. Dans les affaires antérieures la Cour suprême s'attache à préciser les divers dommages et les actions

¹²⁵ ZSR (RDS) 71/II, 1952, p. 1a et ss et p. 89a et ss.

¹²⁶ RJE 95/ 1959, p. 19 et ss. Cet auteur est le premier à sentir la nécessité de construire pour le propriétaire. Dans le même article, à la page 22, il critique l'arrêt Perrin en ces termes: "Das ist ein erstaunliches Urteil. Auch Maßnahmen, ohne welche die unerlässlichen Bauarbeiten auf einem Grundstück überhaupt nicht durch geführt werden können, sind danach wider rechlich und verpflichtet zu Schadenersatz, wenn die Beeinträchtigung eines Nachbarn während der Bauzeit ein gewisses Maß überschreitet."

¹²⁷ FF 196S I, p. 799

¹²⁸ 40 II 436: "Ein solcher drohenden Schaden kann aber nicht nur dann vorliegen, wenn ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht schon Bagriff ist, diese Ueberschreitung zu begehen."

¹²⁹ Cette interprétation découvre une lacune de "politique juridique". "Elle fait hiatus entre la loi et le droit équitable: Diekrepanz zwishen Gesetz und richtigem Recht". Cfr R. BAER, Zeitgemäßes Recht, Rectoratsrede, In Dies academicus, Universität Bern, 1973, p. 28 ss. Et A. MEIER-HAYOZ enseigne que l'interprète regarde du côté de l'avenir et non de la loi vers sa genèse. Cfr, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich, 1951, p. 136 ss.

correspondantes. Elle précise aussi le sujet de la responsabilité. Cette dernière est encourue indépendamment de *"toute faute personnelle commise par le propriétaire"* dans l'arrêt 44 II 36. L'espèce 47 II 408, JdT 1922 a trait au concours des dispositions applicables.

Dans l'arrêt Perrin du 19 septembre 1957, le Tribunal fédéral tranche: *"La défenderesse a outrepassé les limites des inconvénients qu'elle pouvait faire subir d'une manière licite à des voisins"*, (p. 383). La haute Cour ne se préoccupe manifestement pas de savoir si oui ou non les travaux étaient nécessaires. Elle a cependant flairé quelque peu le problème: *"Vitra SA a incontestablement excédé son droit de propriété alors même que ses installations pourraient être exigées du point de vue technique par les travaux effectués"*. La Cour cantonale n'avait pas, quant à elle, admis la responsabilité de Vitra SA. C'est dire qu'on voit déjà poindre et se rassembler les éléments qui seront à la base du revirement consacré par cet arrêt Tanner

3. L'arrêt 107 II 375 du 24 septembre 1981

3. 1. Les faits

Avec acte euthentique à Domdidier de Fribourg, G. vend à B. des immeubles dans la localité. Ce sont des champs, ferme et ses dépendances. Font partie du domaine d'autres immeubles sis en Commune d'Avenches. L'acte qui les concerne est à confectonner par un notaire vaudois. A Fribourg tout se passe bien, mais quand le notaire vaudois requiert la vente des immeubles, la Commission foncière s'y oppose.

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 20 al. 2 de la *Loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale* (LPR) du 12 juin 1951 dispose sur l'opposition en matière de ventes des biens-fonds: C'est au cantons d'en régler la procédure. Quid si le domaine agricole s'étend sur plusieurs cantons?

3. 3. L'interprétation suivie

L'article 20 al. 2 LPR laisse aux cantons la faculté de régler la procédure d'opposition. D'où l'on infère que le canton ne peut régler la procédure que sur son propre territoire. S'agissant de plusieurs cantons, la question relève du droit fédéral ou d'un régime concordataire. En l'espèce, il n'y a pas de dispositions légales ni de concordat.

Or le bien-fonds est situé sur deux cantons. Selon l'article 952 al. 2 CC, *"les réquisitions et les inscriptions constitutives de droits réels"* s'opèrent au lieu où se trouve la plus grande partie de l'immeuble. Le Tribunal fédéral se refuse à l'application analogique de cette disposition. Il examine plus attentivement cet immeuble situé sur deux cantons. Il commence par chercher son centre de gravité: le bien-fonds évoque les terres, les bâtiments, le paysan et sa famille. Et le paysan et sa famille suggèrent l'idée d'exploitation du domaine. Le bien-fonds constitue donc une unité économique dont le centre est marqué par le paysan et sa famille. De plus, dans l'esprit de l'article 1er LPR, le législateur a voulu établir un lien solide entre le domaine et la famille du paysan. Il faudrait donc que l'ensemble du domaine relève d'une seule autorité en matière d'opposition. Comment désigner

cette autorité? Il faut indiquer le canton avec lequel le domaine présente les liens les plus étroits. On a le choix entre 1) le canton où se trouve la plus grande partie du domaine, par analogie avec l'article 952 al. 2 CC, 2) le canton où le domaine présente plus de valeur économique, par analogie avec l'article 51 al. 2 LP, 3) le canton où se trouve le siège de l'exploitation, c'est-à-dire le canton où le paysan et sa famille ont leur domicile.

Oui, l'article 20 al. 2 LPR présente effectivement une lacune. Il n'indique pas qui est compétent pour faire opposition à la vente d'immeuble situés sur plusieurs cantons.

La LPR est une loi spéciale dont la *ratio* est de combattre la spéculation foncière. Le Tribunal fédéral construit tout son raisonnement dans cet esprit. C'est bien d'appliquer la loi et son esprit, mais aussi le domicile est un critère de toute première importance en droit civil. Le Tribunal fédéral a comblé la lacune en s'attachant au critère de domicile.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale opère la distinction entre les droits fédéral, concordataire et cantonal. Elle porte aussi sur l'analyse du bien-fonds, c'est-à-dire sur sa situation, son exploitation et sa valeur économique. Cette exégèse aboutit aux notions de domicile et de siège de l'exploitation. En l'espèce le siège de l'exploitation se confond avec le domicile du paysan, propriétaire du domaine. La recherche de l'esprit de la LPR, savoir combattre la spéculation foncière constitue une interprétation téléologique. La comparaison des dispositions du CC et de la LP forme une interprétation systématique horizontale.

3. 5. La pratique antérieure

Sur l'article 20 al. 2 LPR, cette espèce est la seule. C'est à tort que les répertoires mentionnent l'arrêt 88 I 331. Il se rapporte à l'article 19 LPR. Par ailleurs le domaine se trouve entièrement à Lyss dans le canton de Berne.

4. L'arrêt 114 II 230 du 19 mai 1988, JdT 1989 p. 144

4. 1. Les faits

La Rentenanstalt, Compagnie d'assurance, est propriétaire d'un immeuble en Ville de Zurich. De février 1982 à octobre 1983, il est l'objet de transformations et ravalement des façades. Alexandre SA, exploite deux magasins de mode à grande proximité. Il demande la réparation du dommage à Rentenanstalt

4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

C'est l'article 679 CC, note marginale, Responsabilité du propriétaire. Il insiste sur les limites à ne pas dépasser dans les rapports de voisinage.

4. 3. L'interprétation suivie

Dans cette espèce, nous retenons quatre éléments: 1) le constat de la responsabilité selon l'article 679 CC en relation avec l'article 684 CC, 2) les

prétentions de la demanderesse, 3) les arguments de la défenderesse et 4) les fondements du présent arrêt.

4. 3. 1. Le constat de la responsabilité

Y a-t-il excès dans l'exercice du droit? Il y a des immixtions, la nature des travaux, leur durée et leur intensité les rendent insupportables.

4. 3. 2. Les prétentions de la demanderesse

L'excès des travaux dépasse les égards dus aux voisins et vont au-delà de la tolérance. Elle agit par ailleurs assez tard, parce qu'elle avait d'abord tenté un arrangement. Se résout-il à agir parce qu'il ne pouvait plus tolérer?

4. 3. 3. Les arguments de la défenderesse

Il y a des immixtions, mais elles sont inévitables, car les travaux sont nécessaires. La défenderesse a pris les précautions requises pour limiter le dommage et elle conclut absolument à l'absence d'illicéité dans l'exercice de son droit.

4. 3. 4. Les fondements du présent arrêt

Le Tribunal fédéral, après avoir constaté, l'excès du droit, met en balance les intérêts des parties: Le propriétaire peut faire des travaux d'une certaine importance sur son immeuble surtout à *"le suite du développement des méthodes de construction mécanique."* D'autre part, le voisin n'aurait pas à subir un dommage aussi important (750.000)! Certes la loi interdit l'excès du droit de propriété, mais elle ne dit rien lorsque les travaux dommageables sont nécessaires et inévitables. *il y a une lacune de la loi.* Comment la combler? En faisant une conciliation des deux intérêts opposés: le propriétaire excessif allouera des dommages-intérêts à la partie lésée.

4. 4. Les méthodes d'interprétation

Le Tribunal fédéral a fait usage de l'interprétation littérale dans l'article 679 CC aux fins d'examiner l'excès et les immixtions de l'article 684 CC qui sont générateurs de dommage. Le recours à l'analogie de droit public met à profit les interprétations systématique horizontale et *a pari*. L'analogie des dispositions sur l'expropriation privée du CC est aussi une interprétation systématique horizontale et *a pari*. Pour découvrir la lacune, la haute Cour a procédé par l'interprétation objective ou évolutive contemporaine. La haute Cour a comblé la lacune par le biais de l'équité en faisant recours à l'analogie dans la figure de l'expropriation. Cette espèce confirme l'arrêt Tanner, 91 II 100, JdT 1965, p. 590.

4. 5. La pratique antérieure

Du 18 mai 1988, rétrospectivement, nous irons jusqu'à l'arrêt Tanner, 91 II 100, JdT 1965, p. 590, pour le reste nous renvoyons à la jurisprudence antérieure à cet arrêt que nous avons déjà analysée.

Dans les arrêts 111 II 24, JdT 1986, p.162 et 109 II 418, JdT 1984, p. 630, nous retiendrons que l'action en dommages-intérêts est sujette à la prescription, tandis

que l'action en constatation de droit et en cessation du trouble est imprescriptible aussi longtemps que dure le trouble. Et, dans ce cas, si une partie des dommages et intérêts est déjà connue, ces derniers sont soumis à la prescription à l'exclusion de ceux qui ne sont pas encore entièrement connus, du fait du trouble qui exerce toujours son empire.

L'arrêt 107 II 134, JdT 1982, p. 462 nous enseigne que lorsqu'il y a deux actions, l'action en cessation du trouble ne peut porter que sur le fonds qui est à l'origine du dommage et non sur le fonds du lésé. Celui-ci ne peut demander que des dommages et intérêts pour son propre fonds. Mais on peut réparer le fonds endommagé en nature, quitte à déduire cette réparation du montant total du dommage.

De l'arrêt 96 II 337, nous apprenons que l'Etat ne répond pas des immixtions excessives, mais inévitables. Et dans l'arrêt 91 II 474, JdT 1966, p.551, la collectivité publique répond, par contre, des effets dommageables dans la mesure où les immixtions sont évitables ou le sont sans frais excessifs. Et nous venons de rejoindre l'arrêt Tanner! Dans l'espèce que nous venons d'analyser, le Tribunal fédéral ne fait que confirmer sa jurisprudence, fixée à l'époque de l'arrêt Tanner. Il est bon de rappeler que, en son temps, l'arrêt Tanner a constitué un revirement spectaculaire!

5. L'arrêt 115 II 149 du 13 avril 1989

5. 1. Les faits

G. reçoit de la Caisse d'épargne et de crédit SA un crédit en compte courant de 475.000 francs. Une cédule hypothécaire au porteur sert de garantie. Elle grève en deuxième rang l'immeuble du débiteur. En janvier 1976 la cédule est réalisée dans une poursuite et acquise aux enchères pour 1000 francs par la Caisse d'épargne et crédit SA. Par la suite survient une poursuite en réalisation du gage immobilier, en décembre 1981. Pour le propriétaire de la cédule, le produit a été de 290.818,95 francs. En juin 1983, la Caisse d'épargne et de crédit SA ouvre une action contre G. concluant au remboursement du compte courant et 7% dès le 1er janvier 1982. On se demande si l'on doit imputer ou non sur le compte courant, les 290.818,95 francs, soit le produit de l'ancienne cédule hypothécaire.

5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Seul l'alinéa deux nous intéresse, mais nous donnons in extenso l'article 859 CC. Alinéa premier: "*La cédule hypothécaire et la lettre de rente sont nominatives ou au porteur*". Et l'alinéa deux: "*Elles peuvent être créées au nom du propriétaire lui-même*".

5. 3. L'interprétation suivie

Dans cet arrêt le Tribunal fédéral examine deux questions: 1) La validité de la cédule hypothécaire, 2) les controverses doctrinales et jurisprudentielles, 3) ensuite il prend position.

5. 3. 1. La validité de la cédule hypothécaire

Peut-on créer une cédule hypothécaire? La réponse est affirmative eu regard de l'article 859 al. 2 CC. Elle peut être eu porteur ou nominative. Cette dernière peut

être créée au nom du propriétaire lui-même. Elles se transmettent selon les règles qui gouvernent la tradition des papiers-valeurs. Celle au porteur peut faire l'objet d'un gage sous la forme de nantissement, c'est le cas dans cette espèce.

5. 3. 2. Les controverses doctrinale et jurisprudentielle

La controverse porte sur l'objet du gage. Qui est propriétaire de la cédula hypothécaire remise en nantissement? Sans aucune hésitation, c'est le propriétaire de l'immeuble qui l'a donnée en gage. Le possesseur du titre n'a qu'un droit de gage. Mais que représente effectivement le droit de gage? Pour une partie de la jurisprudence, l'objet du gage est la créance incorporée dans le titre. Une autre partie voit l'objet du gage dans la quote-part de l'immeuble. Elle correspondrait au montant de la cédula hypothécaire et à la case qui lui est assignée. La première opinion paraît erronée: le créancier-gagiste ne peut être propriétaire de la créance incorporée dans le titre. C'est le propriétaire du fonds qui a créé la cédula hypothécaire qui en reste propriétaire. Il n'a fait qu'en faire la remise à titre de garantie. L'actuel possesseur du titre n'est que créancier gagiste! Si le propriétaire du fonds lui a donné le titre en propriété, alors il n'est plus créancier gagiste, il est propriétaire de ce papier-valeur. En revanche, il paraît plus logique que l'objet du gage porte sur la quote-part représenté par le titre puisque le créancier gagiste peut le requérir dans une procédure de réalisation jusqu'à ce qu'il soit désintéressé. C'est la jurisprudence.

Les auteurs aussi se partagent: Une partie de la doctrine considère que le créancier gagiste de la cédula en nantissement n'a qu'un droit de gage immobilier. Une autre voit l'objet du gage dans le droit incorporé, prenant naissance au moment de l'inscription au registre foncier. Pour François Guisan, de deux choses l'une: Ou bien le créancier gagiste est le propriétaire de la cédula hypothécaire, l'hypothèse ne se réalise pas puisqu'il n'a que le nantissement. Ou bien, il devient propriétaire de la cédula, dans cette hypothèse, il ne peut pas agir en réalisation du gage immobilier

5. 3. 3. La position du Tribunal fédéral

La haute Cour laisse la controverse sur son *statu quo ante* et se contente de constater que le demandeur a acquis la propriété du titre, et cette dernière n'est pas contestée. La propriété du titre a bel et bien passé chez le créancier gagiste; mais la créance dont il est cette fois-ci propriétaire, reste bel et bien aussi garantie par un gage immobilier. Et la haute Cour pose la question pertinente, savoir ce qu'il en advient lors de la réalisation de l'immeuble. Le créancier gagiste ne pourra requérir que la valeur nominale du titre. Pour la Cour suprême, la créance garantie par un gage immobilier est indépendante de la créance de prêt, naguère garantie par le nantissement de la cédula hypothécaire. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à déclarer l'indépendance des deux créances, mais elles s'accordent aussi à constater que, dans la pratique, le fait est générateur de résultats pour le moins choquants: Ainsi la recourante a acquis la cédula à 1000 francs, elle a obtenu, dans la réalisation du gage mobilier, la coquette somme de 290.818,95 francs et elle n'entend pas l'imputer sur le prêt en compte courant! Cependant le Tribunal fédéral continue à déclarer que l'interprétation légale faite, il n'y a pas de lacune. Il laisse le soin au législateur de remédier à la situation. Il approuve donc la recourante qui ne veut s'en tenir qu'à l'application stricte des règles régissant la propriété de la cédula hypothécaire.

Il a été remis au créancier gagiste une cédula hypothécaire au porteur. Il en est devenu propriétaire dans une procédure de réalisation mobilière. La faillite du propriétaire du fonds grevé l'amène à participer à la réalisation immobilière. Il en tire une certaine somme, tout cela paraît fort normal. Mais dès lors que la cédula ne garantissait que le prêt de compte courant, il devrait consentir à laisser imputer le produit de la réalisation sur le montant de la dette. La doctrine et la jurisprudence l'ont assez décrié: de telles situations choquent le sens de l'équité. Certes, d'une part, le monde des affaires existe et excelle même en combinaisons de toutes sortes! Mais, d'autre part, face à un résultat choquant, le Tribunal fédéral aurait dû prononcer l'imputation du produit de la réalisation mobilière sur le solde du compte courant. Il aurait dû faire usage de l'interprétation évolutive, déclarer l'existence de la lacune et la combler au moyen de l'équité, et ne pas s'en remettre au législateur lorsqu'il voudra légiférer. Après tout la haute Cour a reçu du législateur lui-même le pouvoir de légiférer comme il le ferait lui-même.

5. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 859 CC pour voir si la création de la cédula est conforme à la loi. Elle porte aussi sur les articles 35 al. 2, 102 et 126 de l'*Ordonnance sur la réalisation des immeubles (ORI)*.

De cette manière le Tribunal fédéral fait en même temps de l'interprétation systématique horizontale. Les dispositions de l'ORI et de l'ancien OOF dégagent le but du législateur, savoir la protection des autres créanciers par rapport au créancier gagiste. C'est une interprétation téléologique.

5. 5. La pratique antérieure

Dans l'arrêt 104 II 15, il est question d'une cédula hypothécaire qui grève un immeuble. Ce dernier est saisi. La cédula ne peut pas être saisie.

Dans l'arrêt 44 II 247, JdT 1919 I, p. 194, il y a bien un titre hypothécaire et, dans la faillite, le créancier revendique son droit de gage. Dans l'espèce que nous venons d'étudier, le créancier revendique aussi son droit de gage. La spécificité de l'aspect réside dans le fait qu'il est devenu propriétaire de la cédula, lorsqu'il l'a acquise aux enchères. Lors de la réalisation de l'immeuble, il n'a pas voulu laisser imputer le montant de la cédula à la dette en compte courant: Pour la doctrine le fait a paru relever d'un cynisme très appuyé.

V. DANS LE DROIT DES CONTRATS

1. L'arrêt 48 II 487 du 13 décembre 1922, JdT 1923, p. 304

1. 1. Les faits

On vole du bois dans la forêt de K. Lisibach pendant la nuit. Il réveille son vacher M. Bucher pour l'accompagner à la recherche des voleurs. Les voilà aux prises avec les larrons! De son couteau, l'un d'eux atteint Bucher à l'oeil gauche et ils prennent la fuite sans être reconnus. L'oeil sera remplacé par un artificiel. La victime actionne son employeur et l'Assurance "Zurich". Lisibach y est assuré personnellement et pour son personnel.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Le mandant doit au mandataire l'indemnisation "du dommage causé par l'exécution du mandat, s'il ne prouve que ce dommage est survenu sans sa faute". Ce sont les termes de l'article 402 al. 2 CO. C'est que, le mandat étant onéreux, le mandataire doit supporter les risques de l'exécution, Quid alors en cas de mandat gratuit?

1. 3. L'interprétation suivie

Le Tribunal fédéral examine d'abord si l'action est à diriger contre "Zurich" et Lisibach. Il qualifie alors le rapport contractuel liant Bucher à son maître lors de leur activité tendant à chasser les voleurs.

1. 3. 1. L'action contre "Zurich"

Elle est fondée sur des bases légales. En effet, selon l'article 87 de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA)¹³⁰, le demandeur a un "droit propre" contre l'assureur, à concurrence du montant assuré. *In casu* la prétention dépasse largement ce dernier. Bucher n'a qu'à actionner Lisibach pour l'excédent.

1. 3. 2. L'action contre Lisibach

L'action à raison de la responsabilité de l'employeur suppose que l'employé ait participé au moins pour moitié au paiement des primes (art. 113 CO)¹³¹. Cette condition n'est pas remplie et l'article 60 LCA exclut une telle action. Lisibach répondra personnellement du dommage, mais selon quel type de contrat?

1. 3. 3. La qualification du contrat

Pour la haute Cour Bucher et Lisibach forment une communauté domestique. C'est un contrat de travail, mais qui doit s'exécuter dans un rayon bien déterminé. L'employé a bel et bien l'obligation de protéger son employeur et sa famille d'un danger imminent. Mais il ne doit le faire qu'à la maison et dans son voisinage immédiat. En dehors de ce périmètre le vacher n'est pas lié par un contrat de travail, sauf sur stipulation expresse. Tel n'est pas le cas et dès lors, lorsque Bucher se rend dans la forêt avec son maître, il exécute un mandat. Il exercera donc une action fondée sur le mandat. Or, selon l'article 402 al. 2 CO le mandant n'est responsable qu'en cas de faute de sa part. On ne la lui reproche pas, fût-elle légère!

Dans le mandat gratuit, le risque couru par le mandataire n'est plus son pendant que constitue la rémunération. Le mandat gratuit comporte donc une lacune. Il est des cas où "on peut rencontrer des situations où le contrat de mandat vient s'ajouter à une relation préexistante travailleur/employé".¹³²

¹³⁰Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, RO, Tome 24, 1908, p. 73S et ss.

¹³¹RO, Tome 27, 1911, p. 321 et ss

¹³²GUINAND, J. / KNOEPFLER, F., FJS, no 327, Mise au point du 1er août 1984, p. 5

Du mandat lui-même, on sait qu'il faut une faute, la faute légère suffit en principe.¹³³ Pour distinguer le mandat du contrat de travail la doctrine propose un certain nombre de critères, notamment ceux d'indépendance et de subordination.¹³⁴ La distinction mandat onéreux et mandat gratuit provient du risque. En effet, l'institution part du Digeste, passe chez les glossateurs sans beaucoup de changements! Lors de son incorporation dans les législations "*l'idée du risque l'a emporté*".¹³⁵ Le mandat gratuit comporte une lacune comblée par analogie avec la gestion d'affaires de l'article 422 CO.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur les articles 87, 60 LCA, 113 et 402 al. 2 CO. Elle aboutit à déterminer les défendeurs et la notion de mandat gratuit. L'ensemble des dispositions analysées et le rapprochement avec l'article 422 CO constitue une interprétation systématique horizontale. De ce dernier article, le Tribunal fédéral infère que le législateur a voulu tenir l'équilibre entre le risque et sa rémunération compensatrice. C'est une interprétation téléologique.

1. 5. La pratique antérieure

Relativement à l'article 402 al. 2 CO, cette espèce est la première. Et c'est à tort, conclut le Tribunal fédéral, que la demanderesse ait invoqué l'alinéa deux de cette disposition dans l'arrêt 46 II 440.

2. L'arrêt 61 II 95 du 2 avril 1935, JdT 1935 p. 615

2. 1. Les faits

A. Wüest et U. Haltiner exploitent deux domaines agricoles voisins. Le défendeur Haltiner demande à Wüest de lui secouer un poirier, car il est lui-même sujet à des vertiges. Il défère à la demande et monte sur une grande branche. Elle casse et il tombe avec elle et se blesse grièvement. Suit un long traitement médical, mais sans retour à l'intégrité corporelle d'antan. Il reproche à Haltiner de lui avoir assuré que l'arbre était sain et invoque principalement l'article 41 et suivants CO et, subsidiairement, l'article 339 CO.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'interprétation porte sur l'article 41 CO aux fins d'établir une faute éventuelle. Le demandeur invoque aussi l'article 339 CO ancien relatif au contrat de travail. Le Tribunal fédéral l'écarte au profit de l'article 402 al. 2 CO relatif au mandat.

¹³³ "Theoretisch muß leichtestes Verschulden (culpa levissima) des Auftraggebers zur Haftungsbegründung genügen", cfr GAUTSCHI, G., *Der einfache Auftrag in Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht*, 4. Teilband, p. 606

¹³⁴ GUINAND, J. / KNÖPFLE, F., *Ibidem*

¹³⁵ KADEN, E. H., *Des pertes fortuites du mandataire*, in *Mélanges G. Sauser-Hall*, p. 34

2. 3. L'interprétation suivie

Il n'y a pas de faute, aussi le Tribunal fédéral s'attache-t-il à qualifier le rapport contractuel et à dégager la responsabilité du mandant.

2. 3. 1. La qualification du contrat

L'article 339 CO ancien relève du contrat de travail. Or, le demandeur n'a pas loué ses services pour un temps déterminé ou indéterminé. Il a accompli une mission isolée et limitée, c'est donc un mandat, au sens de l'article 394 et suivants CO.

2. 3. 2. La responsabilité du mandant

L'article 402 al. 2 ne vaut qu'en cas de faute et pour le mandat onéreux. Or, il s'agit d'un mandat gratuit. Dans l'article 422 CO, le maître doit indemniser le gérant "de tout autre dommage que le juge fixe librement". On en déduit que le législateur n'a certainement pas voulu traiter mieux le gérant que le mandataire gratuit. Il y a donc une lacune dans le mandat gratuit. Le problème se pose dans les mêmes termes que dans le cas précédent. Cette espèce a le mérite de montrer, de manière indépendante, le mandat gratuit, tandis que dans l'arrêt précédent, il fallait d'abord le distinguer du contrat de travail.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale aboutit à la négation de la faute dans l'article 41 CO et à la notion de mandat gratuit dans l'article 402 al. 2 CO. L'interprétation systématique horizontale embrasse les articles 339 aCO, 402 al. 2 et 422 CO. Le but visé par le législateur dans l'article 422 CO constitue une interprétation téléologique.

2. 5. La pratique antérieure

Cette espèce a pour unique précédent l'arrêt que nous venons d'analyser.

VI. DANS LES SOCIÉTÉS

1. L'arrêt 51 II 412 du 5 octobre 1925, JdT 1926 p. 234

1. 1. Les faits

Une société anonyme siège à Glaris. Elle s'occupe d'opérations financières dans le domaine de l'électricité. Pour se conformer à l'*Ordonnance fédérale sur la communauté des créanciers* du 20 février 1918, il y aura une réorganisation à l'assemblée générale extraordinaire le 28 janvier 1921. En matière de vote, comme l'action privilégiée, l'action ordinaire a droit à une voix. Les statuts de cette date protègent des droits acquis au sens de l'article 627 CO et on ne peut les supprimer selon l'article 23 desdits statuts. Or, l'assemblée générale de Bâle, le 29 mai 1923, supprime les droits de préférence des actions privilégiées. La nouvelle organisation est votée le même jour par l'assemblée générale spéciale des actionnaires privilégiés et par l'assemblée générale ordinaire. Un certain nombre d'actionnaires attaquent ses décisions.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 627 al. 1 stipule: "*L'assemblée générale ne peut par un vote de la majorité priver les actionnaires de droits acquis*". Les actions de priorité dont il est question dans cet arrêt confèrent-elles des droits acquis? Dans l'affirmative, l'on ne peut les léser que par un vote unanime ou par une disposition expresse des statuts. *In casu* le vote était majoritaire, mais non unanime.

1. 3. L'interprétation suivie

Il s'agit de droits de priorité. Ils consistent dans le droit pour "*les actionnaires privilégiés d'être payés intégralement avant les actionnaires ordinaires*", (JdT, p. 245)

La notion de droit privilégié ne figure pas comme telle dans le Code des obligations. Il y a donc une lacune comblée avec l'analogie de l'article 627 CO. Le Tribunal fédéral a largement tenu compte de l'évolution du droit en Suisse comme à l'étranger. Il a ainsi corrigé le texte légal, désormais le vote majoritaire suffit, au lieu du vote unanime.

La haute Cour définit, ainsi le droit acquis, à la page 248: "*C'est un droit spécial réservé à certains actionnaires à titre individuel ou à des groupes d'actionnaires*". Les droits acquis sont accordés par la loi ou par les statuts. Ils ne dépendent ni de la décision de l'Administration, ni de celle de l'assemblée générale, fût-elle majoritaire.

Or, les statuts de 1921 prévoient à l'article 23 la constitution d'assemblées générales spéciales. Leurs décisions s'imposent-elles sans autre aux actionnaires privilégiés qui ne les ont pas votées? Le demandeur doit s'incliner devant le vote majoritaire, dit le Tribunal fédéral. Cette manière de voir est confirmée par le *Projet I de révision* et par l'*Ordonnance fédérale sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations (OFCC)*. Elle est encore confirmée par l'évolution récente de la législation. La haute Cour invoque le paragraphe 275 du Code de commerce allemand, le droit anglais dans *The Companies Consolidation Act* de 1907; le droit français dans une loi de 1913 et le *Projet II de révision* pour la Suisse. Dans la pesée des intérêts, savoir ceux de la société et ceux d'un actionnaire ou d'un groupe d'actionnaires, la Cour suprême privilégie les intérêts de la société. C'est pour faciliter sa création, son existence et sa liberté de mouvement. Cette protection de la société protège aussi l'actionnaire lui-même par ricochet et malgré lui.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

Les notions de droits de priorité et de droit acquis font l'objet d'une interprétation littérale. Privilégier la société par rapport à l'actionnaire dans la protection législative, c'est une interprétation téléologique. L'examen de l'évolution du droit forme une interprétation objective. La haute Cour a pris appui sur le droit comparé.

1. 5. La pratique antérieure

S'agissant strictement des droits de priorité, cette espèce est la première. Mais le Tribunal fédéral les assimile aux droits acquis. Il est dès lors justifié de considérer la pratique sur ces derniers. Dans l'arrêt 41 II 610, JdT 1916, p. 450, l'assemblée générale d'une Compagnie de chemin de fer accorde à une commune une

subvention annuelle. La société n'avait cependant aucune obligation de procéder au partage effectif. Il est du ressort de l'assemblée générale de décider de telles déductions. Elles sont dès lors inattaquables.

L'espèce 50 II 496, JdT 1925, p. 140 compète au délai. Le Conseil d'administration a fixé un délai insuffisant pour le dépôt des actions eux fins d'obtenir des bulletins de vote. C'est une violation de droits acquis. Aussi un actionnaire qui a déposé ses actions dans le délai utile peut-il attaquer la décision de l'assemblée générale: il suffit d'invoquer le délai trop court qui a empêché les autres actionnaires de voter. A plus forte raison, les actionnaires privés de leur droit de vote, de ce fait, peuvent, avec succès, attaquer les décisions de l'assemblée générale.

Dans l'arrêt 51 II 330, JdT 1926, p. 114, il est question d'une société de chemin de fer ayant un caractère local. Pour cette qualité, des communes intéressées ont souscrit ses actions à titre de subventions. Le rapport juridique est régi par le droit commun et par la loi du 25 juin 1895 relative au vote des actionnaires de Compagnies de chemins de fer et la participation de l'Etat à leur administration. En l'espèce cette loi déroge à l'article 644 el. 3, chiffre 1 CO et permet à la Commune de désigner son représentant comme membre du Conseil d'administration. La pratique du Tribunal fédéral reste constante en matière de droits acquis, l'espèce que nous venons d'analyser constitue un revirement. Pour changer de jurisprudence, la haute Cour recourt à une interprétation objective ou évolutive ou contemporaine.

2. L'arrêt 83 II 297 du 11 juin 1957, JdT 1958 p. 473

2. 1. Les faits

A Winterthur depuis 1934, J. Lerch SA, entreprise de constructions, soumet le transfert de ses actions à une approbation. Société de famille au départ, elle s'est ouverte à des tiers. E. Häring a vendu en 1952 trente actions au défendeur. Le contrat prévoit un droit de réméré pour dix ans. Le transfert est approuvé, mais le demandeur veut faire usage de son droit de réméré. L'approbation refusée, il invoque les vices de la volonté et la scission entre les droits sociaux et patrimoniaux.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Selon l'article 627 chiffre 8 CO, pourvu qu'elles figurent dans les statuts, l'interdiction de transférer les actions nominatives et toute autre restriction y relative sont permises par la loi. C'est, en d'autres termes, la stipulation de l'article 686 el. 1 CO: *"Le société a le droit de refuser l'inscription sur le registre des actions pour les motifs que prévoient les statuts"*. Le transfert est justement limité par l'article 5 el. 2 des statuts. Cette restriction embrasse-t-elle tous les droits incorporés dans l'action ou effectue-t-elle certains droits? A ce sujet quel était le but des parties lors de la conclusion de la vente?

2. 3. L'interprétation suivie

Il n'y a pas de vices de la volonté qui tiennent, aussi le Tribunal fédéral s'attache-t-il à la dissociation des droits dans l'action et à l'examen du but des parties lors du contrat.

2. 3. 1. La dissociation des droits sociétaires et patrimoniaux

Quand la société limite le transfert des actions, ce n'est pas pour un problème d'argent, mais une question de personnes. Elle entend écarter des indésirables. Les droits sociétaires et les droits patrimoniaux peuvent être scindés en deux, encore faut-il que les parties aient voulu cette scission dans leur contrat.

2. 3. 2. La volonté des parties

Le droit de réméré devait se rapporter à tous les droits incorporés dans l'action et les parties ignoraient la scission possible des droits sociétaires et patrimoniaux. Si elles avaient su, auraient-elles accepté cette scission? Dans l'affirmative il y a une lacune dans le contrat. Il faut alors se demander si la lacune porte sur un élément essentiel ou non essentiel du contrat: dans la première hypothèse la correction est purement et simplement impossible, dans la seconde, le juge peut rétablir ce qui aurait pu être la volonté réelle des parties. Le juge comble la lacune par le but et le sens du contrat.

2. 3. 3. Le but et le sens du contrat

Aux termes de l'article 684 al. 2 CO, l'action nominative peut se transmettre par endossement. Dans ce cas, au refus d'inscription, l'aliénateur garde sa qualité d'actionnaire au sens de l'article 685 al. 4 CO. Comment les parties auraient-elles conclu le contrat si elles avaient été au courant de cette possibilité? Le vendeur qui s'est réservé un droit de réméré entendait le retour de ses actions avec tous leurs droits. Ou bien, puisqu'il avait un grand besoin d'argent, il aurait accepté la dissociation des droits et attendre qu'une majorité lui devienne un jour favorable à l'assemblée générale. C'est dans ce sens que le Tribunal fédéral comble la lacune du contrat: L'aliénateur reste actionnaire et il reste au bénéfice des droits sociaux, tandis que l'acquéreur se contente des droits patrimoniaux.

L'interprétation évolutive a été mise à profit. En effet il existe avant cet arrêt les *Mélanges à François Guisan datés de 1950*. Le haute Cour les connaissait. Sous la plume de G. Flattet, nous apprenons que la séparation des droits patrimoniaux et sociétaires est déjà un fait accompli dans la législation, dans la doctrine et dans l'évolution du droit.

Dans la législation l'article 690 al. 2 CO dissocie les droits de l'usufruitier et ceux du nu-proprétaire. Certes le premier représente les actions, mais il est responsable des intérêts du constituant de l'usufruit. Il perçoit cependant les fruits des actions, savoir les droits patrimoniaux. Selon l'article 899 CC, l'actionnaire peut constituer en gage les revenus de ses actions, encore faut-il respecter la forme. Il y a là aussi une dissociation des droits.

La doctrine admet cette distinction. Ainsi F. W. Bürgi sépare les droits sociétaires et les droits patrimoniaux.¹³⁶

Dans la pratique, on observe une tendance à l'évolution. Ainsi le Conseil d'administration se voit remettre des mandats en blanc pour voter à la place des actionnaires absents.¹³⁷ Le même auteur signale l'entrée dans la pratique des figures anglo-saxonnes. Les trusts apparaissent dans les années 1930: un public

¹³⁶BUERGI, E. W. . *Das Obligationenrecht*, 5. T., Zürich, 1957, art. 686, no 100, p. 331-332

¹³⁷FLATTET, G. . *La dissociation des droits de l'action*, *Mélanges Guisan*, Lausanne, p. 145

constitue un fonds de placement dont il reste propriétaire. L'administration en est confiée à un trust. Ce dernier acquiert des actions qu'il représente à l'assemblée générale. Les dividendes sont cependant perçus par les constituants de fonds. L'évolution des choses tous azimuts consacre donc la dissociation des droits sociétaires et patrimoniaux.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

Les notions de droits sociaux et patrimoniaux, d'éléments essentiel et non essentiel du contrat, de titres à ordre et nominatif forment une interprétation littérale. Le but poursuivi dans la limitation du transfert est une interprétation téléologique. La comparaison avec d'autres dispositions légales est une interprétation systématique horizontale, tandis que le renvoi à la doctrine est à la fois une interprétation doctrinale et objective. En examinant le trust, la haute Cour prend appui sur le droit comparé.

2. 5. La pratique antérieure

Pour les motifs que prévoient les statuts, la société peut refuser l'inscription au registre des actions. Le transfert par endossement a pour effet la dissociation des droits sociétaires et patrimoniaux. Sous ce rapport, l'espèce que nous venons d'analyser n'a pas de précédent. L'arrêt 76 II 51, JdT 1950, p. 555 compète à l'action dirigée contre une décision du Conseil d'administration. Cette dernière n'est pas attaquable en lit de justice par un actionnaire. Il ne peut recourir que contre une décision émanant de l'assemblée générale. Contre le Conseil d'administration il ne dispose d'aucune défense et le Tribunal fédéral a eu l'occasion de dire qu'il ne s'agissait aucunement d'une lacune de la loi.

3. L'arrêt 90 II 235 du 7 juillet 1964, JdT 1965 p. 138

3. 1. Les faits

Il s'agit de la même société. Luc Wortmann-Häring, défendeur, y possède avec sa femme 141 actions. Il conclut une vente de 88 actions avec son beau-frère E. Häring en juillet 1953. Trente-huit actions doivent être endossées et remises à l'acquéreur. En outre le vendeur doit 1) récupérer les 30 actions de l'arrêt précédent par l'exercice de son droit de réméré et 2) en libérer 20 autres auprès d'une banque. Il les endossera également et les mettra en possession de Luc Wortmann-Häring. Le contrat deviendra caduc si E. Häring ne peut remettre les 88 actions dûment endossées. E. Häring s'engage également à lui donner le droit de vote jusqu'à son inscription au registre. Après l'arrêt de juillet 1957, par lettre, la vente est portée au Président du Conseil d'administration. Pour ce dernier la valeur vénale est en réalité bien supérieure à la valeur nominale et se déclare disposé à payer le double de celle-ci. Alléché par cet avis-offre E. Häring signifie au défendeur que le contrat devient caduc. Dans la suite l'un et l'autre réclament le dividende afférent aux 88 actions pour l'exercice 1958.

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Il y a vente d'actions nominatives liées. Survient le refus d'inscription de l'acquéreur fondé sur les statuts et les articles 627 chiffre 8 et 686 al. 1 CO. Y a-t-il dissociation entre les droits sociétaires et les droits patrimoniaux?

3. 3. L'interprétation suivie

Cette espèce pose les mêmes questions que la précédente, savoir la validité du contrat de vente et son interprétation. Cette dernière aboutit à la dissociation entre les droits sociaux et les droits patrimoniaux. Cet arrêt revêt cependant un grand intérêt à quelques égards: D'abord les faits sont plus complexes. Ensuite le Tribunal fédéral accueille la critique de la doctrine. Et, de manière explicite, la haute Cour se réfère à la bonne foi pour combler la lacune.

3. 3. 1. La critique de la doctrine

Depuis le précédent arrêt, des voix de la doctrine se sont élevées. Elles désapprouvent l'expression "*scission des droits incorporés dans une action*". Droits sociétaires et droits patrimoniaux, voilà des expressions qui ne sont pas heureuses. Ces droits sont tous liés au statut de sociétariat. La doctrine préfère distinguer les droits d'administration et les droits de créance. Le droit à la part du dividende est un droit de créance. En revanche dans la détermination du dividende, il intervient un faisceau de droits liés au sociétariat. Selon P. Jäggi, comme droit, l'action est indivisible et la séparation des droits qu'elle incorpore est inconnu de la loi.¹³⁶ La Cour suprême acquiesce à la critique, mais considère que c'est une question de terminologie. Peul Carry l'admet lui-même en 1961: "*Ce n'est donc plus qu'une question de terminologie*".¹³⁹

3. 3. 2. L'interprétation du contrat

Pour le demandeur le contrat n'est valable qu'à la condition de transférer tous les droits afférents aux 88 actions et il conclut à l'absence de lacune dans le contrat. Les parties ignoraient parfaitement que les titres pouvaient être transférés nonobstant le refus d'inscription de l'acquéreur. Elles ne pouvaient donc pas se représenter la validité de la vente. Le contrat présente donc une lacune. Celle-ci ne porte pas sur un point essentiel et le juge peut ainsi la combler. Selon la Cour cantonale, Luc Wortmann visait à obtenir la majorité des actions dans la société, soit 229 actions sur 450. Pour lui c'était tout ou rien. Qu'aurait-il fait de bonne foi, s'il avait eu connaissance de la dissociation entre les créances découlant des actions et les droits d'administration? Il se serait contenté du seul transfert des créances. C'est d'autant vrai qu'il savait que l'inscription ne s'obtenait pas tout de suite et il devait s'attendre à un éventuel refus. Et la preuve en est donnée par son comportement: il est prêt à payer la totalité du prix de vente alors qu'il n'est pas encore titulaire des droits d'administration. Quant au demandeur, il a vendu les actions à son beau-frère pour qu'elles restent dans la famille. Il savait cependant

¹³⁶ "Als Recht ist die Aktie unteilbar. Die Unterscheidung zwischen Mitgliedschaft und Vermögensrechten ist dem Gesetz überhaupt nicht bekannt, und ist unrichtig." Jäggi, P., Zur "Spaltung" der Aktienrechte, Die schweizerische Aktiengesellschaft, 33. Jahrg. 1960/1961, Zürich, p. 66

¹³⁹ Le transfert entre vifs des actions nominatives liées, Conférence de M. le Professeur Paul Carry donnée le 14 mars 1961 (Texte non publié), p. 11

fort bien que la transfert de tous les droits dépendait de l'approbation de la société. Qu'aurait-il fait s'il avait connu la dissociation des droits de créance et d'administration? Il se serait contenté de réaliser, en partie seulement, ses intentions, savoir céder les seules créances découlant de ces titres. Son comportement ultérieur en fournit par ailleurs la preuve. En effet, plusieurs semaines après son dernier procès de 1957, il a chargé son avocat de ramener les actions au défendeur. Il s'est déclaré aussi prêt à les endosser. Et voilà que deux ans plus tard il change d'avis et invoqua la caducité du contrat. Le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il est de mauvaise foi. Il adopte un autre comportement à cause du Président du Conseil d'administration. Celui-ci n'a-t-il pas proposé de lui acheter les actions au double de leur valeur nominale?

3. 4. Les méthodes d'interprétation

Comme dans l'arrêt précédent, il s'agit d'une lacune du contrat. Le Tribunal fédéral tient compte de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine et de l'évolution du droit. Autant dire qu'il a utilisé les mêmes interprétations que dans l'espèce précédente en y ajoutant l'interprétation par la bonne foi.

3. 5. La pratique antérieure

Cette espèce e pour précédant la dernier arrêt.

4. L'arrêt 49 II 352 du 10 octobre 1923, JdT 1924 p. 130

4. 1. Les faits

En décembre 1910, Mathis R., de Berlin acquiert 8 actions de Prudentia SA, Société de réassurance (Rück und Versicherungen). Elles sont libérées à 25% et inscrites à son nom. Les statuts disposent: 1) Les actions ne peuvent être cédées que sur accord du Conseil d'administration. 2) La cession est portée au registre et sur les titres eux-mêmes. 3) Perdus ou disparus, ils sont remplacés, qu'il s'agisse des actions, des coupons et même des talons. En janvier 1923, ses avocats requièrent l'annulation des actions considérées comme perdues.

4. 2. Le texte légal, la mot, les expressions à interpréter

L'article 842 et. 2 CO règle l'annulation des actions endossables. Or, celles en litige ne sont pas cassibles, d'une part. D'autre part, l'article 849 CO prévoit l'annulation des titres au porteur et renvoie aux dispositions suivantes pour la suite de la procédure.

4. 3. L'interprétation suivie

La transfert des actions selon les statuts ne peut se faire que par la voie de la cession avec l'assentiment du Conseil d'administration.

Sous l'empire de l'ancien Code des obligations, Le Tribunal fédéral a considéré "que seuls les titres au porteur ou à ordre étaient des papiers-valeurs" (JdT 1924 p.132) annulables selon l'article 842 al. 2 CO. A contrario les titres nominatifs ne sont pas des papiers-valeurs et, par conséquent, on ne peut pas procéder à leur annulation.

Le *Projet* de révision de 1905 réagit contre cette manière de voir et considère les titres nominatifs comme des papiers-valeurs. Il ajoute qu'à défaut de disposition applicable, il faut procéder analogiquement par l'annulation des titres au porteur. Dans le Code des obligations révisé, les dispositions du *Projet* ne sont pas toutes intégrées dans la loi: la partie révisée va jusqu'à l'article 551, s'agissant du droit commercial. Mais il existe des articles qui contiennent certaines définitions. Ainsi l'article 482 CO classe les titres en trois catégories: titres à ordre, au porteur et nominatif. Or, cette disposition est en vigueur et l'on est légitimé à déclarer que les titres nominatifs sont des papiers-valeurs. Et dès lors comment les annuler, le cas échéant? La loi ne contient pas de règle expresse. Est-ce un silence qualifié du législateur? Il faut répondre par la négative. Or, c'est précisément pour pouvoir les annuler qu'on a commencé par les considérer comme des papiers-valeurs. C'est donc une lacune de la loi. Pour la combler il faut rechercher le but et le rôle économique desdits titres. Les papiers-valeurs jouent un rôle dans les transactions commerciales, leur but est de faciliter les paiements. Les titres à ordre présentant cette particularité qu'ils restent très peu en circulation. Il faut appliquer alors aux titres nominatifs les dispositions sur les titres au porteur en matière d'annulation, c'est-à-dire les articles 849 et suivants CO. C'est du reste la solution choisie par le législateur pour l'annulation d'autres titres: Les actions nominatives transmissibles par endossement (art. 844 al. 2 CO), les titres de gage immobilier (art. 870 CC), etc. Certaines dispositions du Code des obligations révisé permettent de ranger les titres nominatifs parmi les papiers-valeurs. Or, ces derniers connaissent une procédure d'annulation, sauf justement pour les titres nominatifs. Il y a donc une lacune. Le Tribunal fédéral la comble par l'analogie avec l'annulation des titres au porteur.

4. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 844 al. 2 CO. Elle aboutit à opérer la différence entre les titres transmissibles par cession ou par endossement. L'examen du *Projet* de 1905 et de quelques-unes des dispositions adoptées est une interprétation historique. La comparaison avec d'autres dispositions du Code civil et de la *Loi fédérale sur le contrat d'assurance* constitue une interprétation systématique horizontale. La recherche du but et du rôle des papiers-valeurs est une interprétation téléologique. Le refus d'appliquer les règles des titres à ordre est une interprétation restrictive tandis que le choix de celles relatives à l'annulation des titres au porteur est une interprétation extensive.

4. 5. La pratique antérieure

Il convient d'abord de dire que nous ne nous occupons pas de l'ancien Code des obligations. Il suffit de relever qu'il refusait l'annulation des titres nominatifs. Par rapport à l'ancien Code ces obligations, il s'opère maintenant un changement de jurisprudence. Dans la jurisprudence nouvelle, cette espèce est la première. Dans l'arrêt 43 II 810, JdT 1918, p. 248, la haute Cour a déclaré que les "certificats de caisse d'Épargne expressément stipulés payables au porteur sont des titres au

porteur" (JdT, p. 248). Elle a par conséquent appliqué l'annulation des titres au porteur.

VII. DROIT DES LOIS SPECIALES

1. L'arrêt 74 I 105 du 24 juin 1948, JdT 1949 p. 149

1. 1. Les faits

En novembre 1946 Pernod SA agit contre Ebnetter, E. et Co SA. Elle invoque la violation de droit à sa marque et la concurrence déloyale. Un Tribunal a été désigné, mais par une commission nommée par l'Etat (Standeskommission). La défenderesse conclut à l'inconstitutionnalité et partant, à la nullité de la règle ainsi établie.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Voici l'article 29 LMF, alinéa premier: *"Les cantons désignent le Tribunal chargé de juger, en une seule instance, les procès civils auxquels l'application de la présente loi donnera lieu"*.

1. 3. L'interprétation suivie

Le défendeur n'admet pas la compétence du Tribunal cantonal. A son estime, elle revient au Tribunal de district. Est-ce à dire que c'est le seul compétent lorsque le droit fédéral prévoit une instance unique?

Pour le Tribunal fédéral, le LMF institue un for cantonal unique. Dans cette espèce la juridiction devrait revenir au Tribunal le plus élevé hiérarchiquement, à savoir le Tribunal cantonal. Ce dernier a justement conclu à une lacune dans le Code de procédure cantonale et l'a comblée en s'attribuant la compétence. Est-ce, sans arbitraire? Une règle de droit est arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur *"des motifs sérieux et objectifs"* ou lorsqu'elle est dépourvue *"de sens et d'utilité"*.¹⁴⁰

Le Code de procédure appenzellois n'a pas de règle instituant une instance unique en application de l'article 29 LMF. Bien qu'une norme existe, elle n'est pas constitutionnelle, car elle a été portée par une Commission incompétente. Faute de constitutionnalité, la règle en question est censée ne pas exister. Il y a dès lors une lacune dans le Code de procédure. En s'attribuant la compétence le juge cantonal viole-t-il l'article 58 de la Constitution? L'hypothèse ne peut être envisagée que si le Tribunal cantonal soustrait le litige au juge constitutionnel, dit souvent le juge naturel. Or, précisément ce dernier n'est pas désigné ni par la Constitution ni par la loi cantonale. La Cour cantonale n'opère donc pas un détournement de litige, elle ne fait que combler la lacune du droit cantonal par le droit fédéral: L'application de l'article 1 al. 2 CC.¹⁴¹

¹⁴⁰GRISEL, A., *Traité de droit administratif*, Vol. I, Neuchâtel, 1984, p. 364. Cette définition se trouve dans de nombreux arrêts, notamment l'ATF 109 Ia 124/125. Il ajoute qu'une règle est arbitraire aussi lorsque *"elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à réglementer"*.

¹⁴¹GULDNER, M., *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich, 1958, p. 64, II: *"Das Bundesprivatrecht nicht derogieren, weder direkt, indem sie vom Bundesprivatrecht abweichende zivilrechtliche Vorschriften erlassen, noch indirekt, indem sie zivilprozessuelle Vorschriften, welche die Verwirklichung des Bundesprivatrechtes verunmöglichen oder hindern."*

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 29 LMF dans l'expression "*le tribunal chargé de juger, dans une seule instance*". En s'inspirant de l'article 100 LAMA et du *Projet* de Code de procédure civile, la Cour suprême fait de l'interprétation systématique horizontale. elle utilise la même interprétation lorsqu'elle compare l'article 29 LMF avec les dispositions d'application des autres cantons. Pour décider laquelle de deux Cours est compétente, elle utilise le raisonnement *a fortiori*, avec l'argument *a maiore ad minus*. Les considérations sur la constitutionnalité forment une interprétation systématique verticale.

1. 5. La pratique antérieure

S'agissant d'une lacune de procédure cantonale, en application de l'article 29 LMF, cette espèce est la première et c'est à tort que les répertoires mentionnent les arrêts 42 II 666, JdT 1917, p. 215 et 55 II 272, JdT 1930, p. 146.

Le premier se rapporte à l'article 6 et tranche la question de la confusion possible entre les noms de Basolin et Burson. Le Tribunal fédéral résout d'ailleurs la question par la négative. Quant au second, il ressort à l'article 30 et désigne le for pour une personne physique, domiciliée à Bâle, et considérée comme "*déposant d'une marque*". Le Tribunal fédéral choisit le domicile du défendeur. L'arrêt contient cependant un élément d'extranéité, mais rapidement écarté par la haute Cour.

2. L'arrêt 114 Ib 261 du 16 décembre 1988

2. 1. Les faits

En avril 1986, deux avocats Genevois et une Dame d'origine allemande fondent une société anonyme. Le capital social est de 50 actions au porteur de 1000 francs. La Dame allemande détient 25 actions, les deux avocats se partagent les autres respectivement 12 et 13 actions. Le but avoué embrasse toutes opérations financières, immobilières, commerciales ou industrielles. Les fondateurs n'ont pas l'intention d'acquérir des immeubles en Suisse dans un avenir prévisible. Le problème est que l'une des fondateurs, la Dame allemande est étrangère et détient la moitié des actions.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'autorité compétente est celle du lieu où l'immeuble est sis ou, en cas d'acquisition de parts de personnes morales ou de participation à une société sans personnalité juridique, mais ayant la capacité d'acquérir, celle du lieu où se trouve la part des immeubles prépondérante en valeur. Tels sont les termes de l'article 15 al. 2 de la LFAIE du 16 décembre 1983.

2. 3. L'interprétation suivie

Les statuts manifestent le but de la société, mais ils peuvent le masquer. Il faut alors chercher la véritable intention des fondateurs: Ils ont la ferme intention d'acquérir des biens-fonds. La réalisation d'opérations immobilières n'est donc pas exclue, car c'est l'une des clauses statutaires.

La Dame allemande n'a pas de permis d'établissement. Elle est donc soumise au régime de l'autorisation pour acquérir des immeubles en Suisse. Par ailleurs d'autres personnes à l'étranger se sont ajoutées. De toute manière, il faut s'adresser à une Autorité pour l'inscription. Celle-ci est donnée par l'article 15 al. 2 LFAIE, s'agissant d'immeubles bien déterminés. Quelle est-elle lorsque les immeubles ne sont pas encore connus, mais qui pourraient exister un jour ou l'autre? La loi ne désigne pas cette Autorité. Il y a donc une lacune de fait pour ces immeubles. La comble revient à chercher un critère de rattachement. Pour les immeubles déterminés le critère de rattachement était le domicile. Pour les immeubles non encore connus ce sera le siège de la Société. *In casu* le Département genevois de l'économie publique est donc compétent.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

Par les statuts de la société le Tribunal fédéral cherche à dévoiler l'intention des fondateurs. C'est une interprétation téléologique du contrat de société. La notion de permis d'établissement, à propos de la Dame allemande appelle une interprétation littérale. L'examen des différentes dispositions de la LFAIE est une interprétation systématique horizontale. Pour les meubles connus, le fait est celui de leur lieu de situation. S'ils ne sont pas encore connus, ce sera celui du siège de la société. C'est une interprétation extensive.

2. 5. La pratique antérieure

Cette espèce est la première s'agissant de l'autorité compétente lorsque les immeubles de la société ne sont localisés.

B. NEGATION DES LACUNES

I. DROIT DES PERSONNES

1. L'arrêt 100 Ib 137 du 3 mai 1974, JdT 1975 p. 354

1. 1. Les faits

Les faits touchent à la Loi fédérale portant révision du contrat de travail. Elle apporte trois dispositions nouvelles (331a à 33c) et abroge les titres X et X bis du Code des obligations ainsi que ses révisions du 18 décembre 1936 et du 20 septembre 1963.

En février 1970 Geigy SA fonde une Caisse de pension pour veuves et orphelins de la Société. En octobre a lieu une fusion sous la raison Ciby-Geigy et la nouvelle société reprend entre autres la Caisse de pension susmentionnée. Toutes ses institutions de prévoyance sont regroupées sous "*Caisse de pension Ciby-Geigy*". En décembre 1972, le Conseil de fondation réglemente le libre passage: L'assuré qui part avant sa cinquantième année, perçoit une indemnité. Il est prévu aussi une indemnité après cinq ans d'activité. Le Département de justice de Bâle réagit: Le système des versements en espèces est illégal. Cette décision, au sens de l'article 5 LPA, fut suivie d'un recours au Conseil d'Etat. Il fut rejeté.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Il s'agit de l'article 7 al. 2 des dispositions finales et transitoires du CO ainsi conçu: *"Les institutions de prévoyance en faveur du personnel qui existent au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi doivent, jusqu'au 1er janvier 1977, adapter leurs statuts aux règlements, en observant les prescriptions de forme prévue pour leur modification, aux articles 331a et 331c, ceux-ci s'appliquent dès le 1er janvier 1977 à toutes les institutions de prévoyance."*

1.3. L'interprétation suivie

Les opinions de la Caisse et de l'Autorité cantonale sont diamétralement opposées. Quand au Tribunal fédéral, il déclare: Ces institutions *"ont la simple faculté, et non l'obligation, d'adapter dans le délai de cinq ans leurs statuts et règlements au nouveau droit"*. Pour rendre compte de ce caractère facultatif, il faut examiner la genèse de la loi. Abandonnant l'avant-projet, le projet est en principe contre la restitution des prestations, mais il l'admet tout de même à titre subsidiaire, si le travailleur a été seul à cotiser. Les Chambres sont contre le remboursement sauf si les montants sont insignifiants et on ne peut pas y déroger au détriment du travailleur. Il faut examiner le sens et le but de la disposition. Selon le sens, la disposition concerne les institutions de prévoyance déjà existantes. Il faudrait mettre en branle la procédure de modification des bases juridiques de la Fondation. Jusqu'à l'adaptation accomplie, le travailleur conserve le droit au remboursement de ses cotisations, notamment en cas de résiliation des rapports de travail. C'est pour le travailleur un droit acquis. Passé ce délai, l'article 7 al. 2 devient impératif. L'Autorité cantonale avait cru voir dans la disposition une lacune de la loi. Une partie de la doctrine était aussi de ce point de vue. Pour le Tribunal fédéral, il n'y a pas de lacune puisque l'interprétation permet de donner à l'article 7 al. 2 son véritable sens. Il ne peut y avoir de lacune que quand l'interprétation ne conduit à aucune solution. Pour le surplus la haute Cour se rapporte à l'article premier des dispositions finales et transitoires du CO: Le Titre final du CC est applicable au droit des obligations. Or, précisément l'article premier al. 1 du Titre final du CC stipule que *" Les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés"*. Ces fondations restent soumises à l'empire du droit qui les a vu naître. La preuve en est que la plupart des caisses de pension publiques dont celles de la Confédération autorisent le remboursement de manière générale.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation est d'abord littérale, puis historique dans l'examen des travaux préparatoires. Analysant le but de la fondation la haute Cour fait de l'interprétation téléologique

1. 5. La pratique antérieure

Dans les arrêts relatifs aux institutions de prévoyance, le Tribunal fédéral oriente son examen sur les actes juridiques qui leur donnent naissance, nous prenons à témoin l'arrêt qui va suivre de 1958, c'est-à-dire de 28 ans son aîné.

2. L'arrêt 83 II 147 du 21 novembre 1957, JdT 1958 II 49

2. 1. Les faits

En décembre 1945 la Sàrl Mess-Union constitue un *"Fonds de prévoyance pour le personnel de Mess-Union Sàrl"*, fondation au sens de l'article 80 CC. En 1953, Mess-Union Sàrl devient Mess-Union SA et la fondation adapte son nom. En 1955, c'est la faillite. L'autorité de surveillance produit la créance de la fondation dans la faillite. Elle est contestée ainsi que son état de collocation par la Kredit-und Verwaltungsbank AG de Zoug.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 673 al. 2 CO ¹⁴² est ainsi libellé: *"Si des biens sont affectés d'une façon reconnaissable à des buts de bienfaisance, ils sont distraits des biens de la société et convertis en une fondation"*. Il est complété par l'alinéa trois qui précise que ces biens peuvent consister en une créance contre la société.

2. 3. L'interprétation suivie

Il s'agit de démontrer qu'une telle créance a pour titulaire la fondation elle-même et non la société fondatrice.

La créance litigieuse est formée du capital et de l'intérêt à 3%. Elle constituerait une promesse de donner et comme telle annulée notamment par la déclaration de faillite selon l'article 250 al. 2 CO. Ce n'est pas une promesse de donner, mais un fonds particulier prévu par la loi. Ce fonds est privilégié par le LP par la collocation en 2e classe et son rang est rappelé par l'article 15 des dispositions finales et transitoires du CO révisé. Ce n'est donc pas une simple promesse de donner, mais bien une attribution.

La recourante soutient avec raison que la fondation n'a nul besoin d'accomplir son but: la créance est donc exigée *"à des fins étrangères au but de la fondation"*. Pour le Tribunal fédéral aussi, le personnel se trouve effecté ailleurs et n'a pas besoin de secours de la fondation. Que faire alors des avoirs? Des travaux préparatoires, le Tribunal fédéral découvre que le législateur connaissait cette hypothèse: il n'a pas voulu édicter des règles particulières à l'article 673 al. 2 CO. ¹⁴³ Puisqu'il n'y a pas de règles spéciales, il faut appliquer les règles générales sur les fondations. Il faut adapter la fondation à la situation nouvelle ou bien la dissoudre.

2. 3. 1. Adapter la fondation à la situation nouvelle

Il faut alors opérer une modification parce que le but primitif ne correspond plus aux intentions du législateur. Il s'agit de trouver un autre but voisin de l'ancien article 86 al. 1 CC. On pourrait aussi la garder telle qu'elle est à l'heure présente: On n'a plus qu'à attendre la vieillesse, l'invalidité, la maladie ou la mort des destinataires.

¹⁴² Se reporter au Code civil et Code des obligations de V. Rossel, Lausanne, 1967

¹⁴³ Se reporter à la 7ème édition précitée d'A. Rossel

2. 3. 2. La dissolution de la fondation

Les articles 57 al. 1 et 88 al. 1 CC lui sont applicables. A qui reviennent alors les parts de liquidation? Elles seront allouées aux destinataires: en première ligne à ceux qui ont des droits échus, ensuite à ceux qui ont un droit d'expectative. Les bénéficiaires les réaliseront dans la participation à un autre fonds de prévoyance sous forme de rachat. La fondation reste sur son état de collocation, la créance lui appartient, il n'y a donc pas de lacune.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation suivie par le Tribunal fédéral est d'abord littérale. Ensuite, arrivée à la fondation, la haute Cour s'attache aux actes de fondation, sous l'angle du but poursuivi: c'est une interprétation téléologique. La Cour suprême a aussi analysé les travaux préparatoires, c'est une interprétation historique.

2. 5. La pratique antérieure

Selon l'arrêt 80 II 123, lorsque les statuts prévoient que les membres exclus ou démissionnaires sont déchus de leur droit à la rente, la clause statutaire est nulle juridiquement. L'arrêt 75 I 269 e trait à l'inscription d'une fondation en faveur du personnel et précise que les biens peuvent consister en une créance contre le fondateur.

3. L'arrêt 112 II 104 du 4 août 1986, JdT 1988 (Résumé)

3. 1. Les faits

A sa demande, pour la privation de liberté à des fins d'assistance, Silvia T., sous tutelle, est placée dans une clinique psychiatrique. Sur recommandation des médecins traitants, l'autorité tutélaire de Bâle-Ville accepte sa demande de libération et annule la décision de placement. Le tuteur recourt contre cette décision à la Cour d'appel, puis au Tribunal fédéral, sans succès.

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 397 d, note marginale, sous lettre *D*, *Contrôle judiciaire*, s'exprime ainsi: *"La personne en cause ou une personne qui lui est proche peut en appeler par écrit au juge, dans les dix jours à compter de la communication de décision"*. Dans l'alinéa 2, l'article ajoute: *"Elle a également le droit lorsqu'une demande de libération est rejetée"*.

3. 3. L'interprétation suivie

Cette disposition est due à l'influence de l'article 5, chiffre 4 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Elle concerne les mesures privatives de liberté et non celles qui la rétablissent. L'article 397d institue un contrôle judiciaire. Ce dernier se rapporte à l'ensemble du *Chapitre VI: De la privation de liberté à des fins d'assistance*. Tout le chapitre ne traite que de la privation de liberté: L'alinéa deux de cette disposition accorde aussi un contrôle judiciaire, lorsqu'une demande de libération est rejetée. A contrario, dans l'hypothèse où la demande de libération est

acceptée, il n'y aurait pas lieu de recourir. Le législateur n'a donc voulu viser que les mesures privatives de liberté et rien d'autre. Pour le demandeur il y a une lacune de la loi dès lors qu'elle ne règle pas le contrôle judiciaire, s'agissant de rétablir la liberté. Pour la haute Cour l'interprétation permet de constater que le législateur n'a voulu soumettre au contrôle judiciaire que des mesures privatives, que ce soit entièrement ou de manière restreinte. On ne va tout de même pas se mettre à protéger la personne qui recouvre sa liberté! Il faut bien reconnaître que, en principe au moins, le droit protège la liberté. Par ailleurs si l'on estime que le recouvrement de la liberté a été accordé à tort, on n'a qu'à agir pour une nouvelle privation de liberté.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 397d, elle permet de bien distinguer: la privation de liberté et le rétablissement de cette dernière. L'examen de l'ensemble du chapitre pour mieux faire ressortir la place qu'occupe l'article 397d, est une interprétation systématique horizontale. Le recours aux travaux préparatoires constitue une interprétation historique, tandis que la comparaison avec l'article 5 de la CEDH forme aussi une interprétation systématique horizontale. La mise en parallèle de la privation de liberté et de son rétablissement permet de percevoir le but de la loi et constitue de la sorte une interprétation téléologique.

3. 5. La pratique antérieure

Les articles 397e et suivants proviennent de la Loi fédérale du 6 octobre 1978, entrée en vigueur le 1er janvier 1981. Sur le modèle de cette espèce, savoir un recours contre une décision qui annule celle de mise en placement, cet arrêt est le premier du genre.

4. L'arrêt 115 II 404 du 13 octobre 1989, JdT 1991, p. 56

4. 1. Les faits

Sud Provizel SA, à Celerina, est inscrite au registre des Grisons. Son activité est des plus variées, mais généralement dans le domaine immobilier. En février 1983, l'Office fédéral de la Justice lui notifie la nullité de l'immeuble acquis à Celerina comme contraire à l'Arrêté du Conseil fédéral du 26 juin 1972 relatif au placement des fonds étrangers dans des immeubles en Suisse. Le Département cantonal de la justice, de la police et des affaires sanitaires ouvre une action concluant: La société est nulle, elle n'a jamais acquis la personnalité juridique. Il demande la dissolution et la dévolution au canton du produit de la liquidation. Le canton, confirmé par le Tribunal fédéral, a rendu un jugement dans le sens de la demande.

4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 57, alinéa 3 CC, est ainsi libellé: *"La dévolution au profit d'une corporation publique aura lieu, nonobstant toute autre disposition, si la personne morale est dissoute judiciairement parce que son but était illicite ou contraire aux moeurs"*. La défenderesse voudrait s'en tenir au seul article 736 CO. Mais la haute Cour rétorque: Le chiffre 5, *"Pour les autres motifs prévus par la loi"*, renvoie bel et bien à l'article 57, al. 3 CC.

4. 3. L'interprétation suivie

Cet arrêt gravite autour de deux pôles selon l'opinion de la défenderesse: 1. L'article 57, al. 3 CC n'est pas applicable à cette espèce. 2. Si contre toute attente il s'appliquait, l'action serait prescrite. Le problème de la prescription ne nous intéresse pas sous l'angle des lacunes de la loi. Le Tribunal fédéral réfute cette manière de voir, après avoir retenu l'illicéité. Commençons par cette dernière.

4. 3. 1. L'illicéité

La défenderesse voulait acheter des immeubles en Suisse. C'est le but avoué dans ses statuts, à l'article deux. Par fausse déclaration, elle a pu acquérir effectivement des immeubles à Celarina dans les Grisons. Depuis sa fondation la Société est dominée par des personnes étrangères. Elle tire toutes ses ressources financières de l'étranger. Elle n'a jamais convoqué des assemblées générales. Elle n'a convoqué que des assemblées de copropriétaires d'étages, alors que l'immeuble n'a jamais été constitué en propriétés par étages. La défenderesse n'a fait donc qu'éluider les prescriptions sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger. Son activité s'avère illicite, d'autant plus que cette législation existait déjà lors de sa fondation et qu'elle existe toujours.

4. 3. 2. L'article 57 al. 3 CC et les Sociétés anonymes

Selon la défenderesse l'énumération de l'article 736 CC est exhaustive et les règles sur la Société anonyme constituent une *Lex specialis*. Celle-ci devrait contenir sa propre procédure de dissolution et ne pas renvoyer au droit commun. Par ailleurs il y a une autre *Lex specialis*, savoir celle sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger. Celle-ci devrait aussi tirer toutes les conséquences, en particulier édicter une règle pour la dissolution. Pour le surplus et pour preuve, avant l'arrêt 112 II 1, JdT 1986, p. 633, il n'a jamais été fait application de l'article 57 al. 3 CC aux Sociétés anonymes. Cette tradition juridique suisse pourrait déroger à la loi.

Pour le Tribunal fédéral, il n'y a pas de prétendue coutume dérogatoire à la loi en la matière. Des travaux préparatoires, on ne peut pas conclure que le législateur aurait voulu exclure l'application de l'article 57 al. 3 CC aux Sociétés anonymes. Quant à l'absence d'une procédure dans les règles spéciales, elle ne signifie pas non plus que le législateur ait voulu exclure l'application de l'article 57, al. 3 CC aux Sociétés anonymes. Le chiffre 5 de l'article 736 CO renvoie aux autres motifs prévus par la loi, en l'occurrence à l'article 57 al. 3 CC. Il n'y a pas de lacune de la loi à retenir.

La Modification adoptée par l'Assemblée fédérale le 4 octobre 1991 a conservé l'article 736 CO avec la même numérotation et le chiffre 5 reste inchangé.

4. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur la notion d'illicéité. L'évocation des travaux préparatoires forme une interprétation historique. L'examen des dispositions du CC et du CO et les Lois spéciales constitue une interprétation systématique horizontale.

4. 5. La pratique antérieure

Dans l'arrêt 112 II 2, JdT 1986, p. 633, une affaire obwaldienne, le canton demande, avec succès, la nullité de Wohnbau AG, sa liquidation et de lui attribuer le produit de la liquidation. L'espèce que nous venons d'analyser se révèle donc fidèle à la jurisprudence.

L'arrêt 73 II 81 nous apprend que la disposition n'est pas applicable aux fondations de famille. Elles ne nous intéressent d'ailleurs pas, puisque nous cherchons des cas en rapport avec la Société anonyme.

II. DROIT DE LA FAMILLE

1. L'arrêt 101 II 11 du 22 avril 1974, JdT 1976, p.53

1. 1. Les faits

Le 20 novembre, devenu veuf, un père se voit retirer la garde de son enfant. C'est le fait du Conseil communal qui se fonde sur l'article 284 CC et qui exige une contribution de 300 francs par mois à titre d'entretien. Le père conteste la compétence territoriale, car il allègue que son domicile est à Zurich depuis le 15 novembre. Pour le fond, il article que les conditions légales ne sont pas remplies.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 284, note marginale "for", sous chiffre 3, énumère les activités du juge, mais ne le désigne pas. Il faut se demander encore à partir de quel moment se noue la litispendance, si d'aventure le défendeur en vient à changer de domicile.

1. 3. L'interprétation suivie

L'article 284 CC n'indique pas la compétence territoriale pour le retrait de la garde. La lacune a été comblée par analogie avec le for tutélaire de l'article 376 al. 1 CC. La compétence revient à l'autorité du domicile de l'enfant.

A quel moment la compétence est-elle déterminée? C'est l'ouverture de la procédure administrative qui en décide selon la jurisprudence en matière de tutelle. Si la procédure se déroule selon l'article 283 CC, les parents ou le parent concerné ne doivent pas changer de domicile pour se soustraire à la mesure éventuelle. Selon l'article 59 al. 1 de la loi argovienne d'introduction au Code civil, le Conseil communal est compétent à raison de la matière et, en cette qualité, il désigné à l'enfant un curateur comme tuteur officiel le 15 octobre 1973. La nomination du tuteur marque le début de la procédure. Cette date décisive se situe au 15 octobre 1973, époque où le recourant n'avait pas encore changé de domicile. Il n'y a donc pas de lacune puisqu'il y a une disposition applicable.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

Dans cette espèce, l'interprétation est essentiellement littérale et porte sur les articles 284 CC et l'article 59 al. 1 de la loi argovienne d'introduction au Code civil. L'examen de ces dispositions constitue une interprétation systématique horizontale.

1. 5. La pratique antérieure

Selon l'arrêt 53 II 189, "par attraction de compétence" et en vertu des articles 156 et 157 CC, le juge du divorce est compétent pour retirer la puissance paternelle et ordonner les mesures prévues aux articles 284 et 285 CC. Le Juge le fait alors à titre d'effets accessoires du divorce (art. 156 CC), le cas échéant lors des faits nouveaux (art. 157 CC). Il va de soi qu'il le fait aussi dans la séparation de corps.

L'arrêt 54 II 71 précise que les pouvoirs du juge sont limités aux effets accessoires, le cas échéant aux faits nouveaux. En dehors de ces hypothèses d'autres mesures sont réservées à l'autorité tutélaire: "En revanche, la dénonciation ou la demande tendant uniquement à la prise de certaines mesures restrictives (art. 283 CC), ou au retrait de la garde du mineur (art. 284), "sens déchéance ni transfert de la puissance paternelle, la décision appartient à l'autorité tutélaire et à elle seule.", (p.77). Compétente pour prendre les mesures des articles 283 et 284 CC, l'autorité tutélaire est en revanche sans pouvoir pour prononcer la déchéance ou le transfert de la puissance paternelle.

Dans l'arrêt 56 II 8, il est rappelé que l'autorité tutélaire peut prendre les mesures des articles 283 et 284 CC. Il ajoute que pour les Suisses domiciliés à l'étranger (dans l'espèce en France) leur for tutélaire se trouve au lieu d'origine. Ce for découle de la Convention franco-suisse de 1869. L'autorité tutélaire peut également charger un tiers d'exercer un contrôle sur les parents de l'enfant, mais il ne peut prendre les mesures desdits articles pour protéger le pupille. La représentation du tiers se limite aux renseignements, voire à l'établissement d'un rapport, mais c'est à l'autorité tutélaire et à elle seule que revient la prise de décision.

Dans l'arrêt 61 II 363, JdT 1936, les actions intentées en vertu des articles 284 et 285 CC sont portées au for institué par l'article 376 CC; c'est le for tutélaire qui est "celui du mineur ou de l'intéressé". Selon le droit fédéral, ce n'est donc pas le for du lieu d'origine, mais bien le for du domicile. Toutefois conformément à l'article 376 al. 2, les Cantons peuvent soumettre leurs ressortissants au for d'origine. En l'espèce le Canton de Lucerne n'a pas fait usage de cette compétence dans sa loi d'introduction au Code civil. Il s'ensuit que le for est au lieu du domicile.

Dans l'arrêt 98 II 168, *Semaine judiciaire* 1973, p. 255, il s'agit d'un enfant enlevé à ses parents. Qui détermine alors la contribution des parents à son entretien suivant les articles 284 et 285 CC? Si la décision intervient dans le cadre d'un jugement de divorce ou de séparation de corps, l'autorité compétente est le juge du divorce, c'est-à-dire celui du domicile de la partie demanderesse. Par ailleurs aux termes de l'article 376 al. 2 CC, il est du ressort des cantons de désigner cette autorité. Elle peut être l'autorité tutélaire elle-même pourvu qu'elle ne siège pas en juridiction gracieuse. Le procès devra être contentieux et les débats opposeront l'enfant (représenté par un tuteur ou un curateur) contre les parents ou contre l'un d'eux. L'autorité peut être aussi une instance administrative: dans cette hypothèse, l'autorité tutélaire peut avoir qualité de partie en tant que représentant de l'enfant. Cette autorité peut être également une juridiction civile. L'autorité compétente dépend donc de la législation cantonale complémentaire portée sur la délégation des pouvoirs de l'article 376 al. 2. Toutefois, la procédure doit être rapide quelle que soit l'autorité désignée.

2. L'arrêt 86 II 303 du 13 septembre 1960

2. 1. Les faits

Des Genevois, mariés depuis 1945 élisent domicile à Zurich. Le mari, ingénieur de profession, travaille pour une fabrique à G...heim de Wurtemberg en Allemagne. La femme exploite à Zurich, un bureau versé dans des questions professionnelles (Berufsbüro). En 1949, ils prennent un six-pièces à B...strasse, toujours à Zurich. En 1953, le mari met à la disposition de la fabrique un bureau d'ingénieurs et ainsi il travaillait tantôt à G...heim, tantôt à Zurich. En 1956, dans un complément au contrat, il est spécifié que son domicile est à Zurich comme auparavant. En 1958 les bureaux se trouvent dans la même maison que le bureau de sa femme. A G...heim, le couple avait aussi à sa disposition une maison d'affaires appartenant à la fabrique. Ils y vivaient de temps en temps et y nouèrent même des relations. La femme y achète d'ailleurs un terrain pour y construire une maison plus tard. L'année 1959 vit la désunion du couple et la cessation de la vie commune: le mari déménage, mais à Zurich, et demande le divorce le 1er octobre 1959. Le 12 janvier 1960, il retire sa demande pour la porter à G...heim. Le 20 février, sa femme requiert les mesures protectrices de l'union. Le mari invoque la violation des règles de compétence.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Voici l'article 169 CC in fine: *"...La partie lésée peut requérir l'intervention du juge"*. Quel juge? Il y a une lacune faute de loi. Le Tribunal fédéral examine aussi d'autres dispositions puisque les parties mentionnent deux logements. C'est d'ailleurs la raison d'être de ce litige..

2. 3. L'interprétation suivie

La compétence pour les mesures de l'article 169 CC et suivants n'est pas réglée et le législateur n'a pas laissé au droit cantonal le soin de combler cette lacune. La haute Cour la comble par l'analogie avec le loi du divorce de l'article 144 CC, c'est-à-dire le domicile du demandeur.

Quel est ce domicile puisque les parties mentionnent les deux logements, celui de Zurich et celui de G..heim. Lors de la cassation de la vie commune, au début de 1960, le mari se serait-il constitué un domicile à G..heim? S'il est question du domicile pour le mari en Allemagne, il faut aussi reconnaître un domicile à la femme à Zurich.¹⁴⁴ Elle a été autorisée à vivre séparée, eu sens de l'article 170 al. 2 CC, parce que *"le seul procès de divorce n'a pas facilité la vie commune"*.

La haute Cour examine la Convention germano-suisse sur la Reconnaissance et l'Exécution de Jugements du 2 novembre 1929. La décision rendue dans l'un des

¹⁴⁴ C'est le mari qui a quitté le domicile commun. Exiger de la femme qu'elle se mette à ses trousseaux reviendrait à protéger un abus de droit. Beaucoup d'arrêts du Tribunal fédéral soulignent que la femme n'est pas tenue de suivre son mari s'il prend un appartement hautement désagréable. A plus forte raison pourquoi le suivrait-elle? Voir P. TUOR, Le Code civil suisse, trad. H. DESCHENAUX, Zurich, 1942, p. 157 dans TUOR/SCHNYGER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9 Auflage, Zürich, 1975, se constituer une demeure séparée revient à un exercice de légitime défense: *"Es steht ihm also ein gewisses Selbsthilferecht zu"*, p. 175. CURTI-FORRER, E., dans Commentaire du Code civil suisse, Neuchâtel, 1912, considère la séparation parfois comme un fait accompli: *"La cessation de la vie commune arrivera en général par le départ de celui des conjoints qui envisage ne pouvoir continuer la vie commune, elle peut aussi arriver parce que l'époux coupable le chasse"*, p. 145

Etats "sera reconnue sur le territoire de l'autre Etat", à certaines conditions, c'est le cas du divorce, réclamation non pécuniaire en principe.

Les époux suisses sont soumis aux règles de compétence suisses. Le tribunal étranger ne peut être compétent, en matière de divorce ou de séparation de corps, que quand les deux conjoints ont leur domicile à l'étranger. Le tribunal allemand n'est pas compétent ni par la LRDC ni par l'article 3 de la Convention germano-suisse. La Suisse est compétente, c'est dire que le Tribunal cantonale n'a qu'à appliquer les règles de compétence, sans devoir attendre la décision du tribunal allemand.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation est essentiellement littérale. Il a fait rapidement de l'interprétation historique et téléologique lorsqu'il fait état de l'intention du législateur à propos de l'article 169 CC. Dans l'interprétation de l'article 7 g al. 3 LRDC, le Tribunal fédéral s'en est tenu à une interprétation restrictive en écartant l'interprétation de la doctrine considérée comme très large. La LRDC, la Convention germano-suisse et les dispositions du CC constituent une interprétation systématique horizontale.

2. 5. La pratique antérieure

Dans l'arrêt 47 I 243, le for est celui du domicile du demandeur. Le mari était domicilié à Zoug et la femme à Olten. L'affaire concerne donc deux suisses, en Suisse. Pour deux étrangers domiciliés en Suisse, le Tribunal fédéral a confirmé le for du demandeur dans l'arrêt 64 II 71. La confirmation se retrouve dans l'arrêt 68 II 181, JdT 1942, p.554. Ce n'est que beaucoup plus tard, dans l'arrêt 100 II 65, JdT 1975, p. 130 que la Cour suprême admit, à titre alternatif, le for du défendeur, eu égard aux considérations en équité. Sous réserve de cette variante, la jurisprudence reste donc constante pour la détermination du for de l'article 169 CC. Mais qu'en est-il d'une requête de l'article 169 CC en concours avec un procès en divorce? Si l'action en divorce précède la requête en protection de l'union, le juge du divorce est compétent. L'autre partie n'invoquera pas l'article 169 à titre reconventionnel, mais l'article 145 CC relatif aux mesures provisoires. Cet article est plus large car "*le juge prend les mesures provisoires nécessaires...*", tandis que dans l'article 169 CC, il est limité aux cas prévus par la loi, essentiellement les articles 170 et 171 CC. Il peut tout au plus les compléter par d'autres dispositions du Code civil.¹⁴⁵ Si le divorce est engagé après la requête en protection de l'union, il faut envisager si la requête porte sur une période déterminée ou pas. S'il n'est aucune période déterminée précédant le divorce, l'action en divorce entraîne l'incompétence du juge saisi en mesures de protection de l'union. Dans l'espèce que nous venons de voir si le mari avait maintenu son action à Zurich, le juge des mesures protectrices de l'union serait devenu incompétent.

¹⁴⁵ A titre exemplatif, le juge peut retirer à la femme le pouvoir de représenter l'union conjugale de l'article 164 CC. Il peut empêcher la femme d'exercer une profession ou une industrie au sens de l'article 167 CC.

3. L'arrêt 93 I 401 du 9 novembre 1967

3. 1. Les faits

C'est une action en recherche de paternité. Le 12 octobre 1966, la Cour cantonale, repousse le recours du demandeur et le condamne à payer par consignation à la caisse du Tribunal 120 francs par mois et ce, depuis l'introduction de la requête jusqu'à l'entrée en force du jugement en paternité. Le Tribunal fédéral a admis le recours et cassé la décision cantonale.

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Sous chiffre 3, l'article 321 aCC porte la note marginale "sûretés" et il est ainsi rédigé: *"Lorsque la paternité du défendeur paraît établie, ce dernier peut, si la mère est dans le besoin, être condamné avant le jugement à fournir des sûretés pour les frais présumables de l'accouchement et pour ceux d'entretien de l'enfant pendant trois mois; il en est ainsi, même lorsque la preuve n'est pas faite que les droits de la mère sont en péril."* Les expressions "pendant trois mois" font l'objet d'une différence d'interprétation entre le Tribunal fédéral et les juridictions cantonales.

3. 3. L'interprétation suivie

L'article 321 aCC prévoit la prestation de sûretés, mais à la condition que la mère soit dans le besoin. Elles doivent couvrir les trois premiers mois à compter de l'accouchement. Or, il n'y a pas de besoin: l'accouchement a eu lieu, il y a belle lurette. Les frais d'accouchement comme les frais d'entretien pour les trois premiers mois sont déjà acquittés, on ne peut donc plus s'abriter derrière l'article 321 aCC. S'agirait-il d'une garantie contre un péril éventuel? Dans cette hypothèse la loi contient une lacune, car la récente expertise anthropobiologique s'avère de longue durée et le législateur ne l'a pas prévue, selon les juridictions cantonales. Pour le Tribunal fédéral, le texte est clair. Il s'agit des frais présumés de l'accouchement et de l'entretien de l'enfant pour les trois premiers mois. Il ne s'agit donc pas de couvrir un danger hypothétique! Si le procès doit être long, cela ne veut pas dire que le défendeur soit tenu d'assurer un entretien continu. L'article 321 aCC a été adopté à bon escient: Juste au moment de l'accouchement la mère et l'enfant doivent être tombés dans un grand besoin pour pouvoir attirer la protection; c'est le cas en particulier lorsque l'auteur de la grossesse cherche à se soustraire à toute aspect de charge, en partant en voyage prolongé, par exemple. Au moment de la promulgation de la loi, un tel litige était déjà d'une assez longue durée. On ne tiendra donc seulement compte que des trois premiers mois dans l'application de l'article 321 aCC. Toute autre réglementation ne peut avoir lieu que par le biais d'une révision.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

La haute Cour utilise l'interprétation littérale s'agissant de savoir s'il s'agit de sûretés limités ou de prestation continue. Par la systématique de la loi, la haute Cour fait de l'interprétation systématique horizontale. Pour dégager la volonté du législateur la Cour suprême a fait à la fois de l'interprétation historique et téléologique. L'interprétation téléologique a consisté aussi dans la recherche du but visé par le législateur.

3. 5. La pratique antérieure

Dans l'arrêt 63 II 65, Dame P. et son fils illégitime, né le 29 octobre 1936, demandent notamment une contribution d'entretien "*jusqu'au jugement définitif et exécutoire sur la demande principale*" (p. 65). Le Tribunal de district, confirmé par la Cour cantonale, a accordé un entretien limité au 15 juin 1937. C'est que le Code de procédure civile vaudois permet au juge d'accorder des aliments "*jusqu'au jugement définitif*" (p. 66). Le Tribunal fédéral a admis le recours et annulé le jugement attaqué. Il maintient donc le délai des "*trois premiers mois dès sa naissance*".

Et dans l'arrêt 91 II 159, JdT 1966, p. 131 le Tribunal fédéral a rappelé les conditions de l'article 321 aCC et a maintenu son interprétation. Il est à remarquer que le législateur s'est ravisé: dans l'article 282 CC actuel, en relation avec l'alinéa premier de l'article 281: "*une fois l'action introduite, la juge prend, à la requête du demandeur, les mesures provisoires nécessaires pour la durée du procès*". Il faut encore ajouter que l'ancien article 321 CC limitait l'entretien à l'enfant seul, l'actuel article 282 CC l'étend aussi à la mère. C'est un cas de débris de jurisprudence.

4. L'arrêt 95 II 391 du 21 novembre 1969

4. 1. Les faits

B. se marie et légitime l'enfant né avant le mariage. Dans la suite ce mariage est dissous par le divorce. La femme s'est remariée et habite Zurich au moment du procès. B. se remarie aussi, donne naissance à deux enfants et meurt domicilié à St-Gall. Aux fins de contester la légitimation, les rejetons du second lit intament une action à Zurich contre la femme et son enfant.

4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Aux termes de l'article 262 al. 2 aCC, le juge du domicile des parents est compétent à raison du lieu pour prononcer un jugement en contestation de la légitimation. Le juge qui a prononcé la légitimation est également compétent territorialement. Dans cette espèce, il s'agit d'une légitimation par mariage subséquent, au sens des articles 258/259 aCC. C'est alors le juge du domicile des parents qui est compétent.

4. 3. L'interprétation suivie

Les articles 25 al. 5 et 41 de la Loi fédérale relative à la détermination et à l'inscription officielle de l'état civil et du mariage du 24 décembre 1874 posaient seulement le principe selon lequel un enfant né avant le mariage peut être légitimé par le mariage subséquent de ses parents. La contestation n'avait pas été expressément prévue. Aussi se rabattait-on sur l'article 8 LRDC.

En général, la contestation a lieu peu après le mariage des parents présumés ou peu de temps après la décision du juge. Que les parents soient divorcés ou qu'ils ne soient plus en vie, voilà des situations auxquelles, le législateur n'a manifestement pas pensé. S'il n'y a qu'un seul parent qui reste en vie, le juge de son domicile est compétent. Le Tribunal fédéral, s'appuyant sur la doctrine, applique analogiquement l'article 583 al. 2 aCC. Ce dernier règle la compétence

pour les actions de la succession. Quid si les deux parents ne sont plus en vie. Ce sera le domicile de l'enfant déterminé par le siège de l'autorité tutélaire. Ici il s'agit de ces cas où l'analogie paraît comme une méthode d'interprétation.

4. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale de l'article 262 al. 2 ne suffisait pas. Par une interprétation historique le Tribunal fédéral a recouru aux travaux préparatoires. La haute Cour a cherché aussi le but poursuivi dans la création des fors: c'est une interprétation téléologique.

4. 5. la pratique antérieure

Bien entendu, le mariage lui-même doit être valable. ¹⁴⁶

De telles actions couvrent plusieurs cas de figures: 1. Les parents présumés ont le même domicile. 2. Les parents sont séparés. 3. L'un des parents est décédé. 4. Les deux parents sont décédés. 5. Les parents et l'enfant sont décédés. L'arrêt que nous venons d'analyser correspond à la troisième hypothèse. La jurisprudence que nous fournissons les répertoires ne connaît pas de cas semblables, c'est dire que cette espèce est la première du genre.

5. L'arrêt 95 II 68 du 10 juillet 1969

5. 1. Les faits

En décembre 1964, la séparation des époux C. est prononcée à Neuchâtel pour une durée indéterminée. Le mari doit une pension mensuelle de 750 francs. En octobre 1968, pour des mesures protectrices de l'union conjugale, Dame C. requiert une pension de 1500 francs, soit le double! Quel est le juge compétent pour une requête tendant à l'augmentation d'une telle pension?

5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Cette hypothèse est prévue par l'article 157 CC, sous le note marginale, "*faits nouveaux*". Lequel d'entre les juges est-il appelé à connaître de ces faits nouveaux? Le juge de la séparation de corps ou un autre juge? Et le juge des mesures protectrices de l'union conjugale? Car union conjugale il y a encore!

5. 3. L'interprétation suivie

Le Tribunal fédéral examine la systématique de la loi des articles 143 à 158 CC: La réglementation est incomplète. Elle est muette sur les faits nouveaux. Le mariage existe encore. C'est dire que le devoir d'entretien de l'article 160 al. 2 CC subsiste, aussi le Tribunal fédéral écarte-t-il l'analogie avec l'article 153 al. 2 CC relatif au divorce.

C'est le juge du domicile du défendeur. Dans la réduction ou la suppression des rentes de l'article 153 al. 2 CC et dans les faits nouveaux relatifs aux enfants de l'article 157 CC, la jurisprudence a désigné le for de la partie défenderesse. Pour les mêmes motifs, l'action en modification du jugement de séparation de corps aura

¹⁴⁶ AUBERT, J-F. . Les actions de la filiation en droit civil suisse, Neuchâtel, 1955, p. 139

pour juge celui du domicile du défendeur. C'est en fait le for de l'article 59 de la Constitution fédérale.

5. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale n'a pas donné le for à l'article 157 CC. L'interprétation systématique a permis à la haute Cour d'écartier l'analogie avec l'article 153 al. 2 CC. L'examen du but et de la nature des mesures protectrices de l'union conjugale constitue une interprétation téléologique. Le recours à l'analogie avec la jurisprudence sur l'article 157 CC forme une interprétation jurisprudentielle. Enfin ce for relève fondamentalement du droit public, spécialement de la Constitution, c'est donc une interprétation systématique verticale.

5. 5. La pratique antérieure

Le mari continue-t-il à être soumis à l'entretien de l'article 160 al. 2 CC? Quelle est la pratique autour de l'article 157 CC?

Dans l'arrêt 52 II 330, des époux sont séparés en 1920. En 1924, la femme agit en divorce et demande le remboursement des dépenses occasionnés par le devoir d'entretien. L'entretien n'est valable qu'à partir de l'introduction de la demande devant une Autorité. Il aurait été accordé s'il avait été requis avec la séparation de corps.

Dans l'arrêt 51 II 108, JdT 1925, p. 610, le Tribunal fédéral a retenu le for du demandeur, mais c'est parce que le défendeur était à l'étranger. Il faut remarquer que ce for du domicile du défendeur existe depuis longtemps puisque l'arrêt date de 1925.

6. L'arrêt 71 III 4 du 16 janvier 1945, JdT 1945 II p.5

6. 1. Les faits

Marcel agit en divorce. En cours d'instance sa femme requiert, en garantie de ses apports, des sûretés pour un montant de 5000 francs. Par plainte, admise par le Tribunal fédéral, le mari invoque l'interdiction d'exécution forcée entre époux.

6. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Il n'y a pas de sûretés au sens de l'article 205 al. 2 CC. La femme peut-elle recourir à l'exécution forcée, contrairement à l'article 173 al. 1 CC?

6. 3. L'interprétation suivie

Les sûretés de l'article 205 al. 2 sont bénévoles. Si le mari ne les fournit pas de bonne grâce et que la femme n'a pas d'autres moyens pour se défendre, il faut alors admettre que la loi présente une lacune.

Or, en l'absence de sûretés, le législateur a prévu d'autres aménagements: 1) Elle peut demander et obtenir la séparation des biens selon l'article 183 CC. En toute dernière extrémité, elle pourrait recourir à l'exécution forcée de l'article 176 CC. Il y a donc des moyens de défense et il n'y a pas de lacune à combler.

6. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale permet de conclure que les sûretés de l'article 205, al. 2 CC sont bénévoles. L'examen d'autres dispositions du CC, de manière parallèle, constitue une interprétation systématique horizontale.

6. 5. La pratique entériora

Il n'y a pas de précédent

7. L'arrêt 106 II 278 du 22 décembre 1980

7. 1. Les faits

Israéliens, Adia K. et Carmel A. se marient à Jérusalem en 1946. L'union donne deux enfants en 1947 et 1949. C'était un second mariage pour Adie K. Du premier il avait eu une fille Nurith, en octobre 1940. Elle est mariée, domiciliée en Israël dont elle a la nationalité, mais elle a été élevée par Carmel K. depuis son mariage avec le père. Ils viennent se domicilier à Genève où Carmel K. présente une requête tendant à l'adoption de Nurith.

7. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 266 et. 1 stipule in initio: *"En l'absence de descendants, une personne majeure ou interdite peut-être adoptée"*. L'alinée deux entre en ligne de compte puisque Nurith est mariée. L'article 264a CC s'applique également puisque l'adoption concerne l'enfant d'un conjoint. Et les dispositions sur l'adoption des mineurs s'appliquant par analogie.

7. 3. L'interprétation suivie

Dame K. satisfait aux conditions d'âge pour la personne adoptante et à la différence d'âge entre elle et l'adoptable.

Toutes les personnes intéressées ont consenti à l'adoption, à commencer par le père de Nurith. Elle e elle-même donné son consentement. Les enfants des époux K. sont aussi favorables à l'adoption. L'adoption est-elle possible quand la requérante a des descendants? Le texte légal est catégorique: L'adoption des majeurs ne peut avoir lieu qu'en l'absence de descendants. Le texte légal est clair. Il n'y a pas de lacune.

7. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur la notion de majeur. L'examen des travaux préparatoires forme une interprétation historique. Le but visé par l'adoption est une interprétation téléologique. La comparaison entre les dispositions sur les adoptions des mineurs et majeurs est une interprétation systématique horizontale, restrictive dans son résultat.

7. 5. La pratique antérieure

Dans l'arrêt 101 II 3 de février 1975, Dame Marval, au beau prénom d'Adélaïde est sans descendants. Elle présente une requête d'adoption. Elle est refusée, au motif qu'elle ne forme pas une communauté domestique avec la personne qu'elle veut adopter. Dans l'arrêt 102 II 79, il s'agit d'une différence d'âge. Elle doit être de 16 ans selon l'article 265, al. 1 CC, applicable à l'adoption des majeurs, selon l'article 206, al. 3 CC.

Dans l'arrêt 106 II 6, l'adoption n'a pas lieu, faute de communauté domestique. On voit que l'adoption des majeurs reste exceptionnelle et la haute Cour est de rigueur constante.

8. L'arrêt 114 II 404 du 17 novembre 1988, JdT 1990 I 636

8. 1. Les faits

Le mariage de Dame M. A. est dissous. Elle obtient la naturalisation à Bâle. Après son nouveau mariage avec le Bernois R. B. , on refuse d'inscrire son droit de cité dans le registre matrimonial.

8. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 161 CC s'exprime ainsi: *"La femme obtient le droit de cité de son mari sans perdre le droit qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire"*. Avant le 1er janvier 1988, l'alinéa premier de l'article 161 CC avait cette teneur: *"La femme porte le nom et acquiert le droit de cité de son mari"*.

8. 3. L'interprétation suivie

Sous l'ancien article 161 CC, la femme acquérait le droit de cité de son mari et perdait celui qu'elle avait avant le mariage. L'innovation législative consiste en ceci que, comme par le passé, la femme prend le droit de cité de son mari et garde celui qu'elle avait avant le mariage et les buts avoués du législateur sont l'unité de la famille et l'égalité des époux. Suivant l'opinion de Cyril Hegnauer,¹⁴⁷ la haute Cour distingue le droit de cité original et le droit de cité additionnel. La femme mariée conserve le droit de cité original et acquiert celui du mari, qualifié d'additionnel. Elle le perd en cas de divorce suivi d'un nouveau mariage. Le droit de cité acquis par naturalisation équivaut au droit de cité original. Le droit de cité original correspond au droit de cité de la femme célibataire.

Il n'y a pas de lacune puisqu'il y a une disposition applicable, savoir l'article 161 CC en relation avec l'article 8b du Titre final.

8. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur le terme de célibataire auquel le Tribunal fédéral attribue un sens plus large. Il fait de l'interprétation extensive. L'examen des travaux préparatoires constitue une interprétation historique, tandis que le but visé par le législateur forme une interprétation téléologique. La haute Cour s'appuie sur la doctrine, c'est une interprétation doctrinale.

¹⁴⁷ HEGNAUER, C. . Grundriß des Eherechts, 2. Aufl. , Bern, Stämpfli, 1987, p. 139 ss

8. 5. La pratique entérieure

Il n'y e pas de précédent en jurisprudence: La loi nouvelle est en vigueur depuis le 1er janvier 1988. Il est passé à peine une année au moment de cette espèce.

III. DROIT DES SUCCESSIONS

1. L'arrêt 74 II 202 du 25 novembre 1949, JdT 1949, p. 516

1. 1. Les faits

Pris par je ne sais quoi, un père abat son unique fille et sa femme dans les premières heures de la matinée. Il leur survit quelque temps car il met fin à son existence vers le milieu du jour. Attendu qu'il ne leur est pas comourant, a-t-il succédé à sa femme, vu l'article 477 CC qui rend non successible l'auteur d'un délit contre le *de Cujus*? Ici la *de Cujus* est sa femme, car on suppose que sa fille ne laissait pas de biens.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Voici l'article 540 al. 1 CC: "*Celui qui, à dessein et sans droit, a donné au tenter de donner la mort au défunt*" est indigne de lui succéder. La notion de descendant est censée être interprétée dans l'article 214 al. 1 CC.

1. 3. L'interprétation suivie

Le tiers des acquêts de l'article 214 al. 1 revient à la femme ou à ses descendants. La seule descendante a été tuée par le mari et père de la victime.¹⁴⁸ Il n'est pas équitable selon les demandeurs que le tiers des acquêts reviennent à un meurtrier. Et c'est ici qu'ils trouvent une lacune de la loi.

Le mari a tué sa femme. Il est indigne de lui succéder. C'est un assassinat qui recouvre la notion de "*à dessein*". Mais le Tribunal fédéral interprète la notion de discernement et aboutit à cette conclusion: l'infortuné mari était incapable de discernement au moment de l'acte générateur de décès. Comme tel, il n'a pas agi intentionnellement, faute de discernement. Il n'est donc pas indigne de succéder au *de Cujus*. Il n'y a pas de lacune.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur les notions de "*à dessein*" et de "*descendants*". Le rapport entre les articles 540 et 214 CC forme une interprétation systématique horizontale.

¹⁴⁸ Il faut absolument des descendants "pour que puisse se transmettre mortis causa la participation de la femme au bénéfice matrimonial". Cfr. C. KNAPP, *Le régime matrimonial de union des biens*, Neuchâtel, 1956, p. 278. Cette disposition draconienne a naguère partagé la doctrine. Le courant majoritaire était cependant pour le statu quo. Mais désormais elle ne fera plus couler beaucoup d'encre, car depuis le 1er janvier 1988, le partage sera désormais de moitié et cette dernière constituera une créance pour toute la succession de la femme. Point n'est plus besoin de descendants! (Art. 215 al. 1)

1. 5. La pratique antérieure

Sur l'indignité de l'article 540 CC, cette espèce est la première. Elle est également la première sur l'article 214 al. 1 CC. Les circonstances particulières ne changent pas la notion de "descendants". Et le tiers du partage des acquêts ne peut revenir qu'à ces derniers.

2. L'arrêt 87 II 355 du 21 décembre 1961, JdT 1962 p. 354

2. 1. Les faits

Sans enfants, les époux J. R. Balsiger décèdent en 1926 et 1933. Klein-Wabern, propriété de famille depuis longtemps doit passer à un descendant mâle selon le testament. Il lègue le bien-fonds au neveu Willy. En cas de vente ou expropriation en tout ou partie, il partagera, défalqué de la valeur fiscale, le montant du prix. En 1955 la Commune de Köniz expropria une bande de terrain pour 75.900 francs. Certains héritiers actionnent Willy pour leur part à l'expropriation.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Selon l'article 482 CC les dispositions à cause de mort "*peuvent être grevées de charges et de conditions*" par le testament. Quelle en est la durée à défaut de précisions. La loi ne limite pas la durée pour exécuter une charge. Comporte-t-elle une lacune de ce fait?

2. 3. L'interprétation suivie

Le disposant peut grever de charges et de conditions les bénéficiaires de ses libéralités. Mais cette obligation deviendrait immorale si elle était excessive par sa durée. Elle serait dès lors illicite comme portant atteinte aux droits de la personnalité (art. 27 al. 2 CC). Selon l'article 488 CC, dans la figure de la succession fidéicommissaire, l'héritier se voit grever de remettre la succession à un tiers dit "*appelé*". La haute Cour évalue ce délai de transmission héréditaire à une période de 50 à 70 ans, soit une moyenne de deux générations et la Cour suprême fait l'analogie: "*Lorsque le testateur n'a pas fixé la durée, les charges qui grèvent une disposition à cause de mort pourront également produire leurs effets pendant ce laps de temps*", (JdT, p. 358).

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale de l'article 482 CC permet de constater que la loi ne fixe pas de délai pour la charge. Le législateur a laissé au disposant le soin d'indiquer lui-même le délai, c'est une interprétation téléologique. Le rapprochement avec une autre disposition du CC est une interprétation systématique horizontale. Son application analogique est une interprétation par analogie ou *a pari*.

2. 5. La pratique antérieure

Il s'agit de voir la durée de la charge. L'arrêt 76 II 202 se rapporte à la prescription de l'action en exécution d'une charge. L'espèce 81 II 22 relève l'imprescriptibilité

de l'action s'agissent d'un legs qui n'est pas valable en lui-même. S'agissant du délai lui-même, cette espèce est la première.

3. L'arrêt 104 II 337 du 16 novembre 1978

3. 1. Les faits

Antoine S. est institué héritier unique et le testament spécifie sous chiffre cinq: "*Je lègue ma villa de route du Pavement 36, à Lausanne, à mon neveu Jean-Pierre S.*". L'hypothèque de la villa devient exigible en 1976. En 1977, à la délivrance du legs, Jean-Pierre rembourse la dette hypothécaire. Jean-Pierre, se fondant sur l'article 827 CC, et Antoine, sur l'article 485 CC, se renvoient la balle: Qui des deux est débiteur de la dette hypothécaire?

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'alinéa premier de l'article 485 CC s'énonce: "*La chose léguée est délivrée dans son état au jour de l'ouverture de la succession avec ses détériorations et ses accroissements, libre ou grevée de charges*".

3. 3. L'interprétation suivie

Le Tribunal fédéral fait une distinction entre la charge réelle visée à l'article 485 CC et l'obligation personnelle de l'article 560 CC. La dette hypothécaire est une dette du *de Cujus* et elle passe à ses héritiers. L'affecter au compte du légataire, c'est combiner le legs et la reprise de dette. C'est imposer une dette à une personne qui avait reçu à titre gratuit. Le *de Cujus* peut le faire, mais il ne l'a pas fait en la circonstance. A-t-il voulu ne donner que la valeur nette, c'est-à-dire, la différence entre la dette et la valeur du legs?¹⁴⁹ Il aurait dû le consigner dans le testament. Il subsiste un doute qui doit profiter à la partie la plus faible. Or le legs est généralement plus petit que l'ensemble de la succession. Il n'en représenterait que le quart en valeur comptable. Il n'y a pas de lacune, seule la volonté du testateur importe.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'expression "*grevée de charges*" de l'article 485 CC. La recherche de la volonté du *de Cujus* est une interprétation téléologique du testament.

3. 5. La pratique antérieure

Dans l'arrêt 45 II 155, le Tribunal fédéral a déjà interprété l'expression "*libre ou grevée de charges*". Il a aussi fait la distinction entre une obligation réelle et une obligation personnelle. L'hypothèque est une obligation personnelle qui passe aux héritiers. La haute Cour reste donc fidèle à sa jurisprudence.

¹⁴⁹ Parmi les auteurs la voix dissidente du Professeur P. Piotet voudrait que la dette hypothécaire soit reprise par le légataire. Ce dernier n'aurait droit qu'à la valeur nette du legs. Cfr. PIOTET, P., Traité de droit privé suisse, Tome IV, Fribourg, Ed. universitaires, 1975, p. 120 ss

4. L'arrêt 75 II 348 du 22 novembre 1949, JdT 1950 p. 396

4. 1. Les faits

Une société anonyme de St-Gall ne reconnaît comme actionnaires que les personnes inscrites au registre des actions. Leur cession est soumise à une déclaration et au consentement du Conseil d'administration. Dame Jass est l'héritière unique de 80 actions nominatives. Le Conseil d'administration ne la reconnaît pas comme telle et s'adjudge lesdites actions. Le désaccord sur le rachat conduit au procès.

4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Nous ne reprenons que ce fragment de l'article 686 al. 4 CO: "*L'inscription sur le registre des actions ne peut être refusée que si des administrateurs ou des actionnaires se déclarent disposés à reprendre ces titres...*".

4. 3. L'interprétation suivie

L'inscription de l'héritier des actions est refusée. Alors des administrateurs ou des actionnaires sont tenus de reprendre les actions à la valeur de la Bourse ou à leur valeur réelle. Dans l'intervalle les actions se trouvent en désérence et cette situation produit certains effets. L'actionnaire ne peut pas exercer les droits sociaux. Et en son absence d'autres actionnaires peuvent influencer la société dans un sens contraire à ses intérêts. La loi ne dit rien du laps de temps qui aboutit ou non à l'inscription. A en croire E. Selzgeber, l'article 686 al. 4 est un casse-tête.¹⁵⁰ Les auteurs déplorent le fait que l'héritier ne puisse exercer ses droits sociaux. Ils soulignent cependant que la disposition protège à la fois la société et l'actionnaire.¹⁵¹ Pour la haute Cour il faudrait procéder de cette manière: 1) Donner à l'héritier le droit de fixer un délai à la société pour le rachat. 2) Passé ce délai, exiger une inscription provisoire. 3) Passé le délai de cette dernière, ordonner l'inscription définitive. Toutes ces propositions ne sont que des paraphrases des dispositions sur la demeure du débiteur. C'est dire qu'il y a des dispositions applicables. Il faut alors conclure à l'absence de lacune.

4. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur les notions de rachat et ses conséquences. Les travaux des experts dans la révision du CO forment une interprétation historique. L'interprétation téléologique montre la protection vouée à la fois à la société et à l'actionnaire. Les solutions offertes à l'héritier placé dans cette situation constituent une interprétation extensive.

4. 5. La pratique antérieure

L'article 686 est né le 18 décembre 1936 lors de la Loi fédérale révisant les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations. L'ancien article ne comportait qu'un alinéa

¹⁵⁰ "Art. 686 Abs. 4 OR hat schon vielen Kopfzerbrechen verursacht", cfr Selzgeber-Dürg, E., Das Verkaufsrecht und Verwandte Recht an Aktien, Zürich, 1970, p. 216

⁸³ Selzgeber-Dürg, E., *Idem*, p. 217

¹⁵¹ Selzgeber-Dürg, E., *Idem*, p. 217

unique: *"Seuf disposition contraire des statuts, la qualité de sociétaire se perd par la mort."* La pratique couvre donc la période de 1936 au 22 novembre 1949. La période est courte, aussi n'y a-t-il que cette espèce-ci.

5. L'arrêt 111 II 130 du 4 octobre 1985, JdT 1986 p. 626

5. 1. Les faits

Le faillite volontaire de X. est prononcée à Neuchâtel, le 7 mai 1981: des immeubles sis dans trois cantons différents sont en cours de liquidation. La mère du failli, décédée le 11 mai 1984, l'a exhéredé de la moitié de sa réserve pour l'attribuer à ses enfants, conformément à l'article 480 CC. La masse ouvre une action en réduction contre les héritiers institués.

5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 480, alinéa premier CC, note marginale, *Exhéredation d'un incapable*, dispose: *"Le descendant contre lequel il existe un acte de défaut de biens peut être exhéredé pour la moitié de sa réserve, à condition que cette moitié soit attribuée à ses enfants nés ou à naître"*.

5. 3. L'interprétation suivie

Qu'est ce qu'un insolvable au sens de cette disposition? C'est celui contre qui il existe un acte de défaut de biens. Il doit exister à un moment précis, celui de l'ouverture de la succession, à la mort du de *Cujus*, selon l'article 537 CC. Or, elle s'est produite le 11 mai 1984, c'est-à-dire avant l'ouverture de la faillite. A ce jour bien déterminé, le failli n'était pas un insolvable: il n'existait pas encore un acte de défaut de biens. Dans cette espèce, le failli n'est donc pas un insolvable.

5. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur la notion d'insolvable. La Tribunal fédéral utilise aussi des interprétations doctrinale et jurisprudentielle. La recherche du but visé par le législateur est une interprétation téléologique. L'interprétation montre que la disposition ne contient pas de lacune.

5. 5. La pratique antérieure

Il n'y a pas encore de jurisprudence en la matière.

6. L'arrêt 113 II 493 du 26 novembre 1988, JdT 1988 p.345

6. 1. Les faits

Deux frères Emil et Franz Joseph sont propriétaires en *mein commune* d'un domaine agricole en Appenzell. En 1965, Emil laisse des héritiers, mais ils ne s'entendent pas sur la part successorale. Sur la base de l'article 620 CC, Franz Joseph en requiert, sans succès, l'attribution intégrale. Les héritiers conviennent de surseoir au partage et le frère survivant exploitera le domaine jusqu'à sa mort.

A son décès, Dame Marie Koller, nièce de Franz Joseph et les héritiers s'avisent que cet article n'est pas applicable.

6. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Voici l'article litigieux, 620 CC: *"S'il existe parmi les biens une exploitation agricole constituant une unité économique et offrant des moyens d'existence suffisants, elle est attribuée entièrement à celui des héritiers qui le demande et qui paraît capable de se charger de l'entreprise; le prix en est fixé à la valeur de rendement et s'impute sur la part de l'héritier".*

6. 3. L'interprétation suivie

Les deux frères acquièrent le domaine par achat en 1937 et forment une société simple jusqu'à la mort d'Emil. La société devrait prendre fin pour permettre la succession, mais les héritiers conviennent de donner l'exploitation à Franz Joseph jusqu'à sa mort. Au décès de celui-ci la situation juridique de la société simple reprend tout son empire: il y a une société non liquidée à laquelle vient s'ajouter une situation successorale. Il y a deux masses successorales différentes, il n'y a donc pas d'unité juridique.¹⁵² On ne peut pas, dans ces conditions obliger un héritier à renoncer au partage, au motif qu'il y aurait danger de morcellement. Les conditions de l'article 620 CC ne sont pas remplies, il faut appliquer les règles sur la liquidation de la société simple. Il n'y a pas de lacune.

6. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur les notions d'unité juridique, économique et de moyens d'existence suffisants. Le Tribunal fédéral fait aussi de l'interprétation littérale quant il analyse la nature de la convention passée entre les frères Manser: elle lui permet de découvrir la figure de la société simple. Le même interprétation lui permet de constater que l'article 620 CC ne s'applique pas à l'espèce. La *ratio legis* de cette disposition forme une interprétation téléologique. La prise en compte de la révision du droit des successions agricoles constitue une interprétation historique. La haute Cour met aussi à profit l'interprétation doctrinale.

6. 5. La pratique antérieure

Il n'y a pas de jurisprudence dans cette figure de deux successions qui se chevauchent

¹⁵² Il y a unité juridique si le domaine agricole appartient entièrement au défunt: *"Il y a unité juridique lorsque le domaine appartient au de Cujus, même s'il est loué à divers fermiers"*. Cfr. PIOTET, P. . Traité de droit privé suisse, Tome IV, Fribourg, Ed. universitaires, 1975, p. 938. Le Professeur Piotet définit aussi les notions d'unité économique et de moyens d'existence suffisants, à la page 935.

IV. DROITS REELS

1. L'arrêt 48 II 227 du 6 avril 1922, JdT 1922 p.621

1. 1. Les faits

En septembre 1915, Berger-Scherer, entrepreneur à Lucerne s'engage à construire une villa. Il la loue à Bellavio, demandeur. Le bail réserve une préemption de 74.000 francs pour les 5 premières années. Bellavio est informé que la villa est à vendre à l'hoirie Scherer-Scherer: il a 14 jours pour exercer la préemption. Le délai n'est pas utilisé et la vente se conclut avec ladite hoirie, le 31 mars 1920 pour 115.000 francs. Le 8 juin, Bellavio entend exercer son droit de préemption.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Aux termes de l'article 216 al. 3 CO, "*La forme écrite suffit pour les pactes de préemption*", tandis que les actes d'emption et de réméré requièrent la forme authentique. Le pacte de préemption peut déterminer le prix de rachat: il est alors dit qualifié. La seule forme écrite suffit-elle encore?

1. 3. L'interprétation suivie

Le Tribunal fédéral se demande d'abord si les parties ont eu en vue la conclusion d'un pacte d'emption ou de préemption. La qualification du contrat par les parties n'est pas, à elle seule, décisive, il faut rechercher leur "*commune intention*" (art. 18 al. 1 CO). La haute Cour recherche alors qu'elle a été l'intention des parties. Le prix étant déterminé, il y a lieu de penser que les parties auraient eu en vue le pacte d'emption. Il faut alors interpréter le contrat.

A réitérées fois, dans ses lettres, le défendeur a utilisé le mot de préemption. Ceci est d'autant plus crédible qu'il est rompu aux affaires. On admettrait difficilement qu'un entrepreneur ignore la différence entre un pacte d'emption et un pacte de préemption.

L'indication du prix soulève un problème. Le prix fixe est l'apanage du droit d'emption. Mais exceptionnellement le droit de préemption peut également déterminer le prix. C'est alors un droit de préemption qualifié. Selon la volonté du législateur, il est soumis à la simple forme écrite comme le droit de préemption ordinaire. Cette forme est parfaite dès l'instant qu'il y a un écrit (art. 216 al. 3 CO) et la signature du promettant (art. 13 CO). Les conditions sont réalisées en l'occurrence. C'est donc un droit de préemption et, bien que qualifié, il ne requiert que la forme écrite. Le législateur a voulu soumettre le pacte de préemption à la seule forme écrite. Sa volonté ressort de la structure même de l'article 216 CO. Sa lecture donne l'impression de descendre un escalier à trois marches décroissantes: la vente des immeubles, la promesse de vente, les pactes d'emption et de réméré et la dernière marche, la plus modeste, concerne le pacte de préemption. La forme écrite suffit selon l'alinéa trois.

Dans le texte du contrat, le pacte de préemption tient en "*une clause ajoutée à un contrat de bail à ferme ou à loyer.*"¹⁵³ Elle marque la préférence accordée au

¹⁵³ VAUCHER, G. . Les droits de préemption, d'emption et de réméré du Code civil suisse en matière immobilière. Lausanne, 1919, p. 58

locataire en cas de vente. Mais cette dernière ne doit pas se réaliser nécessairement, d'où l'on déduit qu'aux yeux du législateur, ce pacte revêt peu d'importance. La forme écrite suffit au droit de préemption.¹⁵⁴ Il n'y a donc pas de lacune.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur préemption et emption. Elle conduit le juge à rechercher la réelle intention des parties par une interprétation téléologique du contrat. La partie censée versée dans les termes techniques est responsable de la dénomination du contrat. L'examen des travaux préparatoires est une interprétation historique. La raison d'être de la forme authentique dans les alinéas un et deux de l'article 216 CO constitue une interprétation téléologique de la loi.

1. 5. La pratique antérieure

S'agissant de la qualification de droit de préemption qualifié, il n'y a pas encore de précédent. Les arrêts 44 II 362, JdT 1920, p. 34 et 44 II 380, JdT 1920, p. 231 relèvent des exceptions à l'exercice du droit de préemption.

Dans l'arrêt 44 II 362, on invoque l'exception d'acquisition ensuite d'exécution forcée. Le droit de préemption ne peut être exercé qu'en présence de vente volontaire. Dans l'arrêt 44 II 380, la vente a été faite à un héritier et équivaut à un avancement d'hoirie. C'est une donation mixte à la personne d'un héritier.

2. L'arrêt 101 Ib 329 du 8 octobre 1975

2. 1. Les faits

En 1949, l'Hôpital des Bourgeois de Bâle conclut des contrats de droit de superficie pour 100 ans avec trois Coopératives d'habitation. Tous les 25 ans, les rentes seront fixées à nouveau sur la base des valeurs en cours, des intérêts immobiliers et du marché des capitaux. Faute d'accord, la rente sera fixée par un Tribunal d'arbitrage, prévu au chiffre quinze.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

C'est l'article 2 al. 2 de l'Arrêté fédéral sur la surveillance des prix, des salaires et des bénéfices.¹⁵⁵ *"Le Conseil fédéral peut prescrire que les hausses de prix envisagées par les cartels ou les organisations analogues au sens des articles 2 et 3 de la Loi sur les cartels soient annoncées et motivées au préposé avant leur entrée en vigueur"*. La rente de droit de superficie est-elle un prix de marchandise ou de service?

¹⁵⁴ Certains auteurs voudraient que le pacte de préemption qualifié revête la forme authentique: Cfr.: VAUCHER, G., *Op. cit.*, ibidem

¹⁵⁵ RO 1972 II, p. 312. Aujourd'hui la matière est gouvernée par la *Loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSP)* du 20 novembre 1985, en vigueur depuis le 1er juillet 1986

2. 3. L'interprétation suivie

Le Tribunal fédéral définit la rente superficière: Du point de vue économique, elle constitue un dédommagement pour l'utilisation à long terme d'un morceau de terrain.

En catégorie de droit civil, elle représente une indemnisation compensatrice de la servitude accordée au titulaire du droit de superficie. Ni dans le langage courant ni dans le langage juridique, la rente n'est pas comprise comme prix de marchandise ou de service. Elle ne peut donc pas être soumise à la surveillance des prix. La rente annuelle représente une atteinte à la propriété, atteinte consentie dans le droit de superficie. Ce n'est pas un intérêt sur le capital, ce n'est pas non plus un amortissement et les rentes superficières ne doivent pas être soumises audit Arrêté comme les intérêts hypothécaires.

Il n'y a pas de lacune car les travaux préparatoires montrent bien que le Parlement a écarté une motion qui tendait à soumettre la rente superficière au régime de la surveillance. Si l'objet que les baux de loyers n'étaient pas visés non plus par l'Arrêté, le Conseil fédéral a pris des mesures dans ce secteur, mais il n'a pas touché à la rente superficière. C'est un silence qualifié du législateur. La rente est seulement *"un simple rapport obligationnel. Elle est facultative"*.¹⁵⁶ Il faut entendre par là que le droit de superficie peut se conclure sans rente. Il n'y a pas de raison pour que la haute Cour aille au-delà du silence du législateur.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur *"prix de marchandise et bénéfice"* et sert à dégager la notion de rente superficière. Des objets soumis à la surveillance des prix, on exclut par interprétation a *contrario* la rente de droit de superficie. L'analyse des travaux préparatoires constitue une interprétation historique. La recherche du but visé par le législateur est une interprétation téléologique. La comparaison avec le bail à loyer et l'examen des articles 1, 2, 3 et 5 constituent une interprétation systématique horizontale.

2. 5. La pratique antérieure

S'agissant de l'article 2 al. 1 de l'*Arrêté fédéral sur la surveillance des prix, des salaires et des bénéfices* du 20 décembre 1972, cette espèce est la première en la matière.

3. L'arrêt 108 II 180 du 14 septembre 1982

3. 1. Les faits

Il est vendu à un ex-associé 33 actions d'une valeur nominale de 27.000 francs. Le vendeur bénéficie d'un droit de gage sur les actions déposées en mains tierces jusqu'à paiement intégral. A l'estime du vendeur, l'ex-associé a vidé la Société de sa substance et la valeur des actions a diminué de ce fait. Aussi requiert-il des sûretés sous forme de *garantie supplémentaire en argent* ou sous forme de nantissement en valeurs mobilières, de caution bancaire voire d'un tiers solvable.

¹⁵⁶ RUEDIN, R., *Le droit réel de superficie*, Neuchâtel, 1969, p. 105

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Selon l'article 809 CC, note marginale "*Sûretés et rétablissement antérieur*", lorsque l'immeuble en gage subit une dépréciation, le créancier peut exiger des sûretés pour le fait accompli comme pour le simple danger de dépréciation. Cet article peut-il s'appliquer analogiquement au gage mobilier? Alors ce dernier comporterait une lacune.

3. 3. L'interprétation suivie

Dans le gage immobilier, le créancier est protégé contre toute éventuelle dépréciation. C'est que le constituant qui a la maîtrise sur le gage peut le laisser dépérir et perdre sa valeur. Quant au créancier gagiste d'une chose mobilière, il n'a plus cette protection, puisque le gage est dans sa possession. C'est lui qui en a la maîtrise. Si la chose mobilière vient à dépérir et perdre ainsi sa valeur, il n'a qu'à s'en prendre à lui même. Le gage immobilier tant par la possession que par la publicité, diffère du gage mobilier, il n'y a pas d'application analogique possible. Le gage mobilier reste bien protégé par le seul nantissement. D'autre part puisqu'il s'agit d'une société, il y a des règles applicables à la responsabilité pour chaque type de société. Il n'y a pas de lacune dans le gage mobilier.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale sert à faire la distinction entre les gages mobilier et immobilier. La référence à l'article 808 CC est une interprétation systématique horizontale.

3. 5. La pratique antérieure

Il n'y a pas de pratique sur l'application analogique de l'article 809 CC sur le gage mobilier. Le Tribunal fédéral ne dit-il pas: "*Il n'est en outre pas démontré qu'en pratique, le besoin d'une protection se soit manifesté dans le droit de gage mobilier*".

V. DROIT DES CONTRATS

1. L'arrêt 61 II 259 du 29 octobre 1935, JdT 1936 p. 166

1. 1. Les faits

Pour exploiter un restaurant, il est loué par Rogenmoser à Tiefengrund SA différents locaux dans le bâtiment de la Bourse de Zurich. C'est pour 15 ans, à raison de 150.000 francs, portés dans la suite, à 198.000 par année. Alléguant les conditions économiques défavorables et invoquant la *clausula rebus sic stantibus*, le preneur ouvre une action pour se défaire du contrat. Elle est pendante au Tribunal fédéral et il résilie le bail pour justes motifs selon l'article 269 CO pour le 30 juin 1933. Il agit ensuite en constatation de la dénonciation. En décembre 1934, à son tour, Rogenmoser ouvre une action tendant 1) à 400.000 francs pour résiliation anticipée et 2) à constater un droit de rétention pour ladite somme.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Le bailleur peut-il exercer son droit de rétention pour le dommage subi? Dans l'affirmative, l'article 272 CO contient une lacune, attendu que la réparation prévue couvre une période bien déterminée et pour la seule créance de loyer.

1. 3. L'interprétation suivie

Le Tribunal fédéral opère une distinction entre le droit de rétention des droits réels et celui du bail. Dans les droits réels, la rétention s'exerce sur des choses en possession du propriétaire. Tandis que dans le bail, les choses, objet de rétention, se trouvent dans la possession, voire la propriété du preneur. Et la haute Cour de se demander si le droit de rétention du bail constitue un gage. En principe, parce que mobilier, il ne pourrait être constitué que sous la forme du nantissement (art. 884 CC). Mais la loi peut prévoir des exceptions et c'est le cas dans cette espèce. C'est un gage mobilier prévu par la loi, mais soumis à des conditions spéciales: il faut une créance de loyer pour une période déterminée par la loi. L'analyse de l'article 272 CO révèle que le texte est clair: Le droit de rétention s'exerce sur le loyer de l'année écoulée et le semestre en cours. Le créancier ne peut exercer sa rétention que dans ces conditions strictes de la loi. Il n'y a donc pas de lacune.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 272 CO. Le droit de rétention du bail en parallèle avec celui des droits réels constitue une interprétation systématique horizontale. L'examen des travaux préparatoires est une interprétation historique

1. 5. La pratique antérieure

Le droit de rétention de l'article 272 CO existe bel et bien. Il est confirmé par de nombreux arrêts avant cette espèce. Cependant ils sont rendus dans la mouvance de l'exécution forcée. Pour cette raison nous renonçons à en faire état. Il suffit de dire que la jurisprudence est constante.

2. L'arrêt 62 II 118 du 27 mai 1936

2. 1. Les faits

En automne 1921, en mauvaise posture financière, Louis Blum est cautionné par son père Emile et A.Jornayvaz: il prend à ferme des montagnes de la Succession Henchoz, fondation administrée par la Municipalité de Château-d'Oex. Ce bail se termine en 1924. Le fermage de 1922, non payé, est garanti par une cédule de 8.200 francs souscrite par le preneur et ses cautions. A la fin de 1924, le bail est reconduit avec le cautionnement de son père et de son frère. La bailleresse réclame: 1) le fermage échu de 1924, 2) le remboursement de la cédule constituant le fermage de 1922. Jomayvaz, Emile et Louis demandent un délai pour septembre 1925. Le 1er avril 1925 Emile se porte débiteur des 8.200 francs à cinq ans et constitue une troisième hypothèque sur ses immeubles. Jomayvaz se fait solidaire. Poursuivi en réalisation du gage, Emile paie la dette et se retourne contre Jomayvaz.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Les articles 110 CO et 827 CC disposent sur la subrogation. S'étend-elle aux droits accessoires? Dans l'affirmative le constituant du gage est subrogé aux droits du créancier dans l'accessoire que constitue le cautionnement.

2. 3. L'interprétation suivie

Selon l'article 110 CO, celui qui éteint la dette est subrogé dans les droits du créancier. Et selon l'article 827 CC le propriétaire peut dégrever son immeuble et éteindre la créance. Il est également subrogé aux droits du créancier. La subrogation s'étend sur le principal et les accessoires aux termes de l'article 170 CO. Dès lors le conflit est possible entre les subrogés ou subrogables. Il faut opter pour partager la perte entre les deux garants ou privilégier l'un d'entre eux.

Le législateur a voulu vouer une protection particulière à la caution: 1. L'article 505 CO¹⁵⁷ l'emporte comme *lex specialis* sur l'article 110 CO. 2. Le créancier doit transmettre à la caution les sûretés en sa possession (art. 510 al. 2 CO). 3. Il doit l'aider à réaliser les gages dont il est nanti (art. 508 CO in fine). 4. Il ne peut pas diminuer la valeur des sûretés constituées lors du cautionnement ou après ce dernier (art. 509 CO). 5. Il doit conserver les moyens de preuve dont il dispose (art. 509 CO). 6. Il est exigé aussi l'indication du montant (art. 493 CO). Le constituant du gage n'engage que ce dernier, tandis que la caution répond à raison de tout son patrimoine. Pour ces motifs, la subrogation des articles 110 CO et 827 CC ne s'étend pas au cautionnement. C'est le principe de la subsidiarité du cautionnement par rapport au gage.¹⁵⁸

La créance garantie par gage est divisible. Si le constituant du gage désintéresse complètement le créancier, la créance est éteinte et il n'a pas à rechercher la caution. Il en va autrement si la dette n'est éteinte que partiellement. Dans cette situation, la caution sera recherchée pour le découvert.¹⁵⁹

Le créancier peut également poursuivre la caution si elle a qualité de caution solidaire aux termes de l'article 496 al. 1 CO. Dans cette espèce, les cautions sont qualifiées de solidaires.¹⁶⁰ Ce qui veut dire que le créancier peut rechercher directement la caution avant le débiteur (art. 496 al. 1 aCO). Il peut aussi poursuivre le débiteur en tout premier lieu et réaliser ses gages. Dans cet arrêt, entre la caution et le constituant du gage, le créancier a opté pour la poursuite de ce dernier parce qu'il est en même temps débiteur. Mais en réalité, en dégageant son immeuble, le constituant du gage (qui est en même temps débiteur) n'a fait qu'éteindre sa propre dette. Qu'a-t-il alors, à se retourner contre la caution? Celle-ci a pour rôle de garantir l'insolvabilité du débiteur. Or, il est bien solvable puisqu'il a acquitté la dette? En l'espèce le débiteur qui paye sa dette n'a pas à poursuivre

¹⁵⁷ Les actuels articles 492 à 512 CO sur le cautionnement sont en vigueur depuis le 1er juillet 1942. Or, l'espèce que nous analysons est de 1936; les dispositions citées sont donc antérieures à 1942: cfr Rossel, V., Code civil et Code des obligations, Neuchâtel, Payot, 1937

¹⁵⁸ C'était la solution de plusieurs lois cantonales. Le principe était "qu'il n'y a pas lieu de recourir contre la caution aussi longtemps qu'il reste un gage." Cfr, Henry, M., La révision de la législation en matière de cautionnement, in ZSR, 1935, p. 188a, citation de Carry, P., ZSR, 1932, p. 486a

¹⁵⁹ "La créance garantie par gage n'est pas indivisible; elle peut se diviser en une créance garantie et une créance non garantie suivant la valeur du gage.", Cfr Henry, M., Idem, p. 189a

¹⁶⁰ "Dans cette situation, elles doivent préciser expressément cet engagement spécial", SCYBOZ, G., Le contrat de garantie et le cautionnement, Fribourg, 1979, p. 153. Bien que cet ouvrage traite du cautionnement en vigueur depuis le 1er juillet 1942, la citation s'applique à l'ancien cautionnement, car, dans le doute, ce serait une caution simple de l'article 495 aCC

la caution, car sa démarche n'aurait pas de sens. Par conséquent il n'y a pas de lacune.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur les notions de subrogation et de caution simple. L'analyse d'un certain nombre de dispositions sur le cautionnement constitue une interprétation systématique horizontale. La recherche du but visé par le législateur dans le cautionnement constitue une interprétation téléologique.

2. 5. La pratique antérieure

Dans l'arrêt 51 II 198, JdT 1927 II 2, il ne s'agit que des titres déposés en nantissement. Dans l'arrêt 53 II 25, JdT 1927, p. 194, le constituant du gage est caution solidaire. Il est aussi débiteur principal. Pour qu'il y ait subrogation, le constituant du gage devrait être un tiers. Or, en l'espèce, il est aussi débiteur. Le cumul de la qualité de débiteur et de constituant de gage exclut l'exercice de la subrogation. Le Tribunal fédéral est donc fidèle à sa jurisprudence.

3. L'arrêt 92 II 180 du 5 avril 1966

3. 1. Les faits

L'ingénieur R. Defossez est engagé au Bureau d'ingénieurs-conseils à Genève. Le contrat est résiliable à raison de six mois, à dater de la fin d'un mois. La mise au courant est longue. Aussi Defossez promet-il de rester 3 mois au minimum à dater de la fin de l'essai. Le 30 juin 1964, il est mis fin au contrat pour le 31 décembre. Il agit en dommages-intérêts pour le gain de janvier à mars 1965. Il estime que l'employeur est aussi tenu au délai minimum de 3 ans. Le 31 mars est le terme des 3 années.

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Selon l'article 347 al. 3 CO, les délais conventionnels de congé sont les mêmes pour les deux parties. Quid si l'employeur fixe des délais de congé inégaux?

3. 3. L'interprétation suivie

Cette disposition, au regard de la doctrine et de la jurisprudence, protège l'employé. Elle est donc relativement impérative.

Dans cette espèce, c'est la convention qui a déterminé les délais de congé. Comment faut-il alors considérer la clause dérogatoire au droit impératif? Elle n'est pas nulle, car une convention peut déroger aux règles de délais légaux de congé, selon la doctrine. Il faut alors s'en remettre à la volonté des parties, mais le délai conventionnel doit s'appliquer aux deux parties.

Le Tribunal fédéral croit trouver une lacune de la loi. Il n'y en a pas. Il s'agit de ces cas où la terminologie est flottante. Il n'y en a pas car de deux choses l'une. Ou bien la convention est nulle, on applique alors les délais légaux de congé. Ou bien elle n'est pas nulle, comme dans cette espèce: on applique alors le délai conventionnel aux deux parties.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 347 al. 3 CO à propos de délai inégal et des notions de droits impératif et dispositif. Elle porte également sur l'article 20 CO relativement à la nullité totale ou partielle. Le but de la loi forme une interprétation téléologique.

L'interprétation littérale porte aussi sur les notions de "délai inégal, droits impératif et dispositif". Elle porte également sur l'article 20 CO à propos des nullités partielle et totale. La recherche du but visé par le législateur est une interprétation téléologique. Le rapprochement de ces dispositions constitue une interprétation systématique horizontale.

3. 5. La pratique antérieure

S'agissant de l'inégalité des délais conventionnels de congé de l'article 347 al. 3 CO, cette espèce est la première.

4. L'arrêt 114 II 353 du 28 octobre 1988

4. 1. Les faits

F. travaille pour une entreprise pharmaceutique comme visiteur médical dans toute la Romande. Domicilié à Genève, il installe un répondeur automatique: il établit ainsi des rapports journaliers et les envoie à R. AG à Zurich, chaque semaine. Le contrat est résilié et F. agit à Genève pour plusieurs prétentions de droit du travail.

4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

C'est l'article 343, alinéa premier CO: "*Les litiges relevant du contrat de travail sont portés, à choix, devant le for du domicile du défendeur ou du lieu de l'exploitation ou du ménage pour lequel le travailleur accomplit son travail*". L'expression litigieuse est: "*Lieu d'exploitation*".

4. 3. L'interprétation suivie

L'article 343 CO institue un for alternatif: le for général du siège commercial et celui du lieu d'exploitation. Pour le lieu d'exploitation, il suffit d'un lieu déterminé et quelques installations fixes et durables. Un bureau avec permanence téléphonique pourrait suffire. Le répondeur automatique est considéré par le demandeur comme un lieu d'exploitation. On pourrait l'admettre à la rigueur, mais ce n'est pas une installation de l'employeur ni même sur son ordre. Il n'a donc agi ni au siège commercial, ni au lieu d'exploitation. La disposition ne contient pas de lacune.

4. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 343 al. 1 CO. elle porte aussi sur la comparaison des versions allemande et italienne de la loi. Les travaux préparatoires lors de la révision servent d'interprétation historique. La recherche du but visé par le législateur dessine une interprétation téléologique. Le for commercial référé à plusieurs procédures cantonales est une interprétation

systématique horizontale. Le fait pour le heute Cour de ne pas confondre le lieu de l'exploitation et le lieu de l'exécution du travail forme une interprétation restrictive. L'examen de la doctrine et de la jurisprudence constitue des interprétations doctrinale et jurisprudentielle.

4. 5. La pratique entérieure

Le Code des obligations a connu une révision entrée en vigueur le 1er janvier 1972. Nous allons donc jusqu'à l'année 1972.

Dans l'arrêt 109 II 33, JdT 1988, p. 530, H. travaillait comme voyageur de commerce pour la Maison M. H. AG en Thurgovie. Il n'y travaillait pas régulièrement, mais le Tribunal fédéral a admis le for choisi par lui en Thurgovie. Ce for resta valable quand bien même les rapports de travail ont pris fin. Le jurisprudence est constante.

5. L'arrêt 114 II 274 du 21 juin 1988, JdT 1989 p. 7

5. 1. Les faits

En 1978, la Meison A., à Wil, engage un Yougoslave: il vendre dans son pays des machines et des outils, sous réserve de la permission des autorités. Elle ne fut pas demandée. En début d'évriil 1979, il est arrêté et écroué pour une année en raison de ses activités de représentant. Il revient en Suisse, refuse une place lui offerte par la Maison A. et entre au service d'un tiers. En 1981, contre la Maison A, il ouvre une action concluant au paiement de 180.967 francs.

5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 119 CO, note marginale, sous lettre E, *Impossibilité de l'exécution*, stipule en son alinéa deux: *"Dans les contrats bilatéraux, le débiteur ainsi libéré est tenu de restituer, selon les règles de l'enrichissement illégitime, ce qu'il a déjà reçu et il ne peut réclamer ce qui lui restait dû".* C'est une exécution devenue impossible, ensuite des circonstances non imputables au débiteur. Quid si les circonstances sont imputables au créancier?

5. 3. L'interprétation suivie

Quid si l'impossibilité relève des circonstances imputables au créancier? En général, on appliquerait les règles sur la demeure. Dans le contrat de travail, on applique l'article 324 CO. Dans cette espèce le créancier n'est pas exempt de feute, le Tribunal fédéral pèse et partage les responsabilités. L'employeur est fautif pour un tiers, l'employé pour deux tiers. Il eure droit eux prestations de l'employeur, déduction faite des deux tiers correspondent à sa propre responsabilité. Il n'y a donc pas de lacune puisqu'il y a une disposition applicable.

5. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur l'article 119 en son alinéa deux et sur l'article 324 CO. Le Tribunal fédéral fait ainsi de l'interprétation systématique horizontale. Il

s'appuie sur la doctrine et le droit comparé, notamment au rapprochement avec le paragraphe 324 BGG.¹⁶¹

5. 5. La pratique antérieure

Sur le modèle de cette espèce, à savoir l'impossibilité due à une faute partagée entre le débiteur et le créancier, il n'y a pas de précédent en jurisprudence.

VI. DROIT DES SOCIÉTÉS

1. L'arrêt 109 II 130 du 10 mai 1983, JdT 1984 p. 43

1. 1. Les faits

Habib Bank (Overseas) Ltd du Pakistan a trois succursales situées à Beyrouth, Bahrein et Sharjah et inscrites pour 22.496 actions nominatives de 100 francs au registre de Habib Bank SA Zurich. Par ses statuts, Habib Bank SA Zurich ne tient compte que des actionnaires inscrits, sous réserve de l'article 686 al. 4 CO. Avec effet au 1er janvier 1974, le Pakistan nationalise Habib Bank (Overseas) Ltd et ses succursales et leur patrimoine passe à la maison-mère. En mars 1976 Habib Bank SA Zurich procède à une augmentation du capital social. Les inscrits jouissant du droit de souscription, Habib Bank Ltd entend en faire usage pour 22,5% comme ayant cause de Habib Bank (Overseas) Ltd. Zurich refuse pour absence d'inscription au registre.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 686 al. 4 CO accorde un privilège aux actions acquises par succession, régime matrimonial ou par une exécution forcée. Pour les Cours cantonales, la liste est exhaustive, tandis que pour le Tribunal fédéral, il faudrait y ajouter la fusion.

1. 3. L'interprétation suivie

Pour les Cours cantonales et une partie de la doctrine, cet article est exhaustif. Pour la haute Cour, la Commission des experts n'a guère considéré que la liste était close. Il faut sonder les valeurs et la finalité de la loi. Cette disposition protège à la fois la société et l'actionnaire. Entre vifs tant que l'acquéreur n'est pas inscrit, l'aliénateur peut toujours exercer les droits sociaux aux assemblées générales. En matière de succession, il faut régulariser au plus vite la titularité desdits droits, car ils n'ont plus de défenseur. Or, l'effet de la fusion est analogue à le mort d'une personne physique. Aussi les raisons qui ont poussé le législateur à privilégier les

¹⁶¹ Voici l'article visé du Bürgerliches Gesetzbuch und zugehörige Gesetze. München, C. H., Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, il sera désormais cité sous BGB: (Vom Gläubiger zu vertretendes Unmöglichwerden)

-(1) *"Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Es muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."*

-(2) *Das gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist."*

héritiers doivent s'étendre à la fusion. Par conséquent l'article 686 al. 4 CO n'est pas exhaustif et il est applicable aux 22.496 actions. Il reste à examiner le cas des 5.625, c'est-à-dire les 22,5% des nouvelles actions. Le droit préférentiel de souscription appartient aux personnes inscrites au registre des actions dans cette espèce. La demanderesse n'est pas actionnaire aux yeux de la société. Elle doit se préoccuper de s'inscrire d'abord au registre des actions. A moins de considérer le droit préférentiel de souscription comme un droit patrimonial, car la demanderesse pourrait l'exercer selon la jurisprudence. Le Tribunal fédéral se met à distinguer les droits patrimoniaux qui sont des créances pures et simples et les droits sociaux patrimoniaux. Les droits socio-patrimoniaux tiennent à la fois aux créances et à la personne même de l'actionnaire. Le droit préférentiel de souscription appartient à cette catégorie. Il n'est donc pas passé à la demanderesse le jour de la fusion. La disposition ne contient pas de lacune.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur la notion de fusion assimilable à la succession. L'interprétation systématique horizontale embrasse tous les énoncés de l'article. L'interprétation historique a consisté dans l'examen des projets de révision du droit commercial. Protéger la société et l'actionnaire, but du législateur est une interprétation téléologique. L'opération qui consiste à assimiler la fusion à la succession (la déduction), elle aboutit à une interprétation extensive.

1. 5. La pratique antérieure

S'agissant de l'application de cet article en matière de fusion des sociétés, cette espèce est la première. L'arrêt 75 II 348, JdT 1950, p. 396 se rapporte à un cas de succession, l'arrêt 92 III 20, JdT 1966, p. 51 relève de l'exécution forcée. Et l'arrêt 92 II 51 applique à la fois les articles 686 al. 4 CO et 271 et suivants LP.

2. L'arrêt 39 II 561 du 2 octobre 1913

2. 1. Les faits

Le défendeur était Directeur de la verrerie Harw SA. En septembre 1909 se tint une assemblée générale. Elle décida la liquidation et nomma même un curateur. C'était contre le désir du Directeur et de ses partisans qui prétendaient que la mesure violait l'article 640 CO. D'octobre à décembre 1909, le liquidateur et le défendeur procédèrent à certains actes juridiques pour la société. C'est ainsi que le défendeur avance à la société 8000 francs. Mais en revanche il retire des fonds et déplaça même des objets de la fabrique et les dépose à Lucerne en son propre nom. La faillite déclarée, l'Administration reconnaît les avances faites et après déduction des retraits en espèce, elle le colloqua en 5ème classe. Il lui est réclamé en outre la remise de certains objets en nature.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Bien entendu le Directeur d'une société la représente (art. 32 CO). La représente-t-il encore lorsqu'il conclut en même temps des actes juridiques pour son propre intérêt personnel?

2. 3. L'interprétation suivie

Ce curieux représentant ne serait-il pas un commissionnaire de l'article 436 CO? Non, car celui-ci achète et vend en son propre nom. Par ailleurs la disposition se rapporte uniquement aux achats et ventes au prix de la Bourse ou du marché.

Depuis les années 70 du siècle dernier, la doctrine n'admet pas la conclusion de contrat avec soi-même. Et quand il lui arrive de l'admettre elle la soumet à des conditions très strictes. A l'étranger, l'article 181 BGB admet la représentation avec soi-même, mais dans le cadre de pure et simple exécution ou quand le représentant en a reçu les pouvoirs. Se présente-t-il un désavantage pour le représenté? On présume alors qu'il n'a pas donné les pouvoirs ni expressément ni de manière tacite.

Et en droit suisse? Peut-il représenter la société à titre spécial? La réponse est affirmative, mais ses pouvoirs sont déterminés par l'étendue du mandat. *In casu*, il n'a pas reçu des pouvoirs de représentation. Il agit donc sans pouvoirs et il y a des dispositions applicables à la représentation sans pouvoirs, ce sont les articles 38 et suivants CO. Il n'y a donc pas de lacune de la loi.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur la notion de contrat avec soi-même. La référence à d'autres dispositions du Code civil et du Code des obligations constitue une interprétation systématique horizontale. La condition pour admettre une telle représentation est une interprétation téléologique. Par la même occasion le Tribunal fédéral fait de l'interprétation restrictive. Il s'appuie sur le droit comparé après avoir fait de l'interprétation doctrinale.

2. 5. La pratique antérieure

Le Code des obligations entre en vigueur le premier janvier 1912 en même temps que le Code civil *strictu sensu*. L'arrêt que nous venons d'analyser est rendu l'année suivante en octobre. Dans ce très court intervalle, il n'y a pas de précédent jurisprudentiel.

3. L'arrêt 76 II 51 du 21 mars 1950, JdT 1950 p. 555

3. 1. Les faits

Fondée en 1925, une société anonyme est millionnaire de 450 actions nominatives et de 550 au porteur. A l'origine, elle appartient à deux frères à raison de la moitié pour chacun. Plus tard la désunion s'installe entre eux avec des effets préjudiciables à l'entreprise. L'assemblée générale couronnant l'exercice 1943-1944 ne réussit pas à constituer les organes sociaux. L'autorité tutélaire lui nomme un curateur en la personne d'un directeur d'une fiduciaire. Avant la publication de la curatelle, une assemblée générale forme en mars 1946 un Conseil d'administration de trois membres : les deux frères et ledit directeur d'une fiduciaire. Selon les statuts, aucun actionnaire ne peut détenir plus d'un cinquième des actions représentées. Chaque frère a 25 actions de trop. L'un des frères transfère 25 actions à sa fille et la Conseil refuse. Cette décision est attaquée selon la loi et les statuts en leur article 6 al. 3.

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Qu'advient-il de l'article 706 al. 1 lorsque la décision à attaquer émane du Conseil d'administration? Cette disposition ne prévoit aucune action contre le Conseil d'administration!

3. 3. L'interprétation suivie

Pour la Cour cantonale, il y a eu une telle évolution dans les sociétés anonymes qu'il faudrait une action propre dirigée contre l'Administration, car par cette évolution le Conseil d'administration a acquis des droits très étendus. Il n'y a pas de lacune pour le Tribunal fédéral: Des travaux préparatoires, on voit que les décisions de l'Administration ne peuvent pas être attaquées en justice. Ensuite la révision de 1936 apparaît comme relativement récente. L'action contre l'Administration n'a pas vu le jour, alors que le législateur était bien eu courant de cette évolution des sociétés anonymes. Pour le surplus, l'actionnaire dispose de toute une panoplie d'actions pour se protéger contre le Conseil d'administration. Quant aux statuts, la haute Cour estime que les conditions de l'article 6 al. 3 des statuts sont bien remplies. Il n'y a donc pas de lacune puisqu'il y a des dispositions applicables.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale permet de désigner le défendeur à l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale. Elle porte aussi sur l'article 6 al. 3 des statuts et sur le principe d'égalité des actionnaires. L'examen des travaux préparatoires est une interprétation historique. Le regard sur d'autres articles du Code des obligations, la comparaison avec l'association, la société coopérative et la législation étrangère forme une interprétation systématique horizontale et de droit comparée. Le but de la société, savoir ses propres intérêts et ceux de l'actionnaire est une interprétation téléologique. Et le refus d'une telle action est une interprétation restrictive. La haute Cour s'est aussi inspiré du droit comparé.

3. 5. La pratique antérieure

Pour l'arrêt 76 II 51 dans ses considérants 2 et 3 les décisions du Conseil d'administration ne peuvent pas être attaquées en justice, contrairement aux décisions de l'assemblée générale. Il n'y a pas de lacune et la jurisprudence est constante.

4. L'arrêt 82 II 224 du 27 mars 1956

4. 1. Les faits

Nasic, société anonyme à Genève, a émis des actions au porteur de 100 francs, échangées après la guerre contre des nouvelles de 200 francs. Parmi les actionnaires figurent des Hongrois. Ils cèdent de leurs actions un grand nombre à l'Institut central, établissement de l'Etat. Les cédants ne purent pas présenter les titres. Ils avaient été détruits. En avril 1952, l'Institut central saisit le Tribunal de Genève pour l'annulation de 11.624 actions dont les numéros sont annexés et

celle de 260 autres et requiert des titres de remplacement. Nasic estime qu'il n'y a pas eu de cession, mais plutôt une spoliation et qui répugne à l'ordre public suisse.

4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Selon l'article 971 CO, le papier-valeur perdu peut être annulé par le juge. La requête est le fait d'un demandeur. Qui est défendeur dans ce genre d'action?

4. 3. L'interprétation suivie

Le demandeur a prouvé la possession ou la propriété du titre perdu ou détruit. Le juge déclenche la procédure de sommation. Il peut arriver que le détenteur fasse valoir un droit sur le papier-valeur. La requérant doit alors passer par l'action en revendication. Le détenteur est alors défendeur. Si le titre n'est pas produit dans le délai imparti, alors le juge prononce l'annulation et le requérant est légitimé à demander un nouveau titre (art. 986 CO). Il s'agit d'une juridiction gracieuse et, de par sa nature, elle n'a pas de défendeur.

Pour Nasic, il y a une lacune: A cause de la guerre la perte des papiers-valeurs revêt une importance particulière qui appelle une législation spéciale à l'instar de la loi allemande d'août 1940.

Pour le Tribunal fédéral, il n'y a pas de lacune et il avance ces arguments: 1) La guerre est finie, voilà déjà dix ans. 2) La législation allemande nommée a déjà sept ans. 3) Le législateur suisse a eu le temps d'apprécier l'opportunité d'une législation spéciale en la matière. Il ne l'a pas fait. C'est qu'il estime sa législation suffisante.

Elle est suffisante: S'agissant des exceptions à soulever, il y a des dispositions sur la cession des créances (art. 164 et suivants CO). 2) S'agissant de l'annulation des titres elle-même, il y a les articles 891 et suivants CO. Le législateur veut le statu quo ante. Il n'y a donc pas de lacune.

4. 4. Les méthodes d'interprétation

Annulation des papiers-valeurs, droit fédéral matériel, qualités pour agir et, le cas échéant, pour défendre, légitimations formelle et matérielle du titre, procédure gracieuse ou contradictoire, toutes ces notions ont appelé l'interprétation littérale. La comparaison avec d'autres dispositions forme une interprétation systématique horizontale. Le silence qualifié du législateur est révélé par l'interprétation historique. Le Tribunal fédéral a pris appui sur le droit comparé.

4. 5. La pratique antérieure

En remontant à l'année 1937, la jurisprudence est constante, sauf à réserver quelques précisions. Ainsi dans l'arrêt 66 II 37, JdT 1940, p. 210, le Tribunal fédéral explicite la notion de titre perdu. Il est considéré comme tel si le titulaire en a été dépossédé contre sa volonté et dans l'hypothèse où le nouveau titulaire demeure inconnu. L'espèce 74 II 244, JdT 1949, p. 108, désigne le juge compétent pour prononcer l'annulation des titres d'une société anonyme parvu d'une succursale. C'est le juge du lieu où la société a son siège principal. Et dans l'arrêt 80 II 267, JdT 1955, p. 205, la haute Cour précise que la société n'a pas l'obligation de contrôler immédiatement les coupons des dividendes encaissés aux fins de découvrir les détenteurs d'actions dont l'annulation est demandée.

VII. DROIT DES LOIS SPECIALES

1. L'arrêt 47 II 99 du 6 février 1921

1. 1. Les faits

Cafetier de Martigny-Ville, Pera J. B. est propriétaire d'immeubles comprenant pâturage, chalet, grande écurie et remise. Au près d'Helvétia de St-Gall, il a assuré ses bâtiments dont "Pension Chalet du Repos" pour 13.000 francs. A défaut d'entente entre les parties, le dommage sera évalué par des experts à titre définitif. L'article 31 chiffre 3 définit la valeur de remplacement: la valeur locale de construction déduite de sa diminution depuis la construction. Si l'édifice n'est pas reconstruit, elle ne peut dépasser la valeur vénale. Le Chalet brûle dans la soirée du 26 octobre 1913. Les experts désignés par les parties fixent le dommage à 9.662,28 francs, comme la différence entre les valeurs du bâtiment avant et après l'incendie. L'Assurance conteste l'expertise et désigne un nouvel expert qui ramène le dommage à 3.346,35 francs. Pera agit sur la base de l'article 34 des conditions générales.

1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

Selon l'article 63 chiffre 2 de la LCA, *"Dans l'assurance contre l'incendie, la valeur de remplacement est pour les édifices, la valeur locale de construction, déduction faite de la diminution de cette valeur depuis la construction. Si cet édifice n'est pas reconstruit, la valeur de remplacement ne peut pas dépasser la valeur vénale"*. Cette disposition est impérative au sens de l'article 97 de la LCA.

1. 3. L'interprétation suivie

L'article 63 chiffre 2 porte bel et bien sur l'indemnité, mais ne comporte aucune prescription précise. Le Tribunal fédéral la qualifie de *lex imperfecta* ou norme incomplète. Le juge la complétera, eu égard à l'équité, la bonne foi, l'impossibilité objective et la condition au sens de l'article 156 CO.

La LCA ne fournit pas de solution en cas de non-reconstruction. L'article 63 chiffre 2 n'est pas explicite. Dans l'article 32 chiffre 2 des conditions générales, les parties auraient pu lever l'imprécision. Elles ne l'ont pas fait. Le contrat contient une lacune. Le juge la comble par son interprétation, en cherchant la volonté réelle des parties.

L'assureur comme le preneur entendaient la reconstruction du chalet. Le coût de reconstruction est devenu très élevé par suite de la guerre. C'est une impossibilité objective due surtout à la faute de l'assureur. Le sinistre s'est produit en 1913, ce litige a lieu à peu près dix ans après. Si l'assureur n'avait pas tergiversé, en compliquant, notamment la procédure, le preneur aurait bien eu le temps de reconstruire. L'assureur fait mauvaise figure d'exiger la reconstruction dont il a empêché la possibilité. La condition qui ne s'est pas réalisée pour ces motifs est réputée accomplie au sens de l'article 156 CO. L'assureur est en tout cas obligé de verser la valeur vénale. Le surplus pour atteindre la valeur de reconstruction sera consigné. Le preneur, quand il aura reconstruit, pourra prétendre à la créance en dépôt.

1. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur les notions de valeur vénale et de valeur de remplacement. Elle permet aussi d'observer que l'article 63 chiffre 2 ne règle pas de façon précise la créance en indemnité. L'examen des articles 63 et 97 de la LCA et d'autres dispositions du CO, constitue une interprétation systématique horizontale. Le but visé par la loi, voire les parties, forme une interprétation téléologique.

1. 5. La pratique antérieure

Sur la LCA du 2 avril 1908, en vigueur depuis le 1er janvier 1910, cette espèce est bien la première du genre.

2. L'arrêt 74 II 106 du 16 mars 1948, JdT 1949 p. 162

2. 1. Les faits

Koch exploite un cinéma à Zurich pour des films sonores. La Coopérative SUISA, société suisse d'auteurs et d'éditeurs s'occupe pour le compte des affiliés de l'exécution publique de leurs oeuvres. SUISA a conclu aussi des contrats avec des sociétés d'auteurs de pays étrangers. Elle perçoit des droits d'auteur en faveur des membres de ces sociétés. Pour des indemnités par exécution publique, il y a un tarif soumis à l'approbation préalable d'une Commission prévue par la LPDA. C'est sur un tarif de 1942 que les cinémas obtiennent de SUISA l'autorisation pour une exécution publique de films sonores. Les propriétaires de salles de cinéma estiment que ni le compositeur, ni SUISA ne peuvent prétendre à une indemnité spéciale pour la musique du film. Koch agit en constatation de droit.

2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 12 de la LDA se trouve sous le "*Titre II, Etendue du droit d'auteur*". La disposition comporte deux alinéas. Et voici le premier subdivisé en sept chiffres: "*Le droit d'auteur garanti par la présente loi consiste dans le droit exclusif*" et son chiffre trois: "*De réciter, représenter, exécuter ou exhiber l'oeuvre publiquement ou de transmettre publiquement par fil la récitation, la représentation, l'exécution ou l'exhibition de l'oeuvre*".

2. 3. L'interprétation suivie

Le film sonore est-il une oeuvre unique ou, au contraire, s'entend-il comme une juxtaposition d'oeuvres indépendantes? Pour le Tribunal fédéral, le film sonore est une "oeuvre artistique unique et originale". (JdT, p. 168). Mais qui est le titulaire du droit d'auteur? L'auteur est la personne physique qui a déployé une activité intellectuelle créatrice. Le producteur du film ne fait que coordonner et financer les créations des différents auteurs: il n'est pas auteur et il n'a pas de droit d'auteur originaire, sauf par disposition spéciale de la LDA qui n'en a pas.

Ce genre de film est une juxtaposition d'oeuvres indépendantes de tous ceux qui y ont collaboré. Mais pour qu'il y ait un droit d'auteur commun, il faut se trouver en présence d'un même genre artistique, faute de quoi chacun conserve son droit d'auteur indépendant et séparé. Le producteur du film est l'auteur d'un

arrangement, appelé œuvre de seconde main et il est coauteur avec l'auteur originaire. Y aurait-il une lacune de la loi, au motif que le film sonore était inconnu à l'élaboration de la LDA en 1922? Lors de l'élaboration de la LPDA en 1940, le législateur aurait pu la combler, et il ne l'a pas fait. Les travaux préparatoires montrent qu'il s'agit d'une omission volontaire du législateur. Il n'y a pas donc de la lacune.

2. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur les notions de film sonore, de producteur de film, d'auteur indépendant et d'auteur commun. L'examen des articles 343 et 393 CO constitue une interprétation systématique horizontale. Le but de la LDA et la LPDA, savoir éviter "l'industrialisation de l'art" (JdT, p. 169), est une interprétation téléologique.

2. 5. La pratique antérieure

Sur la LDA du 7 décembre 1922, en vigueur le 1er juillet 1923, cette espèce est la première sur l'article 12 chiffre 3. Il s'agit de désigner le titulaire du droit d'auteur.

3. L'arrêt 110 II 411 du 2 octobre 1984, JdT 1985, p. 203

3. 1. Les faits

L'Opéra de Zurich joue en novembre 1980 la Tosca de Puccini. Faisant partie de l'Orchestre A., en compagnie de Z., enregistre l'œuvre depuis une loge. En janvier 1981, la Société suisse des artistes exécutants dénonce la violation des droits d'auteur. A. admet qu'il a fait des enregistrements et les a vendus au prix coûtant. Z. a fait des annonces dans "Operawelt" pour un échange d'enregistrements. Il a vendu aussi au prix de revient des enregistrements de Tristan et Yseult. Ils ajoutent qu'ils n'avaient pas d'intentions commerciales. Ledite Société requiert l'interdiction de la vente, les gains tirés de celle-ci et la destruction des cassettes.

3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter

L'article 4 al. 1, ch. 2 de la LDA a cette teneur: "*Sont protégées comme œuvre d'art: 1) les traductions; 2) toute autre reproduction d'une œuvre, en tant qu'elle a le caractère d'une œuvre littéraire, artistique ou photographique originale.*"

3. 3. L'interprétation suivie

Pour la Société suisse, les interprètes créent des œuvres dignes de protection selon l'article 4 al. 1, ch. 2 de la LDA. Pour le Tribunal fédéral, cette interprétation n'a pas un caractère créateur: ce n'est ni une œuvre originale ni même une œuvre de seconde main. En Suisse comme à l'étranger la doctrine dominante partage le point de vue de la haute Cour. Cependant dans certains pays étrangers, il existe des normes spéciales protectrices des artistes exécutants, mais avec l'idée que l'interprétation elle-même ne fonde aucun droit d'auteur. D'autres pays, comme la Suisse, n'ont pas porté une législation spéciale. La LDA et même sa révision ne contiennent pas de règles dans ce sens. Mais, selon le Message du Conseil

fédéral, elles devraient se trouver dans une législation séparée ou dans un autre domaine du droit.

Dans la mouvance des droits de la personnalité, un mauvais enregistrement pourrait engendrer une mauvaise réputation pour l'Orchestre. L'article 28 CC suppose une atteinte aux intérêts personnels. Or, la représentation a été publique. Il en découle que les demandeurs ne peuvent pas invoquer la violation de la sphère privée ou secrète.

Dans le domaine de la *Loi sur la concurrence déloyale*, des pirates mettent des oeuvres sur le marché. Ainsi les producteurs de disques n'ont plus intérêt à solliciter les interprètes. Dans les circonstances présentes, il n'y a pas de violation des règles sur la concurrence déloyale: les défendeurs n'ont pas envisagé un bénéfice et aucune vente n'a pu être établie. L'interprétation de la loi ne permet pas d'établir que les interprètes d'un orchestre soient protégés par la loi. Il n'y a donc pas de lacune.

3. 4. Les méthodes d'interprétation

L'interprétation littérale porte sur des notions d'interprète, de prestation artistique, d'oeuvre originale et d'oeuvre de seconde main. La référence au Message du Conseil fédéral constitue une interprétation historique. L'examen des droits de la personnalité et des dispositions de la Loi sur la concurrence déloyale forme une interprétation systématique horizontale. La consultation de la doctrine et de la jurisprudence fait état d'interprétations doctrinale et jurisprudentielle. Par ailleurs la Cour suprême s'est appuyée sur le droit comparé.

3. 5. La pratique antérieure

Naguère le Tribunal fédéral admettait que l'article 4 LDA protégeait aussi les artistes exécutants. C'était dans l'arrêt 62 II 243, JdT 1937, p. 43, le 7 juillet 1936. L'arrêt 85 II 431 du 8 décembre 1959 ne les protège plus. C'est un changement de jurisprudence confirmée par l'arrêt 87 II 320, JdT 1963, p.34. L'espace que nous venons donc d'analyser est de jurisprudence constante depuis 1959.

CHAPITRE IV LE TRIBUNAL FEDERAL ET L'ARTICLE 1 CC EN 9 DECENNIES

Ce dernier chapitre rend compte de l'interprétation et dessine, dans la suite, un tour d'horizon sur deux axes. D'une part le négestion des lacunes et, d'autre part, leur admission. Sur notre parcours, nous n'avons pas trouvé cette distinction bien étanche, car la Cour suprême se scrite parfois à une terminologia flottante. Ainsi, bien que le résultat se révèle le même, le heute Cour refuse d'admettre une lacune alors qu'il y en a effectivement une. Ce cas se présente souvent lorsque le Tribunal fédéral comble une lacune per le biais de l'analogie. Tantôt elle fait partie intégrante de l'interprétation, tantôt elle n'intervient qu'après l'exégèse proprement dite, eu stade du comblement de la lacune. Sous la rubrique de l'admission des lacunes, il est deux façons de les combler: le complètement ou la correction de la loi. Dans ce même secteur, nous relevons aussi les méthodes d'interprétation utilisées. Nous ne retenons la négation des lacunes que dans les espèces entachées de flottement conceptuel, ce sera toujours à propos de l'analogie.

A. L'INTERPRÉTATION

Ce paragraphe retrace les interprétations classiques (littérale, systématique, historique et téléologique). Il accorde une place privilégiée à l'interprétation évolutive, mais en réalité, elle forme un cas spécial de l'interprétation téléologique. Nous y ajoutons les interprétations indiquées par l'article premier CC, à savoir les interprétations doctrinale et jurisprudentielle. Ensuite nous esquissons les résultats de toute cette exégèse. Ils consistent à déclarer que le texte légal a un sens conforme à la volonté du législateur ou que la loi comporte un vide: l'interprétation déclarative. Il peut s'agir aussi d'un texte qui n'en dit pas assez ou qui, au contraire, en dit trop. Dans ces trois dernières hypothèses, on est alors en présence de lacunes. Elles appellent le comblement par le *complètement* ou la *correction* de la loi.

I. LES INTERPRETATIONS CLASSIQUES

1. L'interprétation littérale ou le point de départ

Le juge peut s'arrêter à la seule interprétation littérale, si cette activité le conduit au sens véritable de la norme. En Suisse, il est parfois amené à comparer les versions des trois langues officielles. Cependant il faut reconnaître d'emblée qu'il est très rare, sans être pour eulent impossible, de ne s'arrêter qu'à la seule interprétation littérale. En effet celle-ci ne fournit le sens véritable qu'en présence de "*notions de quantité, d'espace, avec des formules mathématiques ou chimiques*".¹⁶²

Il en est aussi de même si les notions à interpréter sont clairement définies par la loi elle-même. Mais pour être un fait rare, la méthode littérale peut faire l'objet d'un usage exclusif. Ainsi dans l'arrêt 74 II 202/1948, JdT 1949 p 516, s'agissent de déclarer qu'il est indigne de lui succéder, celui qui a tué le de Cujus "à dessein". L'expression "à dessein" signifie en parfaite connaissance de cause, à l'exclusion de toute altération mentale. Il n'e donc pas tué intentionnellement celui qui se trouvait sous l'empire d'une absence de discernement. Dans l'arrêt 75 I 333/1949,

¹⁶² QESCHENAUX, H., Le Titre préliminaire du Code civil, Fribourg, 1959, p. 75

JdT, 1950, p. 229, les notions de mort certaine et incertaine sont élucidées au moyen de la seule interprétation littérale.

2. L'interprétation systématique ou l'explication par le contexte

Une norme est rarement isolée. Il faut la placer dans son contexte immédiat et global. L'interprétation *a rubrica* porte sur le titre de la loi. En Suisse les notes marginales de la loi constituent aussi une interprétation *a rubrica*. L'interprétation peut aussi porter sur un ensemble de dispositions qui précèdent ou qui suivent la disposition litigieuse, c'est l'interprétation *Pro subjecta materia*.¹⁶³

La disposition peut être mise en parallèle avec d'autres normes de la même loi ou d'une loi de même rang, c'est l'interprétation systématique horizontale orientée vers une recherche de l'*analogia legis*. La même disposition peut être observée en amont de l'ordre juridique dans l'esprit de la mettre en rapport avec la Constitution. Serait-elle anticonstitutionnelle, elle serait alors absurde ou non conforme à la rationalité du législateur. Le juge serait alors appelé à la contourner et à opérer avec la téléologie. Point n'est besoin de donner des exemples, qu'il nous suffise de dire que le Tribunal fédéral utilise souvent cette méthode. Le fait n'est rien de surprenant puisqu'il s'agit d'un prolongement naturel de la méthode littérale.

3. La méthode historique ou la remontée des enfers

L'interprétation littérale voire systématique n'ont pas suffi à découvrir le sens véritable de la norme. C'est alors que le juge se met à suivre le législateur pas à pas. Il épiluche les débats parlementaires: la confrontation des pour et des contre éclaire parfois le texte légal adopté. Il va même jusqu'aux travaux qui ont précédé les discussions au Parlement: Le Message, compagnon du projet de loi déposé aux Chambres, constitue une explication article par article. Il arrive même que le juge remonte jusqu'aux discussions d'experts. Elles ont pour mérite de concilier les avis des milieux intéressés lors de la procédure de consultation.

A ce niveau l'interprétation historique permet de dégager la volonté du législateur. Le juge peut décider de ne s'en tenir qu'à cette seule volonté: C'est le silence qualifié du législateur. Parfois le juge est encouragé à prendre cette attitude lorsque la loi a déjà fait l'objet d'une révision et que cette dernière n'a pas changé la disposition en cause. Le juge invoque à ce moment-là la séparation des pouvoirs. Il peut aussi advenir que ce silence soit contourné par le juge, au moyen de certaines fictions (le législateur est rationnel, le législateur et prévoient, le législateur ne peut pas tendre vers un résultat absurde) et s'achemine ensuite vers la méthode téléologique.

4. La méthode téléologique ou la sphère des valeurs

Le juge recourt au but, à la fin que le législateur voulait atteindre. Il se demande alors qu'elles étaient les valeurs à mettre en harmonie. Il cherche le moyen choisi pour y parvenir. La lettre de la loi doit correspondre à son esprit, en cas.¹⁶⁴ De divergence, l'esprit l'emporte sur la lettre: la *ratio legis*, la raison d'être de la loi. Le juge s'oriente vers d'autres situations semblables réglées par la loi, c'est l'*analogia legis*. En leur absence il se met à scruter le Droit, y compris le Droit non écrit: les

¹⁶³ VAN DE KERKHOVE, M., L'Interprétation en droit, Bruxelles, 1978, p. 142

¹⁶⁴ PERRIN, J.-F., Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois, p. 256

principes généraux du Droit lui fournissent une solution, c'est l'*analogia iuris*. Les exemples abondent, retenons quelques-uns: Dans l'arrêt 86 II 103/1960, il est fait usage de l'analogie avec le for du divorce pour les mesures protectrices de l'union conjugale prévues à l'article 169 CC. Dans l'ATF 93 I 401/1967 relatif à l'article 321 eCC, le défendeur à l'action en recherche de paternité doit fournir des sûretés pendant trois mois. Le juge s'en tient au texte légal, au motif que la norme a été adoptée à bon escient. Pour le surplus, il s'en remet à une éventuelle révision de la loi. Dans l'ATF 76 II 51/1950, JdT 1950 p. 555, le législateur n'a pas voulu d'une action dirigée contre le Conseil d'Administration et la confirmation vient de la révision de 1936 qui, bien qu'au courant, a préféré garder le statu quo à l'article 706 CC. Dans l'arrêt 74 II 106/1948, JdT 1949 p. 162, en matière de droit d'auteur, la haute Cour a estimé que le texte légal correspondait à la volonté du législateur. Il aurait pu modifier le texte lors de la révision de 1940. Il ne l'a pas fait en connaissance de cause. Il faut s'en remettre à sa volonté souveraine. Quant à l'*analogia iuris*, elle est à retenir dans l'ATF 88 II 477/1962 où le Tribunal fédéral a comblé la lacune de la loi par les valeurs qui sont à la base du Code civil.

5. Cas particulier: l'ambivalence de l'analogie

Sous le rapport du comblement des lacunes de la loi, la haute Cour fait un large usage de l'analogie, mais il convient de dire que cette notion reste quelque peu imprécise. Dans certaines espèces la Cour suprême déclare qu'il n'y a pas de lacune puisqu'on trouve une solution par l'analogie. Celle-ci est alors entendue comme une méthode d'interprétation. Dans d'autres arrêts, au contraire, l'analogie s'affiche franchement comme une méthode de comblement des lacunes

5. 1. L'analogie interprétative

Les auteurs français du siècle dernier confondaient encore l'analogie avec l'interprétation extensive. Ainsi Demelombe dans son *Cours de Code civil, Tome premier* au numéro 116, Laurent, dans ses *Principes de droit civil, Tome premier* aux numéros 276 et 277, etc. Ce sont les auteurs allemands du siècle dernier qui ont, par évolution, effiné la notion. En effet, au paragraphe 16 des *Pandekten* de F. G. Puchta, la distinction n'est pas encore bien établie entre l'analogie-interprétation et l'analogie-méthode de comblement des lacunes. Et Frédéric Charles de Savigny ne lève pas tout à fait l'équivoque. Pour lui l'analogie va bien au-delà de l'interprétation de la loi pour suppléer aux lacunes de la législation, mais tout en laissant entendre qu'elle se situe entre l'interprétation et le comblement.¹⁶⁵

5. 2. L'analogie supplétive

La distinction est accomplie chez H. Thöl dans *Einleitung in das deutsche Privatrecht* de 1851.¹⁶⁶ L'analogie tire son origine de la loi écrite et cherche, par le biais de l'unité de l'ordre juridique, à combler les lacunes de la législation. C'est sous cette forme qu'elle est reçue dans les œuvres de C. G. Wächter, J. Unger et B. Windscheid.

Elle s'induit de l'ordre juridique dans son ensemble, s'élève au-dessus des textes, se penche sur la nature des choses pour en extraire de nouvelles règles. A ce sujet

¹⁶⁵ *Traité de droit romain* par F. C. de Savigny, trad. de l'all. par C.J. Guenoux, T. I § XLVI

¹⁶⁶ Cfr. Paragraphes 56, 57 et 64

le point de vue de Cl. Dupasquier est nettement explicite: *"En logique pure, l'on considère un texte comme "plaquant sur un état de fait (subsomption), il y a application directe de ce texte. Si en revanche aucun texte ne "plaque", il y a lacune et l'analogie peut trouver place."*¹⁶⁷ A titre d'exemple, dans l'article 463 BGB, le vendeur devra indemniser l'acheteur s'il a gardé le silence sur un défaut de l'objet vendu. Quid si le même vendeur fait croire astucieusement à une qualité favorable, mais qui s'avère inexistante? *"Puisque les deux cas sont juridiquement de même valeur"*.¹⁶⁸ On peut admettre qu'ici le cas "plaque." C'est alors l'analogie-interprétation, car *"l'analogie n'est rien d'autre que la constatation d'une similitude."*¹⁶⁹ Le texte et la *ratio legis* se couvrent complètement.

Dans la correction de la loi, le Tribunal fédéral recourt très souvent à l'équité. Par rapport à la loi, c'est un procédé restrictif. Dans les figures à plusieurs critères de rattachement, la haute Cour opte souvent par le rattachement le plus restreint. C'est ainsi qu'il prend le domicile comme critère de rattachement, préférentiellement à la nationalité, critère très large. A côté de l'équité, mais dans une moindre mesure, la Cour suprême opère la correction de la loi par l'induction qui est, sous certaines réserves, une forme de l'analogie: *"L'induction ressemble par certains côtés à l'analogie, mais s'en distingue cependant à la fois par sa plus grande hardiesse et par la découverte non pas seulement d'une simple ratio legis, mais d'un véritable principe général que l'on fait rayonner sur un vaste secteur du droit."*¹⁷⁰ Ainsi donc, mises à part quelques exceptions qui confirment la règle, le Tribunal fédéral trouve des solutions aux lacunes de la loi par l'analogie et l'équité. La méthode analogique *"ne conduit pas à des résultats sensationnels."*¹⁷¹ Elle atteste cependant pour la haute Cour un souci de faire bon usage des pouvoirs délégués par le législateur. A titre exceptionnel, sous la poussée de la doctrine et des juridictions cantonales, la Cour suprême recourt à une exégèse plus hardie, c'est alors que se produit le changement de jurisprudence.

II. LES INTERPRETATIONS VOULUES PAR LE LEGISLATEUR

A propos de l'article 1er CC, il y a divergence entre les trois langues officielles, mais de manière dominante, la doctrine admet que le juge s'inspire de la doctrine et la jurisprudence, mais qu'il ne doit pas les suivre comme le suggère le texte allemand. Il ne doit pas suivre la jurisprudence, sinon ce serait la consécration du précédent à l'anglo-saxonne. Cette doctrine et cette jurisprudence doivent être éprouvées. *"Le Code civil déclare que le juge doit s'inspirer des solutions consacrées par la jurisprudence. D'après le texte allemand le juge doit suivre ces solutions et non seulement s'en inspirer. Cependant ce devoir ne lui est prescrit qu'à l'égard des solutions jurisprudentielles consacrées, éprouvées "bewährt", qui ont fait leur preuve, qui ont subi victorieusement l'épreuve de l'expérience et de l'appréciation critique"*¹⁷²

C'est un prolongement de la téléologie. Le juge considère les valeurs présentes. Elles sont le résultat de l'évolution des idées ou de la technique. Le législateur ne

¹⁶⁷ DUPASQUIER, Cl., Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'article 1er CCS, Bâle, Halbing & Lichtenhehn, 1851, p. 32

¹⁶⁸ CANARIS, C. W., De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand, p. 169

¹⁶⁹ CANARIS, C. W., *Idem*, p. 170

¹⁷⁰ DUPASQUIER, Cl., *Idem*, p. 37

¹⁷¹ DUPASQUIER, Cl., Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit, p. 220

¹⁷² JUNG, W., Fr. Gény et la jurisprudence en Suisse, in Le Centenaire du Doyen François Gény, p. 92

les a pas intégrées dans la législation, parce qu'il ne les connaissaient pas. Le juge fait alors office de législateur.

Dans l'arrêt 73 I 65/1947, JdT 1948 p. 11, le membre d'une Association qui subit un dommage d'un tiers, essuie un dommage direct tandis que son Association subit un dommage indirect.

Celui-ci n'a pas été pris en compte par le législateur. Le Tribunal fédéral a comblé la lacune en se basant sur l'évolution des Corporations qui culminent aujourd'hui dans les Conventions collectives au point d'acquérir force de loi. Qui a qualité d'Autorité de surveillance pour une Fondation en faveur du personnel, attendu que ce dernier provient des secteurs qui débordent le territoire de la Commune? C'est l'objet de l'ATF 105 II 32/1979, JdT 1981 p. 99. La haute Cour accorde la surveillance à la Corporation publique la plus étendue. Dans l'arrêt Tanner 91 II 100/1965, JdT 1965 p 590, le voisin doit accepter le dommage causé par le propriétaire foncier, auteur de travaux excessifs, mais nécessaires. Cette nécessité entraîne néanmoins l'allocation d'une indemnité à titre d'équité.

III. L'INTERPRETATION EVOLUTIVE

C'est un prolongement de la téléologie. Le juge considère les valeurs présentes. Elles sont le résultat de l'évolution des idées ou de la technique. Le législateur ne les a pas intégrées dans la législation, parce qu'il ne les connaissaient pas. Le juge fait alors office de législateur.

Dans l'arrêt 73 I 65/1947, JdT 1948 p 11, le membre d'une Association qui subit un dommage d'un tiers, essuie un dommage direct tandis que son Association subit un dommage indirect.

Celui-ci n'a pas été pris en compte par le législateur. Le Tribunal fédéral a comblé la lacune en se basant sur l'évolution des Corporations qui culminent aujourd'hui dans les Conventions collectives au point d'acquérir force de loi. Qui a qualité d'Autorité de surveillance pour une Fondation en faveur du personnel, attendu que ce dernier provient des secteurs qui débordent le territoire de la Commune? C'est l'objet de l'ATF 105 II 32/1979, JdT 1981 p. 99. La haute Cour accorde la surveillance à la Corporation publique la plus étendue. Dans l'arrêt Tanner 91 II 100/1965, JdT 1965 p 590, le voisin doit accepter le dommage causé par le propriétaire foncier, auteur de travaux excessifs, mais nécessaires. Cette nécessité entraîne néanmoins l'allocation d'une indemnité à titre d'équité.

IV. LES AUTRES INTERPRETATIONS

Après les interprétations classiques, on rencontre souvent, dans l'expression du Tribunal fédéral, l'idée d'évolution, d'où le nom d'interprétation évolutive, appelée aussi par la doctrine "d'objective" ou de "contemporaine". C'est aussi un cas d'interprétation naturaliste, puisque le législateur n'a rien prévu pour cette évolution!

Mais la haute Cour recourt aussi à d'autres interprétations, sans devoir avouer leur nom: le recours à l'analogie constituée, bien entendu, une interprétation analogique. Mais c'est aussi avouer, à tout le moins en catimini, que l'ordre juridique serait complet, ce qui nous ramène à l'interprétation *a completudine*.

La manière de lever les antinomias constitue aussi, sans devoir l'avouer une interprétation *coherens*. Elle constitue aussi une interprétation économique, puisque le législateur, non redondant par présomption, n'a pas voulu faire des

répétitions inutiles, d'où le recours à une certaine spécificité: la loi supérieure ou encore la loi plus récente déroge à la règle inférieure ou à la plus ancienne.

L'interprétation apologétique est souvent mis à profit dans le domaine de l'acquisition des immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger. La Cour suprême ne dit-elle pas que le législateur n'a pas entendu traiter un banal vendeur mieux que l'héritier institué ou le légataire? On retrouve l'idée du législateur fondamentalement raisonnable.

V. LE RESULTAT DE L'INTERPRETATION

L'interprétation, entendue comme le résultat de l'exégèse, se ramène à constater l'absence de la lacune, ou, au contraire à manifester sa présence.

1. L'interprétation déclarative

Elle constate que le sens du texte légal correspond à la volonté du législateur. Elle consiste aussi à déclarer qu'il y a un vide dans la loi à combler comme le législateur le ferait.

2. L'interprétation extensive

Elle s'avise que, comme il le devrait, le législateur n'a pas dit assez. Le juge étend alors le texte à un champ d'application plus large. Elle constitue une correction de la loi, parfois par l'équité, mais très souvent par l'induction.

3. L'interprétation restrictive

Elle trouve que le texte en dit plus qu'il ne devrait. Le juge en réduit le champ d'application, parfois par l'équité, mais souvent par la déduction. C'est aussi une correction de la loi, par opposition à son complètement. Ces résultats ont pour corollaires les lacunes de la loi, ci-après rappelées.

VI. Les lacunes de la loi

Rappelons-les pour mémoire, car il va être question de leur complètement ou correction dans les paragraphes qui suivent.

1. La lacune praeter legem

Elle est découverte par l'interprétation déclarative et constitue le lieu de prédilection pour l'exercice véritable des pouvoirs prétoriens du juge.

2. La lacune intra legem

L'interprétation extensive ou restrictive montrent au juge que la loi, sans pour autant dessiner un vide, comporte néanmoins une imperfection qu'il est alors appelé à corriger par quelques retouches.

3. La lacune contra legem

En principe le juge n'est pas autorisé à aller contre la volonté du législateur comme dans l'hypothèse de son silence qualifié. Il ne peut le faire qu'en recourant à des fictions comme la rationalité du législateur ou à son horreur de l'absurde.

B. LA NÉGATION DES LACUNES DE LA LOI

Nous donnons d'abord les principes dégagés par le Tribunal fédéral, puis nous observons qu'il ne les suit pas toujours ou, à tout le moins, que la haute Cour opère un flottement conceptuel.

I. LES PRINCIPES

C'est parfaitement une évidence, mais encore fallait-il le dire: Le Tribunal fédéral n'admet l'existence d'une lacune que quand il ne peut pas faire autrement; *"Il ne faut cependant pas admettre facilement l'existence d'une lacune de la loi. L'exercice du pouvoir législatif par le juge, prévu pour les cas d'extrême nécessité (art. 1er CC), est une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, un des principes fondamentaux de la démocratie moderne. Aussi le juge ne doit-il se décider à poser de nouveaux principes de droit que lorsque la certitude existe que la loi ne fournit pas la norme désirée. Si, pour une situation nouvelle, on peut trouver une solution par la voie de l'application analogique des principes de droit existants, il faut rejeter l'idée d'une lacune de la loi, même si la solution ainsi obtenue n'est pas la plus opportune, car opportunité n'est pas à cet égard la considération déterminante."*¹⁷³

II. LES FLOTTEMENTS CONCEPTUELS ET METHODOLOGIQUES

Nous visons les flottements dans l'articulation de l'expression, ce sont des flottements conceptuels. Mais aussi, il est des flottements dans la technique de l'interprétation elle-même, ce sont des flottements méthodologiques.

1. Les flottements conceptuels

Le Tribunal fédéral emploie souvent l'expression de *"lacune qui n'est pas véritable"*, il veut dire que le législateur n'a pas voulu édicter une norme en connaissance de cause. Pour la haute Cour l'expression équivaldrait à celle de *"défaut de politique juridique"*. Dans cette hypothèse, la Cour suprême estime que déclarer une lacune et la combler reviendrait à aller contre la *"sécurité"* ou encore à léser *"notre conception générale du Droit"*.

Dans de telles conditions le Tribunal fédéral se garde bien de déclarer l'existence d'une lacune et de la combler, *"cela ne peut se faire que par le biais de la révision"*. Pourtant cette dernière déclaration laisse entendre qu'on serait bel et bien en présence d'une lacune, sinon pourquoi la haute Cour invoquerait-elle une révision? La Cour suprême, dans de telles occurrences, ne fait pas assez usage de ses pouvoirs: ils lui sont conférés par la loi et conformément à la démocratie! Et si les circonstances changent? Même dans l'hypothèse de silence qualifié,

¹⁷³ ATF 74 II 106, JdF 1949, p. 166

l'interprétation évolutive permettrait de découvrir une lacune de la loi et de la combler, malgré le silence volontaire du législateur!

2. Les flottements méthodologiques

Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral refuse d'admettre la présence d'une lacune de manière à emporter la conviction. Par contre, certaines espèces contiennent des lacunes que la haute Cour comble par l'analogie et ce, après avoir déclaré qu'il n'y a point de lacunes. De deux choses l'une: ou bien l'analogie fait partie de l'interprétation comme certains auteurs le professent, ou bien elle est bien franchement une méthode de comblement des lacunes dans certaines occasions. Nous nous attachons à passer en revue quelques cas de flottements méthodologiques, selon la séquence: Droit des personnes, Droit de la famille, Droit des successions, Droits réels, Droit des contrats, Droit des sociétés et Droit des lois spéciales.

2. 1. Droit des personnes

L'arrêt 75 I 333/1949, JdT 1981 p. 99, a trait à l'inscription d'un décès. L'article 89 OEC régit la mort survenue sur le territoire suisse. Qu'en est-il de celle arrivée à l'étranger? En Suisse ou à l'étranger, toujours est-il qu'il s'agit d'un trépas d'un Suisse qui doit être inscrit dans les registres ad hoc. La loi, selon le Tribunal fédéral, présente une lacune dans l'alinéa premier, sous le rapport d'un décès survenu à l'étranger. La haute Cour la comble par analogie avec les alinéas deux et trois. Il s'agit bel et bien d'une interprétation d'un même article et si certains de ses alinéas s'appliquent, il est impensable de parler de lacune dans la disposition.

2. 2. Droit de la famille

2. 2. 1. L'arrêt 101 II 11/1974, JdT 1976 p 53

Il s'agit du retrait de la garde d'un enfant. Applicable, l'article 284 CC ne désigne pas le for. Il y a une lacune, comblée par analogie avec l'article 376 CC relatif au for tutélaire. Pour le Tribunal fédéral, il n'y a pas de lacune puisque, par analogie, on trouve une autre disposition utilisable.

2. 2. 2. L'arrêt 86 II 303/1960

Il est question de for des mesures protectrices de l'union conjugale visées par l'article 169 CC. Pour la haute Cour, il n'y a pas de lacune alors qu'elle vient de la combler par le for du divorce, c'est-à-dire par analogie avec l'article 144 CC.

2. 2. 3. L'arrêt 95 II 68/1969

Il s'agit de désigner le for des faits nouveaux de l'article 157 CC. Une femme en séparation de corps demande au juge de la séparation un ajustement de sa pension. Le Tribunal fédéral préfère le juge ordinaire, celui du domicile de la partie défenderesse. La haute Cour écarte le juge de la séparation, au motif qu'il ne s'agit pas d'une révision. C'est discutable, mais qu'à cela ne tiennent! Toujours est-il que pour les faits nouveaux ensuite d'une séparation de corps, il n'y a pas de for.

C'est une lacune comblée par analogie avec le domicile du défendeur. Dans la plupart des procédures civiles, sous l'inspiration de l'article 59 de la Constitution fédérale, le débiteur est à rechercher, en général, à son domicile. Après l'emploi de l'analogie, la Cour suprême semble affirmer qu'il n'y a pas de lacune.

2. 3. Doit des successions

Dans l'arrêt 75 II 348/1949, JdT 1950 p 396, le demandeur donnera un délai à la Société pour l'accepter comme actionnaire. Et, s'il n'en est pas ainsi, c'est-à-dire dire dans l'hypothèse d'un refus, il faut ordonner l'inscription. Le Tribunal fédéral opère une distinction de deux moments: La période qui précède l'inscription éventuelle jusqu'au refus et la période postérieure au refus de l'inscription. Seule la première période nous intéresse. Elle est qualifiée par la haute Cour de période de déshérence des actions. La Cour suprême estime que l'actionnaire potentiel peut subir un dommage pendant ce laps de temps et il n'y a pas de disposition légale pour écarter ce préjudice. Il y a donc une lacune. Le Tribunal fédéral croit la combler de la manière suivante: L'actionnaire potentiel fixe un délai à la Société pour l'accepter. Que signifie le fait de fixer un délai à la société? C'est la mettre en demeure! La preuve en est que, passé ce délai, le demandeur agira en exécution. En d'autres termes, la disposition ne renferme pas de lacune, car de deux choses l'une: ou bien l'actionnaire est accepté aux conditions de la loi, ou bien il agit en exécution pour laquelle il y a bien des voies de droit: Où se trouve donc la prétendue lacune de la loi?

2. 4. Droits réels

L'arrêt 115 II 149/1989 concerne un prêt d'argent garanti par une cédule hypothécaire. Celle-ci est réalisée dans une poursuite et acquise aux enchères pour 1.000 francs. Rappelons qu'elle valait 260.000 francs et que c'est le même prêteur qui l'acquiert et la vend à 290.818,95 francs. Pour le Tribunal fédéral il n'y a pas de lacune dans cette espèce et il s'en remet à la prochaine révision légale. Pour nous, il y a une lacune de celles comblées habituellement par l'équité. Sinon pourquoi la haute Cour s'en remettrait-elle à la prochaine révision législative?

2. 5. Droit des contrats

L'arrêt 92 II 180/1960 est relatif au délai conventionnel de congé. Il est le même pour les parties contractantes. Dans cette espèce, l'employeur s'est arrangé pour le rendre inégal, évidemment au détriment de l'employé. L'article 347 al. 3 CO est impératif: Le délai doit être le même pour les parties: Toute clause dérogatoire est donc nulle. Par conséquent le juge applique le même délai pour les parties: La Tribunal fédéral déclare qu'il y a une lacune et pourtant l'arrêt montre bel et bien qu'il n'y en a point..

2. 6. Lois spéciales

L'arrêt 74 II 106/1948, JdT 1949, p.162 se rapporte aux droits d'auteur et s'attache principalement à la définition du film sonore. Il se perçoit comme un mélange où interviennent le producteur du film et les différents autres auteurs. Il n'y a pas de disposition qui concerne le réalisateur du film, qualifié de coauteur dans cette espèce. Et le Tribunal fédéral d'en conclure qu'il s'agit d'un silence qualifié du

législateur, en d'autres termes qu'il n'y a pas de lacune. Que se passe-t-il, à admettre qu'il y a un silence voulu par le législateur? La demande est rejetée. Et dans cet arrêt, la haute Cour renvoie le coauteur, c'est-à-dire le réalisateur du film, à la convention qu'il a passée avec les différents auteurs qui entrent dans la composition du mélange. Au lieu du silence qualifié du Législateur, la Cour suprême aurait pu dire que, dans cette espèce, les clauses contractuelles s'appliquent. C'est une manière de renvoyer au droit commun. Il n'y a pas de lacune, puisque l'arrêt reste gouverné par les dispositions légales générales.

C. L'ADMISSION DES LACUNES DE LA LOI

Cette thèse s'intitule: "*L'interprétation, le complètement et la correction de la loi par le juge civil*". Au préalable, il est bien de définir ces notions de "*complètement*" et de "*correction*" de la loi.

I. LE COMPLÈTEMENT DE LA LOI

D'après le *Grand Robert de la langue française*, complètement est dérivé du verbe didactique compléter. En fait il sert de substantif d'action à compléter. La rareté du substantif verbal de compléter (complètement) fait que complémentation fonctionne avec cette valeur. Il est synonyme de complément, plus courant. On parle donc de complètement de la loi toutes les fois qu'il faut lui ajouter quelque chose pour qu'elle soit complète. L'opération consiste alors à ajouter quelque chose à la loi sans devoir recourir à d'autres corrections. Dans le complètement l'accent se porte, pour ainsi dire, sur la quantité: tandis que, dans la correction de la loi, il y a un rapport de qualité. A titre exemplatif, c'est par complètement qu'on désigne un for pour une disposition qui en a besoin. Bien entendu, il y a aussi complètement de la loi, lorsque le juge confectionne toute une règle pour combler un vide laissé par la législation. Et, d'après le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, complètement a pour synonyme comblement, voire recomblement.

II. LA CORRECTION DE LA LOI

La correction est l'action de changer en mieux, de ramener à la règle. Ainsi, on parle, par exemple, de la correction des fautes. En pharmacie, c'est une opération par laquelle on tempère, on adoucit l'effet d'une substance au moyen d'un correctif. Dans le discours, c'est une phrase, une locution destinée à atténuer ce qu'on vient de dire, elle a aussi la valeur d'un correctif. Ce dernier est un terme par lequel on atténue l'expression d'un discours, correctif renvoie aussi à la figure de rhétorique appelée épanorthose. Selon le *Dictionnaire de poétique et de rhétorique*, c'est une figure de pensée qui consiste à revenir sur ce que l'on vient d'affirmer, soit pour le nuancer, l'affaiblir et même le rétracter, soit au contraire, pour le réexposer avec plus d'énergie. Selon ses degrés, il existe l'épanorthose de renforcement, d'atténuation et de rétraction: Le juge veut-il renforcer la loi? Veut-il l'atténuer voire même en supprimer quelque chose? Dans toutes ces hypothèses, il fait de la correction de la loi. Elle a sa place essentiellement sous le rapport de la qualité. A titre exemplatif, l'écrit constitue une correction puisqu'elle consiste, selon les circonstances, à atténuer les rigueurs de la loi.

III. LA PRATIQUE ET LE COMPLÈTEMENT DE LA LOI

Nous suivons toujours la même partition: Droit des personnes, Droit de la famille etc. Mais il faut tout de suite observer que tous les cas relevés à propos des flottements méthodologiques rentrent dans cette catégorie de complètement de la loi. Le Tribunal fédéral a recouru, pour compléter la loi, à l'analogie ou aux dispositions générales. Il faut y ajouter les illustrations qui suivent.

1. Droit des personnes

L'arrêt 73 II 65/1947, JdT 1947 p 11 concerne deux Associations ; celles des Maîtres coiffeurs et de Garçons coiffeurs. Leurs statuts respectifs les obligent à défendre non seulement les Associations, mais aussi les Membres. Dans cette espèce l'Association des Garçons coiffeurs subit un dommage indirect. Le Garçon coiffeur un direct. Celui-ci est protégé par la loi. Qu'en est-il du dommage indirect ? La loi est muette et il y a donc une lacune. Le Tribunal fédéral la comble avec l'analogie de sa propre jurisprudence tant en droit public qu'en droit civil. Il e utilisé les interprétations littérale, jurisprudentielle, téléologique et contemporaine ou évolutive.

2. Droit des contrats

2. 1. L'arrêt 48 II 487/1922, JdT 1923, p. 304

M. Bucher est employé comme vacher. Nuitamment il accompagne son patron pour aller chasser des voleurs de bois. Il en eura un oeil crevé, remplacé par un artificiel Ce dommage n'est pas en rapport avec le contrat de travail, car il s'agit d'un mandat. En cas de mandat onéreux, le mandant répond du dommage, sauf à prouver l'absence de faute. Quid si le mandat est gratuit? La loi est muette. Cette lacune est comblée par analogie avec la gestion d'affaires (Art. 419 et ss CO). Les interprétations mises à profit sont les systématique et téléologique

2. 2. L'arrêt 61 II 1935, JdT 95, p. 615

Voici deux paysans aux domaines voisins. A la demande de l'un, l'autre monte sur un poirier pour le lui secouer. La branche casse, ledit paysan tombe et se blesse grièvement. C'est encore, et de manière plus nette, un mandat gratuit. La lacune est comblée par analogie avec la gestion d'affaires comme dans l'espèce précédente et les interprétations suivies sont les mêmes, sauf à y ajouter la jurisprudentielle provenant justement de l'espèce précédente.

3. Droit des sociétés

3. 1. L'arrêt 51 II 412/1925, JdT 1926 p 234

Une société anonyme a son siège à Glaris. Elle se réorganise pour se conformer à l'Ordonnance fédérale sur la communauté des créanciers du 20 février 1918. Il y a des droits de priorité. La notion ne figure pas dans le Code des obligations. Il y a donc une lacune de la loi. Elle est comblée par analogie avec l'article 627 CO relatif aux droits acquis. Les interprétations suivies sont les littérale, systématique, téléologique, jurisprudentielle et contemporaine ou évolutive.

3. 2. L'arrêt 49 II 352/1923, JdT 1924 p 130

Voici un acquéreur d'actions de Prudentia SA. Selon les statuts, la cession des actions dépend de l'accord du Conseil d'Administration. En cas de perte, selon toujours les statuts, les actions, les coupons et même les talons sont remplacés. Mais comment annuler ces actions perdues? La loi ne contient pas de règles pour l'annulation des titres nominatifs.

La lacune est comblée par analogie avec l'annulation des titres au porteur, dans les articles 849 CO et suivants. Le Tribunal fédéral a utilisé les interprétations littérale, historique, systématique et téléologique.

IV. LA PRATIQUE ET LA CORRECTION DE LA LOI

1. Droit des personnes

L'arrêt 106 II 236 concerne un Anglais qui cohabite avec une Tessinoise. Celle-ci, domiciliée à Genève, accouche d'un garçon, à Londres. Il est Britannique et porte le nom de famille de son père. Trois ans plus tard, les concubins veulent inscrire leur rejeton à Bellinzona au Tessin, sous le même nom de famille que dans les registres anglais. L'article 8 LRDC, applicable à l'espace, ne règle pas le port du nom. Il comporte donc une lacune. Elle est complétée par le procédé de la déduction qui est une forme de l'analogie: Le Tribunal fédéral passe de la nationalité, critère de rattachement très large, à un rattachement plus restreint, à savoir le domicile. Le petit Britannique portera le nom de sa mère. C'est donc une correction de la loi par restriction. Les interprétations suivies sont la littérale et l'interprétation contemporaine ou évolutive.

2. Droit de la famille

2. 1. L'arrêt 89 I 353/1963, JdT 19674p 271

Un Bernois épouse une Allemande. Celle-ci obtient par le fait même la nationalité suisse. Les époux connaissent une brève vie commune, mais plus tard, la femme demande et obtient le divorce en Allemagne. L'officier Bernois de l'État civil en refuse l'inscription dans le registre des familles. Dans cette espèce la femme a deux nationalités. Or, la LRDC de 1891 ne connaît qu'une nationalité. En Suisse comme en Allemagne la femme prend automatiquement la nationalité du mari et perd, parfois la sienne originaire. L'article 7g al. 3 LRDC n'envisage que des Suisses à la seule nationalité suisse qui habitent à l'étranger. La loi est muette sur la double nationalité; elle comporte donc une lacune. Elle est comblée par le jurisprudence de la haute Cour dans les hypothèses de double nationalité: Cette jurisprudence, par un procédé d'induction, qui est une forme de l'analogie, étendait le champ de la procédure. La double nationale pouvait agir là où elle se trouvait puisque elle avait deux nationalités. A cette analogie s'ajoute la correction de la loi par l'équité. Cette Dame s'est mariée valablement en Allemagne. Il devient bien équitable d'admettre ce mariage, en Suisse, mariage valable aux yeux du Droit allemand, mariage par ailleurs contracté de bonne foi. C'est une correction de la loi par extension. La Cour suprême a suivi les interprétations littérale, historique, systématique, jurisprudentielle et contemporaine ou évolutive.

2. 2. L'arrêt 100 II 65/1974, JdT 1975 p 130

Un espagnol vit en Suisse et y travaille depuis 1962. Sa femme, restée en Espagne, saisit le Tribunal de District de Zurich. Sa requête tend aux mesures protectrices de l'union conjugale. Elle demande une allocation mensuelle de 350 francs. La LRDC ne prévoit pas cette hypothèse. Elle comporte donc une lacune. En droit suisse interne, il y a aussi une lacune. Elle a été comblée par analogie avec le for du divorce en Suisse. Mais elle est aussi comblée par des considérations en équité. En effet, cette brave femme, abandonnée, voici déjà dix ans, a bel et bien besoin d'un for où elle puisse compter sur une procédure rapide et surtout efficace, dans l'hypothèse où le juge serait amené à ordonner des sûretés. C'est une correction de la loi par extension. Les interprétations suivies sont littérale, téléologique, doctrinale, téléologique et jurisprudentielle.

2. 3. L'arrêt 92 II 219/1966, JdT 1967 p 27

Une Saint-Gelloise épouse un Tchèque au Mexique. Ce dernier obtient la nationalité mexicaine. De son état, il est divorcé d'un précédent mariage dont il a trois enfants. Considérant que sa fille est domiciliée au Tessin, le père agit à Lugano en nullité de ce mariage. Une telle action, introduite par une Autorité ou par un tiers, n'a pas de for. Il y a donc une lacune comblée avec l'analogie du divorce en matière internationale, dans la figure de deux nationalités. Le tiers ou une Autorité peut agir au domicile ou au lieu d'origine de la partie suisse. Le Tribunal fédéral fait la correction de la loi par extension. La Cour suprême a procédé par induction pour pouvoir appliquer l'analogie à l'espèce. Elle a suivi les interprétations littérale, doctrinale et jurisprudentielle.

3. Droit des successions

3. 1. L'arrêt 101 Ib. 399/1975

Elle meurt domiciliée en Vaud. C'est une Allemande. Elle a institué héritières deux Associations étrangères de Mayence et de Bruxelles. Elle voudrait que ses biens restassent en la forme immobilière pendant 30 ans. Ces Associations ont besoin de l'autorisation pour inscrire leurs immeubles. Pour cela il faut un intérêt légitime, lequel fait défaut pour ces Associations protectrices d'animaux. L'AFAlE, *lex specialis* déroge à la *lex generalis* de l'article 540 CC. Dans cette dernière disposition, les héritiers acquièrent l'universalité de la succession dès la mort du de Cujus. A appliquer strictement l'article 6 de l'AFAlE, l'inscription ne peut avoir lieu. Or, il se trouve que le législateur visait surtout l'acquisition des immeubles par le truchement des actes entre vifs. Dès lors qu'il s'agit d'acte à cause de mort, il y a une lacune dans l'AFAlE. Le Tribunal fédéral la comble par l'équité: Il adoucit ainsi les rigueurs de l'AFAlE. C'est une correction de la loi par restriction. Au lieu de refuser purement et simplement l'inscription, les héritiers vendront lesdits immeubles aux personnes susceptibles d'obtenir l'autorisation. La haute Cour suit les interprétations littérale, historique et téléologique.

3. 2. L'arrêt 103 Ib 178/1979, JdT 1978 p 539

Une Allemande décède sans héritier légal. Elle institue héritière une Allemande domiciliée en Allemagne et fait un legs à une Autrichienne domiciliée en Autriche.

Cet arrêt est identique au précédent. La lacune est comblée de la même manière et le Tribunal fédéral suit les mêmes méthodes d'interprétation.

4. Droits réels

4. 1. L'arrêt 108 I 430/1982

Par Traité la Suisse et la France procèdent à un échange de portions de territoires. Une partie jurassienne s'adjoint au territoire français et une partie française vient accroître le territoire helvétique au profit du Canton de Vaud. Plus tard un Français veut acquérir un immeuble dans le Jura, précisément dans la partie échangée au Traité de 1863. Il date de plus d'un siècle. Et il se heurte aux rigueurs de l'AFAIE dans son fameux article six. L'AFAIE n'a pas eu en mémoire le Traité de 1863. Et ledit Traité ne pouvait pas prévoir que plus d'un siècle plus tard, il surviendrait une législation draconienne sur l'acquisition d'immeubles par des étrangers. Les deux textes légaux comportent une lacune. Le Tribunal fédéral la comble par l'équité. C'est une correction de la loi par restriction. La haute Cour a suivi les interprétations littérale, systématique et téléologique.

4. 2. L'arrêt 107 II 375/1981

Champs, ferme et dépendances sont vendus à Domdidier de Fribourg. D'autres immeubles vaudois font également partie du domaine. Il est fait opposition à la vente des immeubles vaudois: C'est dans l'esprit de la *Loi fédérale sur le maintien de propriété rurale* (LPR). La procédure d'opposition est réglée par les cantons sur délégation de la LPR. Or, il y a deux cantons dans le litige. Il n'y a pas de concordat. Quant à la LPR, elle se contente de faire un renvoi aux cantons, mais elle oublie qu'il peut y avoir, comme c'est le cas, plusieurs cantons en jeu. Le Tribunal fédéral opère comme en Droit international privé et comble la lacune par le rattachement au domicile. C'est une correction de la loi par restriction. La haute Cour écarte les rattachements de "*grande étendue*" du domaine ou de "*grande valeur économique*" pour ne retenir que le seul critère de "*domicile*" du paysan.

5. Droit des contrats

Une Fondation de prévoyance en faveur du personnel a pour Autorité de prévoyance la Commune X. Elle est destinée à un personnel qui débordé sur plusieurs communes, on se demande, à juste titre, si l'Autorité de surveillance demeure la même. Ne vaut-il pas mieux attribuer la surveillance à un District, un Canton, voire la Confédération? Le Tribunal fédéral accorde la surveillance à la corporation publique la plus étendue. Il passe du simple au complexe: la démarche forme une induction qui est une forme d'analogie. La correction de la loi s'effectue par extension. La haute Cour a recours aux interprétations littérale, historique, téléologique, doctrinale et objective.

6. Droit des sociétés

6. 1. L'arrêt 83 II 298/1957, JdT 1958, p. 473

Une Société anonyme a un portefeuille de 450 actions nominatives libérées. Leur transfert est soumis à des conditions spéciales. E. a vendu 249 actions et s'est

réservé un droit de réméré. Le transfert a été approuvé. Mais en 1963, il fait usage de son droit de réméré, ce qui implique un autre transfert et, par conséquent une nouvelle approbation. Cette dernière n'a pas lieu. On en vient à dissocier dans les actions, les droits sociétaires et patrimoniaux. Les parties n'y avaient jamais pensé. Il y a donc une lacune dans le contrat, elle sera comblée par la volonté réelle des parties, en tenant compte de la bonne foi. C'est une correction du contrat par extension.

Le Tribunal fédéral a suivi les interprétations littérale, systématique, téléologique, par la bonne foi et contemporaine ou évolutive.

6. 2. L'arrêt 90 II 235/1964, JdT 1965, p. 138

Cet arrêt est aussi gouverné par la dissociation des droits sociétaires et patrimoniaux. Comme dans l'espèce précédente, la lacune est comblée par la volonté réelle des parties et les interprétations suivies sont les mêmes

D. CHANGEMENT DE JURISPRUDENCE

Nous définissons d'abord quelques notions. Ensuite nous jetons un coup d'œil sur la pratique. Et dans les développements suivants, nous demandons la raison d'être du changement de jurisprudence. Plus franchement, nous serions pour son abolition ou, à tout le moins, à le soumettre à certaines conditions.

I. NOTIONS

Il ne s'agit que de ces quatre notions: changement, jurisprudence, changement de jurisprudence et revirement de jurisprudence.

1. Changement

D'après le *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, sous la direction de Jean-André Arnaud, le terme occupe une place importante dans les sciences sociales. Il signifie un processus de transformation de la société ou de certains aspects d'une société. En Droit il "*qualifie le processus de modification et de création de normes légales au sein d'une société*".

2. Jurisprudence

D'après le même ouvrage, le changement de jurisprudence signifie un ensemble de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit. Nous ne prenons pas la définition prônée dans les pays du *Common Law*.

3. Changement de jurisprudence

D'après les définitions précédentes, le changement de jurisprudence signifie alors que les juridictions rendent des décisions qui contredisent ou modifient, par renforcement ou par restriction, la jurisprudence admise jusqu'alors. Le terme équivaut à revirement de jurisprudence, du moins, selon nous, dans l'un de ses sens.

4. Revirement de jurisprudence

D'après le *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, il se caractérise par "*l'abandon par les Tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient admise; adoption d'une solution contraire à celle qu'ils consacraient; renversement de tendance dans la manière de juger.*" Ce revirement peut être à l'origine d'une autre jurisprudence qui pourrait changer elle-même, un jour. C'est alors, selon nous, un autre sens et, peut-être le véritable sens de revirement de jurisprudence: il faut prendre "revirer" comme impliquant une répétition, virer de nouveau. Au demeurant les expressions de changement de jurisprudence et de revirement de jurisprudence s'emploient indifféremment et signifient une seule et même chose; elles sont synonymes. Le changement de jurisprudence peut trouver une consécration législative s'il est adopté ultérieurement une norme conforme à cette jurisprudence. Mais le Législateur peut aussi désapprouver une jurisprudence par "*débris de jurisprudence*" qui signifie une "*intervention législative destinée à rompre avec la solution jurisprudentielle en adoptant pour l'avenir une règle qui l'exclut.*"¹⁷⁴

II. PRATIQUE ET CHANGEMENT DE JURISPRUDENCE

1. L'arrêt 88 II 477/1962

C'est une espèce du Droit de la famille. Prononcé le 11 mai et signifié aux parties le 21 août, le divorce des époux d'une localité des Grisons, est désormais consommé. En mai de la même année, l'ex-épouse accouche d'une petite fille. L'ex-mari n'entend pas la désavouer. Il était en prison lors de la conception. Elle se remarie avec son ancien amant, le véritable père de l'adultérine. Onze ans plus tard il est introduit une action tendant au désaveu. Le Tribunal cantonal l'écarte au motif que l'enfant n'avait pas un droit d'action. Elle ne peut être intentée, selon l'ancien article 253 CC, que par le mari. Très exceptionnellement, elle est accordée aux "*autres intéressés*" de l'article 256 CC ancien: il s'agit des héritiers et de tous ceux que l'enfant exclut de la succession. Ils ne peuvent agir que quand le mari en a été empêché par la mort ou par une incapacité de discernement. Dans cet arrêt, il est le seul à pouvoir agir et il ne l'a pas fait! Le Tribunal fédéral découvre une lacune de la loi dans l'article 256: l'enfant figurera désormais au nombre des "*autres intéressés*". La lacune est comblée par les valeurs qui sont à la base du Code civil, en l'espèce la protection de la personnalité de l'enfant principalement, et la protection de la famille, à titre subsidiaire, tout cela, dans l'intérêt de l'ordre public. C'est un comblement par la correction de la loi. La correction est extensive, car elle élargit le champ d'application de l'ancien article 256 CC. La haute Cour a recouru aux interprétations littérale, historique, systématique, objective et contemporaine ou évolutive.

¹⁷⁴ Dans l'arrêt 93 I 401 du 9 novembre 1967 relatif à l'article 321 aCC, le défendeur à l'action en recherche de paternité n'a à fournir des sûretés que "pour les frais présumables de l'accouchement et pour ceux de l'entretien de l'enfant pendant trois mois...". Dans l'actuel article 282 CC introduit par la Loi fédérale du 25 juin, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1978, ces mesures provisoires sont nécessaires pour la durée du procès. L'article 321 aCC limitait cet entretien à l'enfant seul. Dès janvier 1978, ces mesures s'étendent également à la mère. Le législateur s'est donc placé en désapprobation de cette jurisprudence qui paraissait pourtant bien établie.

2. L'état de la question

2. 1. Le Tribunal fédéral

Dans l'arrêt 44 II 223/1923, il s'agit bel et bien d'une action en désaveu. Le Tribunal fédéral estime que *"tout le système de la famille reposant sur la présomption de paternité du mari; le législateur n'a pas voulu que cette présomption pût être renversée par une autre personne que le mari contre lequel elle a été instituée."*¹⁷⁵

Par conséquent il n'y a pas de lacune. Dans l'arrêt 73 II 201/1947, à peu près 25 ans plus tard, la haute Cour est d'avis que *"l'enfant n'a pas qualité pour exercer l'action en désaveu même dans les cas où le mère aurait par la suite épousé le prétendu père de l'enfant."*¹⁷⁶ La Cour suprême changera de jurisprudence en 1962, sous la pression de la doctrine et des juridictions cantonales.

2. 2. La doctrine

Dans les années vingt, Walter Gautschi, dans son article *"Ueber die Legitimation ehelich eingetragener unehelicher Kinder"*, prend position ainsi: *"Es handelt sich um eine Lücke des Gesetzes"*.¹⁷⁷ Marcel Bredel, dans sa thèse, *"La règle 'Pater is est...' en Droit suisse, exprime cette opinion: 'On conçoit, au contraire, que l'enfant puisse désirer écarter une paternité fictive'"*.¹⁷⁸ Dans les années trente, H. Leemann écrit un article fort éloquent: *"Ueber das Recht des Kindes zur Anfechtung seiner Ehelichkeit"*.¹⁷⁹ Albert Comment lui emboîte le pas et va même plus loin puisqu'il admet aussi le droit d'action à la mère: *"nous reconnaitrions la légitimation active non seulement à l'enfant, mais encore à la mère."*¹⁸⁰ Dans les années cinquante, Marc Jaccard s'exprime de cette manière: *"l'impossibilité pour l'enfant de contester sa propre légitimité est loin de recueillir l'approbation unanime des auteurs et des tribunaux. Si un jour le Tribunal fédéral devait revenir sur sa décision, ainsi que nous la souhaitons, et qu'il admette par conséquent que l'enfant peut faire établir son état d'enfant illégitime..."*¹⁸¹ Werner Baumann découvre aussi une lacune dans la loi: *"Mit Recht wird aber m. A nach in der Literatur und teilweise auch in kantonalen Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass eine typische Gesetzeslücke im Sinne von Art. 1, Abs. 2, ZGB vorliegt, die durch den Richter ausgefüllt werden müsse."*¹⁸²

Dans les années soixante, Maître Pierre Nordmann plaide aussi en faveur d'une lacune: *"Le CCS contient une lacune en ce sens qu'il ne prévoit pas la possibilité, pour l'enfant lui-même, de se faire désavouer et qu'il appartient dès lors au juge de combler cette lacune selon les règles qu'il établirait lui-même s'il avait à faire oeuvre de législateur..."*¹⁸³ Dans la même SJZ à la page 329 et suivantes, C. Hegnauer fait cette communication: *"ZGB. Art. 253. Dem Kinde das Recht auf*

¹⁷⁵ ATF 44 II 225

¹⁷⁶ ATF 73 II 201

¹⁷⁷ SJZ 18, 1921/1922, p. 319

¹⁷⁸ BREDEL, M., La règle "Pater is est..." en Droit suisse, p. 63

¹⁷⁹ SJZ, 29, 1932/1933, p. 273

¹⁸⁰ COMMENT. A., Les actions de droit de famille suisse non expressément prévues, p. 543

¹⁸¹ JACCARD, M., La représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels, Thèse, Lausanne, 1955, pp. 72-73

¹⁸² BAUMANN, W., Die höchstpersönlichen Rechte des Bevormundeten, p. 8

¹⁸³ SJZ 58, 1960, p. 206 et ss

Anfechtung seiner Ehehlichkeit zuzuerkennen. Il est à remarquer que cet auteur est, en suisse le spécialiste du Droit de la filiation. Le Professeur H. Hinderling de Bâle approuve le commentaire de C. Hegnauer. Il ferme ainsi la marche des auteurs avant le revirement opéré en 1962

2. 3. Les juridictions cantonales

Dans l'arrêt 44 II 223/1913, le Tribunal fédéral tient ce ton: *"C'est à tort que l'instance cantonale croit pouvoir invoquer..."*. On voit déjà que la dissidence commence à se dessiner! Mais c'est surtout à partir de l'arrêt 73 II 201/1947 que les tribunaux cantonaux affichent leur insoumission. La page 207 de la SJZ, 56, 1960, fait largement état du désaccord des juridictions cantonales dans leurs jugements. Le présent arrêt 88 II 477/1962 consacre un changement de jurisprudence: l'arrêt 44 II 201 est de 1913, trente ans plus tard, l'arrêt 73 II 201/1947 est une confirmation de la jurisprudence. Enfin, 15 ans plus tard, c'est le coup d'arrêt donné à cette jurisprudence. Autant dire qu'il e fallu au Tribunal fédéral l'espace de deux générations pour changer sa jurisprudence!

3. L'arrêt 91 II 100/1965, JdT 1965 p 590

C'est une espèce des Droits réels. Il est boulanger-confiseur et il subit un une perte de gain. C'est à cause des travaux de démolition et de construction de son voisin. Il agit en dommages et intérêts. D'une part, le propriétaire peut faire sur son fonds tout ce qu'il veut: l'exercice du droit de propriété n' a de limite que celle fixée par le droit des tiers. Ils sont excessifs les travaux. Oui, c'est vrai, mais ils sont nécessaires! Le Tribunal fédéral découvre une lacune de la loi et la comble avec les analogies des articles 701 CC (état de nécessité) et 694 CC (passage nécessaire). Ces analogies conduisent à l'usage de l'équité. La haute Cour comble ici aussi la lacune par l'équité. C'est une correction de la loi par restriction, car la Cour suprême est appelée à adoucir les rigueurs des dispositions légales. Le tribunal fédéral a mis à profit les interprétations littérale, systématique, téléologique et contemporaine ou évolutive.

Cet arrêt sera confirmé par l'ATF 114 II 230 du 19 mai 1988, JdT 1989 p 144.

4. L'état de la question

4. 1. Le Tribunal fédéral

A la page 37 de l'arrêt 44 II du 24 janvier 1918, le Tribunal fédéral s'exprime de cette manière: *"quelle que soit la cause du trouble ainsi causé à son voisin, le propriétaire est tenu de l'indemniser"*. Le même principe de l'indamnation est toujours retenu dans l'arrêt 47 II 408 du 29 septembre 1921. Dans l'espèce 83 II 375 du 19 septembre 1957, plus connu sous le nom de l'arrêt Perrin, le même principe est toujours retenu et confirmé: *"Estimant que la responsabilité de Vitra SA n'était pas engagée, la Cour cantonale ne s'est pas prononcée sur la question du dommage. La cause doit dès lors lui être envoyée pour qu'elle statue sur ce point..."*¹⁸⁴ Pour la haute Cour, il suffit que les conditions de l'article 679 CC soient réalisées pour condamner le défendeur au dédommagement. La Cour suprême ne

¹⁸⁴ ATF 88 II 375, p. 384, Consid. 4

s'embarrasse pas encore de la subtilité qui consiste à mettre en évidence le caractère nécessaire des travaux.

4. 2. La doctrine

Le caractère nécessaire des constructions est marqué par l'effervescence qui s'empare des choses immobilières dès les années cinquante. En effet, l'article 679 CC retient l'attention des auteurs: W. Kolb lui consacre 166 pages, L. L'huillier 97 pages. Mais il faut reconnaître que l'interprétation reste conforme à la jurisprudence. Ainsi pour L'huillier, le propriétaire engage sa responsabilité dans la mesure où il outrepassé les limites que le droit privé assigne à son droit de propriété. En 1957, le Professeur Peter Liver est le premier à relever le caractère nécessaire des constructions du propriétaire. C'est à ses vues très pénétrantes qu'on doit le changement de jurisprudence dans l'espèce présente, plus connue sous le nom d'arrêt Tanner.

4. 3. La législation

La législation elle-même va dans le sens du courant, comme en témoigne cette pléthore législative: La LPR de 1951, l'AFAIE de 1961 et la *Loi fédérale révisant les dispositions du Code civil et du Code des obligations sur le droit de superficie et le transfert des immeubles* de 1965.

5. Les raisons du changement de jurisprudence

Dans l'arrêt 88 II 477/1962, le Tribunal fédéral a mis à profit l'interprétation évolutive. Par ce biais il a découvert et comblé la lacune. il a fallu cependant un demi-siècle pour que la haute Cour cède à la pression forte et toujours renouvelée de la doctrine et des juridictions cantonales. Dans l'arrêt 91 II 100/1957, c'est surtout l'effervescence dans l'immobilier qui a éveillé l'attention. A cet état sociologique général s'est ajoutée la pensée du Professeur Liver: il pourrait revendiquer le paternité de ce changement de jurisprudence.

Mais il n'est pas inutile de faire observer que ces changements de jurisprudence ont bien mis du temps pour se manifester. La doctrine et les juridictions cantonales s'affirment comme les moteurs des changements de jurisprudence. Elles sont souvent épaulées par la législation en cours.

III. POUR L'EXCLUSION DU CHANGEMENT DE JURISPRUDENCE

Que les théories de la représentation, de la jurisprudence-loi, de la collaboration, de la bonne foi et de la jurisprudence-coutume viennent à notre secours! Avec leur appui, nous penchons pour l'exclusion du changement de jurisprudence. A tout le moins, il devrait se soumettre à certaines conditions.

1. La théorie de la représentation

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge applique le droit coutumier. A défaut encore, alors qu'il applique les règles qu'il ferait s'il était à la place du législateur. Voici les pouvoirs que le juge a reçus de l'article premier du Code civil. Le Tribunal fédéral est donc mandaté, et qu'il n'aille pas se soucier, en la matière, de la séparation des pouvoirs! Ce souci apparaît dans certains arrêts. C'est une

précaution louable, mais superflue, dès lors qu'il a, pour ainsi dire, carte blanche pour aller, s'il le fallait, contre la séparation des pouvoirs. L'article premier CC donne un mandat, au sens des articles 394 CO et suivants. La haute Cour représente donc le pouvoir législatif dès qu'il s'agit de compléter ou de corriger la loi. Voilà donc le contenu des pouvoirs reçus de par la loi. Mais quelle est leur étendue ou en d'autres termes quand est-ce qu'ils prennent fin? Comme Pierre Angel, nous sommes d'avis que: "*Bien naturellement le mandat s'accomplit et s'achève par son exécution régulière*"¹⁸⁵ Dès lors que la Cour suprême crée une norme qu'elle applique, elle épuise ses pouvoirs. L'affaire est liquidée! Le mandat est exécuté et accompli! Dès ce moment, le législateur reprend ses pouvoirs naguère délégués au juge. Et, celui-ci, saisi d'un litige semblable devrait obligatoirement utiliser la même règle que dans l'espèce précédente. Le juge qui change de jurisprudence se place dans la même perspective que le législateur appelé à abroger, à modifier, ou à édicter une nouvelle loi. Il doit provoquer la procédure prévue et suivre tout le cheminement habituel qui peut aller jusqu'au référendum obligatoire ou facultatif. Qu'il suffise donc de dire qu'il n'abroge, ni ne modifie, ni n'édicte une norme comme bon lui semble. A plus forte raison, le juge ne peut pas faire comme il veut. Et même la nouvelle loi doit aménager des ponts de passage sous les espèces de droit transitoire ou intertemporel. Raisonnablement le juge ne peut pas s'abriter sous un jour plus favorable que le Parlement. Dans cette hypothèse l'Assemblée fédérale aurait délégué des pouvoirs qu'elle n'a pas elle-même. Il est donc juste de penser que le législateur n'a pas donné les pouvoirs de changer de jurisprudence, situation qui serait analogue à un changement législatif. C'est un privilège du législateur et le principe de la séparation des pouvoirs reprend tout son empire.¹⁸⁶

2. La théorie de la jurisprudence-loi

Les juristes de l'Ecole de Vienne ont développé naguère la théorie de l'identité de l'acte législatif et de l'acte juridictionnel. La loi comme le jugement ont la même substance, ils expriment tous les deux un devoir être, un *soffen*, selon la théorie des degrés successifs (Stufentheorie). En effet, dans la théorie kelsénienne, les diverses normes juridiques sont subordonnées les unes aux autres: la norme inférieure tire son autorité de la norme supérieure. *In casu*, l'article premier du Code civil habilite le juge à poser des règles juridiques. Elles sont parfaitement valides. Force est, dès lors, d'admettre que la jurisprudence du Tribunal exprime un *devoir-être* et elle a par conséquent la même valeur qu'un acte législatif. L'acte du juge est à la fois un acte d'exécution et un acte de création du droit. Entre l'acte législatif et l'acte juridictionnel, il n'existe qu'une différence de degré. La conception n'est pas différente chez H. L. A Hart et R. Carré de Malberg ne fait que les confirmer lorsqu'il écrit: "*L'ordre juridique découle graduellement de toutes les sources qui forment, d'une façon incessante, les actes des autorités administratives et des tribunaux faisant suite exécutivement à ceux du Législateur.*"¹⁸⁷ Par le jugement le Tribunal édicte une norme, à laquelle il est lui-même soumis désormais: "*Il est des cas où, même dans les droits continentaux, l'importance des raisonnements juridiques contenus dans les décisions judiciaires, déborde les limites du litige concret à l'occasion duquel elles ont été rendues. Les décisions*

¹⁸⁵ ANGEL, P., *Contrats de droit suisse*, Berne Stämpfli, 1992, p. 472

¹⁸⁶ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XI, Chap. VI

¹⁸⁷ CARRÉ DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, p. 73

judiciaires acquièrent alors, même en Europe continentale, une autorité normative, une portée générale, une signification allant au-delà du litige qu'elles avaient tranché".¹⁸⁸ Ch. N. Fragistas exprime dans ces lignes que la jurisprudence peut devenir un précédent analogue à la loi. Mais aussi, il faut se souvenir qu'à sa parution, le Code civil suisse a été salué par une approbation admirative, unanime et quasi universelle. Il le doit à l'originalité qui donne au juge le pouvoir de faire une loi *modo legislatoris*. Le juge, en tous cas le Juge fédéral doit exercer ce pouvoir, il est vrai, exceptionnellement. En l'état actuel, la jurisprudence ne se distingue guère des autres juridictions étrangères. Elle en reste à la teneur de l'École de l'Exégèse, édulcorée quelque peu de la pensée de François Gény. Il est temps que le Juge renoue avec sa mission, celle de faire une norme comme le ferait le Législateur.

3. La théorie de la collaboration

Par l'application de l'article 1er CC, le mandat s'exécute conformément aux instructions reçues (Art. 397 CO). Il ne reste plus qu'à remettre les pouvoirs dans l'esprit de l'article 400 CO. Le devoir de rendre compte s'inscrit dans l'article 21 de la Loi d'organisation judiciaire (OJ) du 16 décembre 1943 en son alinéa deux: "*Il lui adresse chaque année un rapport sur sa gestion*". Il est bon de préciser que toute la disposition est placée sous le titre marginal: "*Rapport avec l'Assemblée fédérale*". Et l'alinéa premier institue beaucoup plus une collaboration qu'une véritable surveillance: "*Le Tribunal est placé sous la haute surveillance de l'Assemblée fédérale*". Les termes, *surveillance*, *vigilanza*, en allemand *Aufsicht*, suggèrent l'idée d'une collaboration attentive, et non celle d'une surveillance assortie d'un principe d'autorité. Les pouvoirs sont séparés à la Montesquieu, mais ils sont égaux. Le principe de collaboration, en filigrane dans l'article 21 OJ, a vocation d'assurer l'équilibre: "*Dans le Droit contemporain la doctrine de la séparation des pouvoirs est remplacé par celle de l'équilibre, et cet équilibre dans les États modernes, qui se veulent des États de droit, se déplace de plus en plus en favorisant le pouvoir judiciaire.*"¹⁸⁹ Ainsi donc, grand compte tenu des pouvoirs prétoriens du juge, mais aussi de la collaboration des pouvoirs judiciaire et législatif, nous dirions avec Henri de Page: "*si une interprétation de la loi est dépassée par la marche des idées et des faits, c'est, semble-t-il, au législateur qu'il incombe d'intervenir, plutôt qu'au juge*".¹⁹⁰ Et il y a lieu d'ajouter avec Georges Ripert: "*Le souverain fut autrefois législateur et juge, les deux pouvoirs sont de même nature. Le juge est le législateur des cas particuliers*".¹⁹¹ Cette collaboration s'illustre par le comportement du législateur: il arrive que les arrêts du Tribunal fédéral prennent place dans des révisions législatives. Ainsi, l'arrêt 88 II 477/1962 est à l'origine de l'actuel article 256 al. 2 CC, introduit par la Loi fédérale du 25 juin 1976, en vigueur depuis le 1er janvier 1978. Le Législateur doit incorporer régulièrement les arrêts du Tribunal Fédéral dans la législation, puisque, comme le propos de Ch. N. Fragistas, dans les Mélanges J. Maury II, à la page 420, "*La nomination du représentant n'empêche pas le maître de gérer ses affaires.*"

¹⁸⁸ Mélanges Jacques Maury II, p. 141

¹⁸⁹ PERELMANN, Ch., Le juge, la règle de droit et la justice, in Mélanges, Robert Legros, p. 497

¹⁹⁰ OE PAGE, H., Traité élémentaire de droit civil belge, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 310

¹⁹¹ RIPERT, G., Les forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1955, p. 119

4. La théorie de la bonne foi et de la sécurité du droit

Un comportement contradictoire viole la bonne foi, d'une part. D'autre part, des variations fréquentes de la jurisprudence alimentent l'insécurité du droit. Ces notions de bonne foi et d'insécurité du droit font l'objet des lignes qui vont suivre.

4. 1. La bonne foi

L'interdiction d'un comportement contradictoire prend quelque relief dans certains arrêts du Tribunal fédéral. Dans l'arrêt 89 II 287/1964, p. 334, nous lisons: *"la partie qui abandonne la position qu'elle avait prise antérieurement, en connaissant pour l'essentiel les circonstances dont elle se prévaut, et dont le partenaire pouvait compter, selon les règles de la bonne foi, qu'elle s'en tiendrait à son attitude primitive, commet un abus de droit."* Et dans l'arrêt 94 II 371/1968, JdT, 1969, p. 348, nous apprenons qu'il y a une *"vente de devises per une banque pour le compte de l'un de ses clients, qui conteste l'existence d'un mandat et refuse de livrer la chose vendue. Perte subie par la banque sur les achats qu'elle effectuait pour se couvrir, portée en compensation au débit d'un compte du client..."*. Le Tribunal fédéral est bien contra tout comportement contradictoire. Le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il devrait appliquer ce même principe à sa propre jurisprudence. Or, que voyons-nous? Il prononce un arrêt, suivi de quelques autres dans le même sens, quelques années plus tard, il change de jurisprudence, et quelques années plus tard encore, il se rabat sur sa jurisprudence primitive! En effet, interprétant l'article 60 CC, la haute Cour déclare: *"Les associations qui n'ont pas un but économique acquièrent la personnalité lorsqu'elles expriment, dans leurs statuts, la volonté d'être organisées corporativement."*¹⁹² C'est la confirmation d'une jurisprudence constante depuis 1935. Coup de théâtre, car l'arrêt Miniera 88 II 209/1962, p. 109 apporte un changement de jurisprudence: *"La jurisprudence citée ne saurait être maintenue."*¹⁹³ Les choses pourraient en rester là, mais la haute Cour n'a pas fini de faire des surprises, c'est ainsi que dans l'arrêt Martin 90 II 333/1964, JdT 1965, p. 201, le Tribunal fédéral s'écarte de l'arrêt Miniera en ces termes: *"les conséquences pratiques qui résulteraient de sa confirmation et de l'application logique de la nouvelle définition du but non économique méritent un examen approfondi."*¹⁹⁴ Et la Cour suprême d'ajouter: *"Le maintien du nouveau critère obligerait à opérer dans chaque espèce particulière la distinction entre le but économique et le but idéal. Plusieurs difficultés surgiront à ce propos, qui constituent un facteur d'insécurité."*¹⁹⁵ Le Tribunal fédéral change donc l'avis qui était le sien dans l'arrêt Miniera et renoue avec sa toute première jurisprudence. Si l'adoption d'un comportement contradictoire (*venire contra proprium factum*) est contraire à la bonne foi, on ne peut pas nier que la haute Cour l'a elle-même violée ! Et ce n'est guère en faveur de la sécurité du droit

4. 2. La sécurité du droit

D'après Gérard Cornu, dans le *Vocabulaire juridique*, dans un sens abstrait, la sécurité constitue une garantie *"tendant...à exclure ou du moins à réduire*

¹⁹² ATF 72 I 319/1946, JdT 1947, p. 565, JdT, p. 567

¹⁹³ ATF 88 II 209/1962, JdT 1963, p. 109, JdT, p. 201

¹⁹⁴ ATF 90 II 333/1964, JdT 1965, p. 201

¹⁹⁵ ATF 90 II 333/1964, JdT 1965, p. 201

l'incertitude dans la réalisation du droit." Pour Jean-André Arnaud, dans le *Dictionnaire encyclopédique de la Théorie et de la Sociologie du Droit*, "la sécurité s'apprécie en termes de régulation." Appelé à combler les lacunes de la loi, le juge doit prendre quelques précautions. Nous faisons nôtre, sans réserve, ce jugement du Professeur Henri Deschenaux: "il doit se préoccuper de la sécurité du droit. Les règles supplétives qu'il établit doivent être d'un maniement aisé et permettre un pronostic sur l'issue de futurs litiges. C'est dire qu'elles doivent être claires et simples."¹⁹⁶ Les avocats, les justiciables réclament au Tribunal fédéral, pour l'issue de leurs procès, une jurisprudence constante. En l'occurrence cet enseignement du Professeur Deschenaux vient encore à point nommé: "La règle de droit judiciaire une fois établie, en ce sens que les justiciables doivent pouvoir se reposer, pour des raisons d'égalité et de sécurité du droit, sur ce succédané d'une norme législative; l'article 1er al. 2 appelle cette interprétation."¹⁹⁷ C. W. Canaris est sur la même longueur d'onde que le Professeur Deschenaux: "De là, l'obligation pour le juge de construire une règle générale pour combler des lacunes est fondée dans la nature même du droit, ce qui exige encore la sûreté juridique, en ce sens qu'on puisse prévoir la décision dans d'autres cas semblables."¹⁹⁸ Le Professeur Hans Michael Riemer prend lui aussi position en faveur de l'égalité et de la sécurité du droit: Le juge pourrait changer une jurisprudence constante s'il y est acculé par la sécurité du droit: "Es kann unter Umständen aus Gründen der Rechtssicherheit gerechtfertigt sein, eine bestimmte Praxis beizubehalten, obwohl beachtliche Gründe bzw. die Gerechtigkeit für deren Abänderung sprachen würden."¹⁹⁹ Nous soutenons aussi que le juge ne devrait pas changer une jurisprudence constante, précisément pour des raisons de sécurité du droit, d'autant plus que cette jurisprudence peut avoir acquis la valeur d'une coutume. Il se trouverait dès lors dans l'obligation de l'appliquer en l'absence de disposition légale.

5. La théorie de la jurisprudence-coutume

Ce paragraphe pose la question de savoir si la jurisprudence peut se muer en coutume, dès lors qu'elle en remplit les conditions. Bien entendu il s'agit de la jurisprudence dite constante; celle qui se forme par l'accumulation des précédents. Combien en faut-il? En tous cas, à l'instar de la coutume, elle doit produire chez les destinataires, à tout le moins chez les intéressés, un sentiment d'obligation et doit reposer sur un usage de longue durée, habituels éléments constitutifs de la coutume. La doctrine penche pour l'affirmative, mais encore faut-il définir d'abord la jurisprudence.

5. 1. La notion de jurisprudence

Dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, la jurisprudence signifie un "ensemble de solutions apportées par des décisions de justice dans l'application du Droit (notamment dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure) ou dans la création du Droit (quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut)...". Dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du*

¹⁹⁶ DESCHENAU, H., *Le Titre préliminaire du Code civil*, Fribourg, 1969, p. 103

¹⁹⁷ DESCHENAU, H., *Idem*, p. 121

¹⁹⁸ C. W. CANARIS, *Op. cit.*, p. 178

¹⁹⁹ RIEMER, H.M., *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, p. 71

Droit d'André-Jean Arnaud, la jurisprudence est définie dans un sens historique: Elle est *"la connaissance du juste et de l'injuste..."*. Pendant tout le XIXe siècle jusque'en 1899, date de la première édition des *"Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif"* de François Gény, elle est un règlement d'intérêt, en l'absence de loi, compte tenu de l'évolution de la société. Aujourd'hui, elle signifie une *"solution suggérée par un ensemble de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit."* Cette dernière définition exprime qu'il faut une certaine quantité de décisions pour qu'il y ait jurisprudence. Et quand elles sont concordantes, il y a jurisprudence constante. Cette même notion se retrouve dans le *Vocabulaire juridique*: la jurisprudence peut exprimer un *"ensemble des décisions rendues pendant une certaine période, soit dans une matière (jurisprudence immobilière), soit dans une branche du Droit (jurisprudence civile, fiscale, etc.) soit dans l'ensemble du droit."*

5. 2. La notion de jurisprudence constante

Selon l'ouvrage de Gérard Cornu, constante *"se dit d'une jurisprudence fermement établie, fixée (il est de jurisprudence constante), mais on y introduisant souvent l'idée que celle-ci se perpétue dans le même sens par de nouveaux arrêts."* Il faut, pour constituer une jurisprudence constante, *"une suite constante et durable de jugements dont il se dégage une règle uniforme"*, selon l'expression d'André Pache.²⁰⁰ Celle de François Gilliard nous paraît équivalente: *"Plus celle-ci est ferme et durable, plus elle tend à se muer en coutume."*²⁰¹

5. 3. La jurisprudence constante et l'opinion de la doctrine

D'une manière générale, en Suisse comme à l'étranger, des auteurs acquiescent à l'idée que la jurisprudence peut créer une coutume. Virgile Rossel et F. Mentha, commentateurs du Code civil suisse, s'expriment ainsi: Le juge *"crée du droit objectif pour la cause qui lui est soumise et peut-être pose-t-il le fondement d'une coutume."*²⁰² André Pache n'est pas en reste: *"Non seulement la jurisprudence est la forme la plus normale du droit coutumier, mais elle est, de l'avis d'Austin, notamment, la seule forme possible."*²⁰³ Pour des raisons de la séparation des pouvoirs, François Gény nourrit quelque réserve: *"il ne me paraît pas possible, que la libre investigation scientifique puisse créer des règles de droit, avec la même latitude qui appartient à la loi ou à la coutume."*²⁰⁴ D'autres auteurs se contentent de dire que la jurisprudence présente quelques aspects de la coutume. En tous les cas, de la jurisprudence constante devraient se dégager deux éléments; la durée de la coutume et ses constance et fermeté qui engendrent l'obligation de droit.

5. 4. La jurisprudence et le temps coutumier

Dans la mouvance de droit public, dans l'ATF 83 I 246, une pratique de 35 ans s'avère suffisante pour révéler l'existence d'une coutume. La haute Cour a refusé des cas isolés pour une période de 16 ans suivis de 5 ans de pratique intense

²⁰⁰ PACHE, A., La coutume et les usages dans le droit privé positif, Lausanne, 1938, p. 150

²⁰¹ GILLIARD, Fr., La jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du Droit, p. 16

²⁰² ROSSEL, V. / MENTHA, F., Le Code civil suisse, Lausanne, Payot, 1910-1914, p. 66

²⁰³ PACHE, A., *Op. cit.*, p. 59

²⁰⁴ GENY, F., *Méthodes* II, p. 40

dans l'arrêt Kuhn 84 I 97. Elle a refusé, à plus forte raison, les durées de 2 ans, dans l'arrêt 96 I 228 et de 7 ans dans l'arrêt 84 I 89, JdT 1959, page 204. Ces cas sont indiqués par le Professeur Blaise Knapp, à la page 82 de la 4^e édition de son *Précis de droit administratif* de 1991. Remarquons cependant que dans toutes ces espèces, il n'est question que de constater une coutume diffusée dans le peuple, à l'état spontané. Qu'en advient-il alors, s'agissant d'une coutume de nature jurisprudentielle? D'après André Paché, la durée de la coutume "correspond le plus souvent à la durée de la prescription".²⁰⁵ Et Jean Gaudemet de confirmer: "Cette semi-confusion entre la coutume et la prescription est une innovation des canonistes."²⁰⁶ Les codifications civiles n'ont pas fixé une durée à la coutume, force est donc de se rabattre à l'expression de "jurisprudence constante".

5. 5. La constance de la jurisprudence

Les juristes modernes n'ont pas fixé des bornes à la coutume, mais ils n'ont pas manqué d'en établir pour la prescription: Dans le Code suisse des Obligations, elle est de 10 ans comme dans le Code civil, mais elle s'élève à 30 ans lors de la prescription acquisitive extraordinaire. Il faut donc opérer par l'analogie de la prescription en matière de jurisprudence constante. Pour mieux cerner la notion, deux critères furent mis à profit: D'une part, la quantité d'affaires jugées, et, d'autre part, l'accord de toute la hiérarchie judiciaire, certains auteurs y ajoutent même l'accord de la doctrine.

5. 5. 1. Le volume des affaires jugées

André Paché rapporte: "une opinion très répandue chez les romanistes du moyen-âge exigeait la preuve de deux actes au moins."²⁰⁷

En Espagne, selon la notion de "doctrina legal" "un recours au Tribunal suprême est admis dans ce pays contre une décision judiciaire, en vertu de la loi, si cette décision a violé une doctrina legal..."²⁰⁸ Cette doctrine légale n'est pas "créée par un acte juridictionnel unique", mais elle est fondée "sur deux décisions judiciaires."²⁰⁹

En France, retenons le référé de caractère spécial de la loi des 27 novembre et 1 décembre 1790, portant institution d'un tribunal de cassation. Le référé général est abandonné et le référé spécial stipule en son article 21: "Lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation qu'elle n'est été soumise au Corps législatif qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de loi..."²¹⁰ Avant l'abolition du référé, le 1^{er} avril 1837, sous l'empire, une "interprétation peut-être demandée par la Cour de cassation si une seconde décision est attaquée par les mêmes moyens que la première; elle est de droit si une troisième décision est attaquée."²¹¹ Une

²⁰⁵ PACHÉ, A., *Op. cit.*, p. 23

²⁰⁶ GAUDEMET, J., La coutume en droit canonique, in *Recueil de la Société Jean Bodin*, LII, La coutume, p. 51, note 52. Le droit romain l'avait ignorée, sauf à retenir le *cas. du CJ 3, 34, 1: "is qui iudex erit longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere scit"*.

²⁰⁷ PACHÉ, A., *Op. cit.*, p. 24

²⁰⁸ OAVIQ, R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1888, p. 157

²⁰⁹ HERZOG, J.B., *Le Droit jur. et le Trib. suprême en Espagne*, p. 118, no 8 et p. 117, no 83

²¹⁰ HUBERLANT, CH., *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*, p. 48

²¹¹ HUBERLANT, CH., *Idem*, p. 48

constatation s'impose à présent: à partir de deux affaires jugées, la coutume commence à se former d'ores et déjà!

5. 5. 2. L'émergence d'une volonté commune

Pour certains auteurs, ce n'est pas tant une comptabilité d'affaires jugées, mais plutôt une volonté générale suffisamment dégagée. Ainsi Jean Combacau: *"à quoi bon en particulier la longue consolidation des précédents, si quelques-uns, ou même un seul, établissent suffisamment une volonté commune non équivoque de poser la règle."*²¹²

Il reste à établir les critères de cette volonté commune non équivoque. Pour André Pache, en matière de jurisprudence, une *opinio necessitatis* doit reposer sur l'accord de la hiérarchie judiciaire: *"l'unanimité à tous les échelons de la hiérarchie juridictionnelle est une première condition nécessaire à la constitution d'une règle de droit coutumier par voie jurisprudentielle."*²¹³ Ainsi, de haut en bas, cet auteur estime qu'une seule sentence du Tribunal suffit si elle confirme une jurisprudence établie chez les instances inférieures. Et, de bas en haut, une jurisprudence identique des tribunaux inférieurs suffit, dès lors qu'elle confirme une seule sentence de l'autorité suprême. Ramené à une seule formule, tout cela revient à dire que l'autorité suprême doit être suivie par les cours inférieures ou vice-versa: *"une seule de ses sentences, qui viendrait confirmer une jurisprudence déjà établie aux instances inférieures ou serait confirmée par une jurisprudence identique des tribunaux inférieurs, suffirait peut-être à constituer une règle de droit coutumier."*²¹⁴ En Allemagne, la jurisprudence constante équivaut à une coutume, et le juge doit l'appliquer dans ses sentences: *"on considère en Allemagne que, lorsque une règle a été consacrée par une jurisprudence constante (ständige Rechtsprechung) elle devient une règle coutumière et doit à ce titre être appliquée désormais par les juges."*²¹⁵ Au rang de la formation coutumière, Auguste Lebrun place les apports de la doctrine, dès lors qu'elle est unanime: *"lorsqu'elle est unanime et qu'elle fait bloc sur un point donné."*²¹⁶ Nous admettons cette opinion, mais nous ne la tenons pas pour un cas à part, puisque, en Suisse du moins, le juge a l'obligation, sinon de suivre les jurisconsultes expérimentés, du moins prendre leur inspiration: De cette manière la doctrine entre nécessairement dans la composition des décisions jurisprudentielles. La jurisprudence imprègne l'ordre judiciaire, les avocats et les justiciables, la doctrine, et finit par focaliser chez le juge, selon le juste constat d'Auguste Lebrun: *"surtout si l'on tient compte de ce fait que le juge n'est pas abandonné à ses propres lumières, mais qu'il est au contraire éclairé par les parties et leurs avocats, qui ne manquent pas de faire ressortir tous les arguments en leur faveur."*²¹⁷ La jurisprudence constante forme donc une coutume selon l'avis de plusieurs auteurs comme Marcel Waline dans les Mélanges Georges Scelle et comme telle elle s'impose au juge comme elle s'impose au justiciable: *"La conviction s'est introduite dans l'esprit des justiciables, qu'à propos du point de droit, sur lequel a porté le litige, il y a désormais un précédent, en ce sens que la manière dont on a jugé sera suivi à l'évenir."*²¹⁸ Et

²¹² COMBACAU, J., *De la régularité à la règle*, in Croits, p. 10

²¹³ PACHE, A., *Op. cit.*, p. 155

²¹⁴ PACHE, A., *Ibidem*

²¹⁵ QAVIQ, R., *Op. cit.*, p. 157

²¹⁶ LEBRUN, A., *Le coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, p. 2 71, no 262

²¹⁷ LEBRUN, A., *Op. cit.*, p. 252

²¹⁸ Mélanges G. Scelle, p. 420

Jacques Maury rappelle par ailleurs les destinataires de la règle coutumière, à savoir les intéressés: ce ne sont autres que les justiciables et les professionnels du droit: "Ce sont les juges eux-mêmes, les hommes de lois, les juristes qui vont, en quelque sorte, représenter cette masse et dont l'opinion technique s'imposera pratiquement aux justiciables."²¹⁹ Non seulement la jurisprudence constante constitue une coutume, mais encore elle établit une loi aux yeux du justiciable comme le remarque O. Dupeyroux, dans les Mélanges offerts à Jacques Maury: "En réalité, pour le justiciable, la loi et la jurisprudence, c'est tout un. Du point de vue de la source de contrainte qu'elle possède à l'égard du justiciable, la règle jurisprudentielle ne ressemble pas seulement à la loi, elle se confond parfaitement avec elle."²²⁰

5. 5. 3. Les éléments de durée

A présent glanons quelques éléments forts: Deux actes suffiraient amplement pour rendre une jurisprudence constante. Mais en combien de temps? Sans doute le temps importe peu. L'idée remonte aux romanistes du moyen-âge et va jusqu'à l'abolition du référé spécial, sous l'Empire.

Ce minimum de deux actes excepté, certains auteurs requièrent l'accord de la hiérarchie judiciaire. Il doit unir les instances inférieures et le Tribunal suprême. Mais encore en combien de temps? Ici aussi le temps ne compte pas! Sacrée gageure que celle de rendre compte de l'unanimité de l'ordre judiciaire! A supposé que la preuve puisse être rapportée dans un Etat centralisé, elle reste quelque peu difficile dans un Etat fédéral. En effet, comment prouver, en Suisse, à ne regarder que les cours cantonales, que l'unanimité règne entre le Tribunal fédéral et les tribunaux des 26 cantons et demi-cantons? Pourtant, à notre avis, le Tribunal fédéral peut se faire une estimation à la cadence et au volume des recours déposés, à propos d'une affaire où il a déjà rendu un arrêt. En général il est largement suivi. Au demeurant, les Juges fédéraux, souvent anciens juges cantonaux, issus, à tout le moins, de toutes les régions linguistiques, devraient le savoir grâce aux contacts qu'ils nouent avec leurs collègues des cantons. Par ailleurs la doctrine s'interpose entre ces magistrats: Celle-ci approuve ou non tel ou tel arrêt à un rythme relativement rapide. A coup sûr ses critiques constituent un sondage relativement fiable. Mais on ne devrait pas en rester là, car la durée doit aussi être pris en compte. Suivi peu ou prou, le Tribunal fédéral doit prendre en considération la manière dont il a déjà jugé pendant longtemps. Ainsi, à propos de l'arrêt 88 Al 477/1962, on sait qu'il y a eu l'arrêt 44 II 223 en 1923, que 25 ans après il y a eu encore l'arrêt 73 II 201, et qu'enfin 15 ans après, le Tribunal fédéral a consenti à changer d'avis. Vingt cinq ans, c'est trop tard pour changer de jurisprudence. A plus forte raison, c'est trop tard pour revenir sur une jurisprudence, ancienne de cinquante ans. Elle est devenue une entiquité juridique qu'on devrait garder, ne serait-ce que pour l'amour de l'art.

6. De lege feranda

En effet cette jurisprudence a donné naissance à une coutume de nature *secundum legem* ou *praeter legem*. Est-ce celle qui fixe l'interprétation de la loi? Elle est alors *secundum legem*. Ou est-ce plutôt celle qui corrige ou complète la

²¹⁹ Mélanges Ripert I, p. 43

²²⁰ Mélanges J. Maury II, p. 359

loi? Alors elle s'appelle *praeter legem*. Dans l'Histoire du Droit ces coutumes se prescrivent par 10 ans. En Droit canon, au XVII^e siècle, Suarez²²¹ est pour dix ans, les deux célèbres canonistes du XVII^e siècle, A. Reiffenstuel et Schmalzgrüber, admettent aussi un délai de dix ans, même pour une coutume qui serait *contra legem*²²² Chez les Romanistes la coutume devenait droit par le fait du Prince, mais également par celui du magistrat, moyennant quelques conditions: *"Indépendamment de l'intervention monarchique, une décision judiciaire pouvait donner naissance à une disposition coutumière. Mais pour ce faire, une sentence unique ne suffit pas. La doctrine admettait, en effet, une fréquence de deux jugements rendus pendant une période de 10 années."*²²³ A la suite de cette doctrine, nous serions d'avis que le Tribunal fédéral ne doit pas changer d'avis après un seul arrêt relatif aux droits absolus; nous songeons aux droits de la personnalité et de la propriété: *"On appelle droits absolus ceux que leur titulaire peut faire valoir contre tout le monde, ceux qui sont opposables à tous, en ce sens que tous sont tenus de les respecter."*²²⁴ Pour les autres espèces de droits, à partir d'un minimum de deux arrêts, il ne devrait pas changer de jurisprudence constante depuis 10 ans. En cela, nous ne faisons que nous conformer au délai normal de prescription. Passé ce délai c'est au Législateur de prendre ses responsabilités d'autant plus que: *"le législateur, qui aujourd'hui siège en permanence, est toujours là pour remettre la législation en accord avec les besoins qui apparaissent ou se modifient."*²²⁵ En tous les cas, en suivant François Gilliard, nous serions d'avis que l'ordre juridique détermine une fois pour toutes, la ligne à suivre en matière de jurisprudence: *"Il faut que l'ordre juridique détermine l'autorité des précédents par rapport à la loi et la coutume, en particulier l'autorité des précédents contra legem (contra consuetudinem) ou praeter legem."*²²⁶

7. Loi d'organisation judiciaire

L'effet contraignant de la jurisprudence ressort de l'article 16, alinéa premier de la *Loi d'organisation judiciaire (OJ)* du 16 décembre 1943. Une section du Tribunal fédéral veut-elle changer la jurisprudence d'une autre section, de plusieurs sections ou du tribunal en séance plénière? Il peut bien le faire à condition d'obtenir l'aval de ladite, desdites sections ou du Tribunal en séance plénière: *"Lorsque une section du tribunal entend déroger à la jurisprudence suivie par une autre section, par plusieurs sections réunies, ou par le tribunal en séance plénière, elle ne peut le faire qu'avec le consentement de l'autre section ou à la suite d'une décision des sections intéressées ou du Tribunal... elle lie (décision) la section qui doit statuer sur la cause."* A notre avis, elle peut toujours changer sa jurisprudence, mais elle ne devrait plus le faire dès que se réalisent les conditions proposées dans le paragraphe précédent

²²¹ GAUOEMET, J., La coutume en droit canonique, in Op. cit. , p. 57

²²² Idem, p. 59, Note 90

²²³ MAYALI, L., La coutume dans la doctrine romaniste, Rec. J. Bodin, p. 30

²²⁴ DE PAGE, H., Op. cit. , p. 190, no 125

²²⁵ LEBRUN, A., Op. cit. , p. 472, no 441

²²⁶ GILLIARD, Fr., Op. cit. , p. 17

E. CONCLUSION

Nous pensons que le juge suisse qui réalise une norme par la truchement de la juridiction, accomplit un mandat reçu du législateur et ses pouvoirs s'épuisent illico. Il est coupable de mauvaise foi lorsqu'il se contredit à bon escient. Bien plus il compromet la sécurité du droit dont il est pourtant le gardien naturel, s'il s'abstient d'appliquer, à l'avenir, la loi dont il vient d'être l'auteur. Il remet au législateur un rapport annuel. Il est censé approuver la juge, faute de quoi il ferait bien de légiférer. Si contre toute attente le juge n'a pas créé une norme, il a cependant posé les premiers pas d'une pratique sur des cas semblables. Dans la mesure où la pratique sera plus ou moins longue, la pratique du juge aura créé une coutume. Il a l'obligation de l'appliquer faute de disposition légale applicable. Quant au juge, il ne devrait plus changer sa jurisprudence dans les droits de la propriété et de la personnalité. Dans les autres espèces de droits, il ne devrait plus la changer après deux arrêts. En tous les cas, il ne devrait plus changer une jurisprudence après dix ans.

CONCLUSION GENERALE

Au terme de ce travail, il convient d'en démarquer l'essentiel, à savoir, comment le Juge fédéral comprend-il l'article premier CC? Applique-t-il son alinéa trois qui lui enjoint de s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence? Comment interprète-t-il la loi? Fait-il oeuvre de législateur?

1. La doctrine et la jurisprudence

Oui, le Tribunal fédéral s'inspire de la doctrine et de la jurisprudence. Il suffit d'ouvrir un seul arrêt pour s'en rendre bien compte qu'il en fait un usage très abondant, on pourrait même dire avec une grande prolixité. Il ne se limite pas d'ailleurs à la jurisprudence et à la littérature juridique nationales. Il fait de larges débordements au droit comparé. C'est un de ces plaisirs, et non des moindres, qu'on peut retirer de la lecture de ses considérants.

2. L'interprétation

Il s'agit des interprétations classiques et d'autres interprétations. Et, s'agissant de ces dernières, nous ne résistons pas à la tentation de dire que le Tribunal fédéral en fait un usage parcimonieux!

2. 1. Les interprétations classiques

Il s'agit de celles qui sont indispensables à la première compréhension du texte légal: l'interprétation littérale avec ses rallonges de mécanismes logiques, la place du texte dans la loi. Le sens dégagé, à ce niveau, se confirme dans la suite par la téléologie du législateur à travers les débats parlementaires: ce sont les interprétations systématique, historique et téléologique. Il n'y a, pour ainsi dire, aucun arrêt qui n'en comporte pas des illustrations.

2. 2. Les autres interprétations

Passé le niveau des interprétations classiques, le juge est arrivé sur les lieux où il peut découvrir les lacunes de la loi. Il n'a pas trouvé le sens qu'il cherchait par les interprétations classiques. Il se met alors à la place du législateur et se dit: Etant donné les circonstances le législateur a voulu dire ceci. C'est alors l'interprétation objective. Ou encore le législateur n'a certainement pas voulu dire cela. C'est l'interprétation apologétique. Les circonstances présentes n'ont pas été prévues par le législateur, notamment ensuite des innovations techniques. Il s'agit de l'interprétation évolutive.

Il convient de souligner cependant que lorsque nous parlons de telle ou telle interprétation, ce n'est qu'une manière de parler, parce qu'une seule interprétation peut en receler plusieurs: ainsi dans les interprétations par résultat, les interprétations extensive ou restrictive peuvent contenir aussi une interprétation en équité. L'interprétation apologétique peut aussi contenir une interprétation en équité.

L'interprétation peut conduire à déclarer que le texte est clair, il ne reste plus qu'à l'appliquer. Sinon le cas n'a pas été prévu par le législateur. Il y a dans ce cas une

lacune ouverte. Ou bien le législateur l'a réglé, mais par excès ou par insuffisance. Il y a une lacune aussi, dite non ouverte et le juge sera appelé à la corriger.

3. Les lacunes de le loi

Dans l'optique du Code civil français, il est une présomption qu'elles n'existent pas: "*it is a presumption of French law that such gaps do not exist.*"²²⁷

Ainsi le juge doit trancher le litige qui lui est présenté, mais il ne fera pas pour autant une loi. A l'origine, c'était pour éviter de rappeler les "*arrêts de règlement*", ce qui confirme le doctrine de la séparation des pouvoirs, comme pour faire plaisir à Montesquieu. Le juge de la Révolution n'est donc pas un "*law-maker*" et s'il y a des lacunes, ce sera une affaire de la législation. Comment juge-t-il s'il y a une lacune? Jadis, il demandait un référé. Ce dernier a été supprimé, mais il subsiste l'obligation de juger. A vrai dire, sans le dire *expressis verbis*, il comble les lacunes, mais cela s'appelle de l'interprétation pure et simple. La loi se suffit à elle-même, il suffit de l'interpréter! C'est la théorie de la plénitude de la loi. On sait que François Gény s'est employé à infléchir la rigidité de cette doctrine et l'évolution de la jurisprudence nous a montré le véritable place du juge. Ce qui nous ramène à nous demander si les lacunes existent vraiment.

Existe-t-il des lacunes de le loi? La réponse est affirmative et elles sont de deux sortes. Aussi faisons-nous notre, sans réserve, cette affirmation d'A. Meier-Hayoz: "*eine Lücke ist entweder eine offene oder eine verdeckte; tertium non datur.*"²²⁸

Les lacunes ouvertes sont bien des lacunes de la loi, puisqu'elles constituent un vide. La lacune est également ouverte lorsque l'évolution technique laisse apparaître un vide. L'évolution des mœurs qui dépassent l'état actuel de la législation constitue-t-elle une lacune? C'est un des exemples de ces lacunes dites non ouvertes. La loi existe, mais elle ne suffit pas idéologiquement. Commet-il un déni de justice, le juge qui refuse de le combler? C'est discutable. Commet-il de l'arbitraire? C'est aussi discutable, mais on pourra dire qu'il n'y a pas d'arbitraire suivant la manière dont il a comblé la lacune, c'est en tout cas l'opinion de Josef Esser. On sait que l'existence des lacunes ou non partage la doctrine, mais il faut admettre qu'elles existent bel et bien. Et d'ailleurs ceux qui disent qu'elles n'existent pas se placent bien après le jugement ou l'arrêt: Puisque le juge les a comblées, ils disent de ce fait qu'il n'y a pas de lacunes. C'est simplement une question de point de vue au sens strict du terme.

En tout état de cause, le juge suisse est appelé à les combler en faisant comme le ferait le législateur. Le juge comblera la lacune par la coutume ou par le droit prétorien. A notre avis, ce dernier, fait *modo legislatoris*, est une loi. A ne pas admettre que c'est une loi, il faut acquiescer à l'idée que c'est le point de départ d'une jurisprudence appelée à devenir une coutume.

3. 1. La coutume

Y a-t-il une coutume que le juge utilise dans le comblement des lacunes? Il n'y en a point. Les anciennes coutumes cantonales ont été absorbées par le Code civil. La coutume a pu se former depuis l'entrée en vigueur du Code, mais elle a été aussi aussitôt absorbée, naissante, par le législation intermédiaire. Toutefois il pourrait y avoir une coutume que formerait la jurisprudence.

²²⁷ TROPEZ, M. / GRZEGORCZYK, C. / GARDIES, J.-L. , *Staturey Interpretation in France*, p. 176

²²⁸ MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, p. 62

Remarquons cependant qu'on se plaît à dire que l'arrêt ne constitue qu'une affaire entre les parties, tant et si bien qu'on n'est bien loin de penser à la coutume jurisprudentielle.

En effet, partant de l'autorité de la chose jugée, principe de procédure, on a glissé, trop rapidement à notre avis, à l'idée confortable que le jugement, l'arrêt n'est qu'une affaire de parties: *Sententia ius facit inter partes*. Ainsi tous les jugements et les arrêts, dépourvus de caractère de généralité, ne pourraient jamais former une coutume. En réalité l'autorité de la chose jugée, ne produit pas d'effets au niveau du fond, mais ne fait que lier le juge dans un procès ultérieur (ne bis idem)²²⁹. On oublie qu'il peut recevoir la même cause pour d'autres parties et qu'il peut rendre une sentence semblable. A notre avis ces réminiscences de procédure éclipsent la coutume en formation par la jurisprudence. Nous partageons ce point de vue des tout premiers commentateurs du Code civil: "(le juge) crée du droit objectif pour la cause qui lui est soumise, en tenant compte...de la répercussion que sa décision pourra avoir à l'avenir".²³⁰ Faute de coutume, le juge se fabriquera lui-même la règle à appliquer, en souvenir du préteur et de son Edit perpétuel.

3. 2. Le droit prétorien

S'il y a une lacune et qu'il n'y a pas de coutume, de deux choses l'une. Le juge dira qu'il n'y a pas de disposition applicable et il se refusera à juger. Il commet un déni de justice dans le sens de l'article quatre du Code civil français. Ou bien il doit juger (jadis il demandait un référé), mais il lui est interdit par l'article cinq de prononcer un jugement, un arrêt par voie générale. (Il paraît que cela rappellerait l'arbitraire de l'ancien régime). En Suisse selon l'article premier CC, le juge qui ne trouve pas de texte applicable, comble la lacune et il ne lui est nullement interdit de prononcer par voie générale comme dans l'article cinq du Code civil français. Il juge et comble la lacune comme le ferait le législateur. Il fait donc une loi. Le juge a reçu en Suisse les pouvoirs de faire des lois. C'est une originalité du Code civil suisse que tout le monde regarde avec satisfaction. S'il a l'opinion qu'il ne fait pas une loi, il tombe alors dans le piège du Code civil français. Dans la mouvance du Code civil français le juge ne peut pas faire une loi, sa jurisprudence restera strictement cantonnée dans l'autorité de la chose jugée au sens le plus étroit.

Le juge suisse fait donc une loi, à tout le moins, il fait démarrer une coutume qui sera considérée comme telle en fonction de la durée, de la masse des arrêts et des espèces de droits en cause.

3. 2. 1. Le droit prétorien et le Tribunal fédéral

C'est le lieu de se demander comment la haute Cour comble la lacune de la loi. Selon l'arrêt 74 II 106, JdT 1949 p. 166, la Cour suprême comble la lacune par analogie. Celle-ci est entendue comme celle de l'ordre juridique existant et non celle des principes généraux du droit, exception faite de l'emploi de l'équité.

L'usage presque abusif de l'analogie amène le Tribunal fédéral à nier l'existence des lacunes et se réfugier derrière les expressions telles que "lacune qui n'est pas véritable, défaut de politique juridique, notre conception générale du droit" La haute Cour emploie aussi, comme pour dégager sa responsabilité l'expression: "cela ne peut se faire que par le biais de la révision".

²²⁹ HABSCHIED, W. J., Droit judiciaire privé suisse, 2e éd. Genève, 1981, p. 308

²³⁰ WOLF, E. . Les lacunes du droit et leur solution en droit suisse, p. 120

Cette attitude de la haute Cour est confirmée par la doctrine: *"En droit civil le juge a toujours eu une raticance à admettre des lacunes dans la loi. Il cherche à tout prix à opérer par interprétation, même s'il s'agit de solutions nouvelles auxquelles, lors de l'élaboration de la loi, le législateur n'avait pas songé".* Et plus loin: *"Je pourrais vous citer d'autres exemples récents où le Tribunal Fédéral avait préféré une interprétation tirée par les cheveux à l'admission ouverte d'une lacune. C'est à mon avis regrettable, car le juge n'a aucune raison de ne pas admettre des lacunes qui existent..."*²³⁰

Cette attitude de la haute Cour, en droit civil, est difficile à comprendre, d'eutant plus qu'en matière constitutionnelle, ses audaces n'ont pas de bornes, pour ainsi dire: *"J'ai retracé l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle jusqu'aux décisions les plus récentes pour donner une vie d'ensemble de la suppléance de lacune en droit constitutionnel. Au moment de la promulgation du Code Civil en 1907, ce développement était déjà avancé"*.²³¹

Ce qui est encore plus éberrant, c'est que le Tribunal fédéral a comblé des lacunes constitutionnelles, sans en avoir des pouvoirs spéciaux, si ce n'est le seul pouvoir d'interprétation. Mais quand le Code civil lui octroie des pouvoirs spéciaux, le Cour suprême se rebiffe et invoque, à tort à notre avis, la séparation des pouvoirs. Il n'y a pas de séparation des pouvoirs qui vaille, il y a en réalité une collaboration des pouvoirs. Nous n'en voulons que la seule preuve dans le rapport que la haute Cour est tenue de remettre chaque année aux Chambres fédérales.

4. Le changement de jurisprudence

Le juge a fait une loi, selon l'article premier CC. Il ne peut donc pas la changer comme il veut. Le législateur qui a délégué ses pouvoirs n'a qu'à les reprendre et changer cette jurisprudence-loi. Quand au juge, il n'a plus les pouvoirs de la changer.

A tout le moins sa jurisprudence a créé une coutume, il n'a qu'à l'appliquer comme le lui enjoint l'article premier alinéa deux et, ajoutons-nous, il en va de la sécurité du droit.

Dans les arrêts que nous avons cherché à mettre en évidence, on a vu que le Tribunal fédéral s'est mis à changer une jurisprudence, déjà longue d'un demi-siècle. Il a eu beau dire qu'il se fondait sur l'évolution des mœurs, des principes qui sont à la base de l'ordre juridique, il n'emporte pas notre approbation. Passé un certain délai, surtout quand il est très long, il faut avoir le courage de ne pas changer de jurisprudence et alors espérer de tous ses vœux que le législateur veuille bien légiférer! Cette fois-ci, la séparation des pouvoirs paraîtrait justifiée, si toutefois il y avait séparation des pouvoirs.

L'article premier du CC est admirable, encore faut-il se résoudre à l'appliquer. Il est de portée universelle: entendons par là que d'autres peuples peuvent le revendiquer. Mais terminons par cette constatation: en matière civil, le Tribunal fédéral est tenté d'appliquer le projet de 1904 plus que l'article premier actuel!

²³⁰ WOLF, E., Op. cit., pp. 120 et 121

²³¹ WOLF, E., Idem, p. 114

BIBLIOGRAPHIE

I. LES ARRÊTS PRINCIPAUX

1.	39		562				
2.	47		99				
3.	48		227	JdT,	1922		621
4.	48		487	JdT,	1923		304
5.	49		352	JdT,	1924		130
6.	51		412	JdT,	1925		234
7.	61		95	JdT,	1935		615
8.	61		259	JdT,	1936		166
9.	62		118				
10.	73		65	JdT,	1948		11
11.	74		105	JdT,	1945		149
12.	74		202	JdT,	1949		516
13.	75		333	JdT,	1950		229
14.	75		348				
15.	76		51	JdT,	1950		55
16.	77		355	JdT,	1962		354
17.	82		224				
18.	83		297	JdT,	1958		473
19.	83		147	JdT,	1958		49
20.	86		303				
21.	88		477				
22.	90		235				
23.	91		100	JdT,	1965		590
24.	92		180				
25.	92		219	JdT,	1967		278
26.	93		401				
27.	95		68				
28.	95		391	JdT,	1975		130
29.	100		65	JdT,	1975		354
30.	100	b	137	JdT,	1975		354
31.	101		11	JdT,	1976		53
32.	101	b	399				
33.	101		329				
34.	103	b	178				
35.	104		337				
36.	105		321	JdT,	1981		99
37.	106		278				
38.	107		375				
39.	108		180				
40.	108	b	430				
41.	109		130	JdT,	1984		43
42.	74		106	JdT,	1949		162
43.	111		130	JdT,	1986		626
44.	112		104	JdT,	1988		345
45.	113		49	JdT,	1989		345
46.	114		230	JdT,	1989		144
47.	114		274	JdT,	1989		7
48.	114		353				
49.	114		404	JdT,	1990		636
50.	115		149				
51.	115		401				

II. LES ARRETS SECONDAIRES

1.	40	II	163,	JdT,	1914	I	568
2.	40	II	295				
3.	41	II	610	JdT,	1916	I	450
4.	42	II	331				
5.	42	II	666	JdT,	1917	I	215
6.	43	II	810	JdT,	1918	I	248
7.	44	II	247	JdT,	1919	I	194
8.	44	II	362	JdT,	1920	I	231
9.	45	II	155				
10.	46	II	440				
11.	47	II	6	JdT,	1921	I	354
12.	47	II	295	JdT,	1921	I	555
13.	47	II	408				
14.	47	II	419	JdT,	1922	I	165
15.	47	II	432	JdT,	1922	I	218
16.	50	II	496	JdT,	1925	I	40
17.	51	II	85	JdT,	1928	I	359
18.	51	II	108	JdT,	1925	I	610
19.	51	III	198	JdT,	1927	I	2
20.	51	II	330	JdT,	1926	I	114
21.	52	II	330				
22.	53	II	25	JdT,	1927	I	184
23.	53	II	189				
24.	54	II	8				
25.	54	II	71				
26.	54	II	243	JdT,	1929	I	176
27.	54	II	409	JdT,	1929	I	460
28.	55	II	272	JdT,	1930	I	146
29.	56	I	377	JdT,	1931	I	606
30.	56	II	335	JdT,	1931	I	135
31.	56	II	337	JdT,	1931	I	606
32.	57	I	90				
33.	60	II	1	JdT,	1934	I	579
34.	60	II	178	JdT,	1934	I	589
35.	61	II	363	JdT,	1936	I	362
36.	63	II	65				
37.	63	II	252	JdT,	1938	II	2
38.	64	II	71				
39.	64	II	175	JdT,	1939	I	35
40.	66	II	37	JdT,	1940	I	210
41.	68	III	181	JdT,	1942	I	554
42.	72	II	52	JdT,	1946	I	604
43.	73	II	81				
44.	74	II	244	JdT,	1949	I	108
45.	75	II	348	JdT,	1950	I	396
46.	76	II	51	JdT,	1950	I	555
47.	78	II	230	JdT,	1953	I	241
48.	80	II	267				
49.	82	II	1	JdT,	1956	I	322
50.	83	II	296				
51.	83	II	375				
52.	84	II	469	JdT,	1959	I	520
53.	84	II	497				

54.	86	II	437				
55.	87	II	281	JdT,	1963	I	265
56.	90	II	235				
57.	90	II	428				
58.	91	II	159	JdT,	1966	I	131
59.	91	II	474	JdT,	1966	I	551
60.	92	II	20	JdT,	1966	I	51
61.	96	II	337				
62.	98	II	168	SJ,	1973		255
63.	99	II	363				
64.	100	I b	132				
65.	100	II	278				
66.	101	II	3				
67.	102	II	79				
68.	104	II	15				
69.	104	II	289	JdT,	1980	I	116
70.	106	II	6				
71.	107	II	134	JdT,	1982	I	462
72.	107	II	233				
73.	107	II	331	JdT,	1982	I	118
74.	109	II	33	JdT,	1983	I	530
75.	109	II	418	JdT,	1984	I	630
76.	111	II	24	JdT,	1986	I	162
77.	112	II	1	JdT,	1986	I	633

III. CODES ET TRAVAUX PREPARATOIRES

Code civil suisse. Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, Berne, 1901

Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, Tome I, Introduction, Droit des personnes et de la famille, Berne, 1901

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet du Code civil suisse, du 28 mai 1904, in Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft, Jahrgang 1904, IV Band, Bern, Stämpfli, 1904

Code Napoléon, édition de 1808, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1979

FENET, P. A., Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome I, Osnabrück, Zeller, 1968, 15 Vol.

Code de droit canonique, Paris, Centurion, 1984

Codex juris canonici, Roma, Typis Polyglottis Vaticanis, 1930

Bürgerliches Gesetzbuch und zugehörige Gesetze, München, 1991

IV. OUVRAGES

ANGEL, P., Contrats de droit suisse, Berne, Stämpfli, 1992

ARISTOTE, Ethique de Nicomaque, trad. par J. Voilquin, Paris, Flammarion, 1965

- ARNAUD, A.-J., *Les juristes face à la société, du XIXe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975
- ARNAUD, A.-J., *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981
- AUBERT, J.-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, 2 Vol., Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967-1982
- AUBERT, J.-F., *Les actions de la filiation en droit civil suisse*, Thèse, Neuchâtel, 1955
- BAER, R., *Zeitgemässes Recht, Rektoratsrede*, Bern, 1973
- BELAID, S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974
- BEQUELIN, M., *Das Gewohnheitsrecht in der Praxis des Bundesgerichts*, Bern, Lang, 1968
- BONNECASE, J., *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*, Paris, Boccard, 1924,
- BONNECASE, J., *La pensée juridique française. De 1804 à l'heure présente*, 2 Vol, Bordeaux, Delmes, 1933
- BREDEL, M., *La règle "Pater is est..." en Droit suisse*, Alençon, Corbière et Jugain, 1927
- BRIMO, A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Pedone, 1978
- BROCHER, Ch., *Etudes sur les principes généraux de l'interprétation des lois et spécialement du Code civil français*, Genève, 1862
- BROCHER, M.O., *Etude sur l'analogie en droit*, Thèse, Droit, Genève, 1841
- BUERGE, A., *Rechtsdogmetik und Wirtschaft: das richterliche Moderationsrecht beim Sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich*, Bundesrepublik Deutschland, Schweiz, Oesterreich, Frankreich, Berlin, 1967
- BUERGI, E.W., *Das Obligationenrecht*, 5. Teil, Zurich, 1957
- BURKHARDT, W., *Methode und System des Rechts*, Zurich, 1936
- BURKHARDT, W., *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, Bern, 1925
- CAPITANT, H., *Introduction à l'étude de droit civil*, Paris, Pedone, 1928
- CARBONNIER, J., *Flexible droit, textes pour une philosophie du droit sens rigueur*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1979
- CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Paris, Sirey, 1933

- CARRY, P., Le transfert des actions nominatives liées, conférence, 14 mars 1961
- CHAUDE, H., Le nouveau Code civil suisse dans l'oeuvre de la codification moderne, Thèse, Paris, 1909
- COING, H., Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, München, Beck, 1977
- COTE, P-A., Interprétation des lois, Cowansville, 1982
- CURTI-FORRER, E., Commentaire du Code civil suisse, Neuchâtel, 1912
- DABIN, J., La technique de l'élaboration du droit positif, Bruxelles, Bruylant, 1935
- DAVID, René, Les grands systèmes du droit contemporain, 5e éd., Dalloz, 1992
- DELLEY, J-D., Le droit en action. Etude de mise en oeuvre de la loi Furgler, Saint-Saphorin, Georgi, 1982
- DESCHENAUX, H., Le Titre préliminaire du Code civil, Fribourg, 1969
- DE VISCHER, Ch., Problèmes d'interprétation judiciaire en droit public, Paris, 1963
- DUPASQUIER, Cl., Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchâtel, 1948, 1972
- DUPASQUIER, Cl., Histoire des sources du droit civil, Neuchâtel, 1942
- DUPASQUIER, Cl., Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er CCS, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1951
- DUPASQUIER, Cl., La méthode depuis le Code civil de 1804 au point de vue de l'interprétation judiciaire suisse, Paris, Pedone, 1954
- DUPASQUIER, Cl., Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse, in Recueil des Travaux offerts par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel, 1929
- DWORKIN, R., Taking rights seriously, London, Duckworth, 1987
- DWORKIN, R., Law's empire, London, Fontana Press, 1986
- EGGER, A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, Zurich, Schulthess, 1959
- ENGISCH, K., Die Idee der konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg, 1953
- ENGISCH, K., Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl. Stuttgart, Berlin, 1964

- ESSER, J., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Francfort-am-Main, 1970
- EYCKEN, P., Van der, Méthode positive de l'interprétation juridique, Bruxelles, 1907
- GADAMER, H.G., Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique. Trad. per E. Sacré, Paris, 1976
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit, Bruxelles, 1976
- GAUCH, P., SCHLUEP, W.R., TERCIER, P., Partie générale du droit des obligations, 2 Vol., Schulthess, 1977 et 1982
- GAUDEMET, E., L'interprétation du Code civil en France depuis 1804, Paris, Sirey, 1935
- GAUTSCHI, G., Der einfache Auftrag in schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Teilband, Berne, Stämpfli, 1971
- GENY, F., Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2e éd., 2 Vol., Paris, LGDJ, 1954
- GENY, F., Science et technique en droit privé positif. Essai critique, 4 Vol, Paris, Sirey, 1914-1924
- GERMANN, O.A., Méthodes d'interprétation et problèmes fondamentaux du droit, Montpellier, Déhan, 1957
- GERMANN, O.A., Methodische Grundfragen, Basel, 1946
- GILLIARD, F., Le contrat avec lui-même. Etude de droit comparé et de science juridique pure, Thèse, Lausanne, 1946
- GOLDSTEIN, L., Precedent in Law, Oxford, Clarendon Press, 1987
- GOYARD, S., Essai de critique phénoménologique du droit, Thèse, Paris, 1970
- GRISEL, A., Traité de droit administratif, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1984
- GULDNER, M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich, 1958
- HABSCHEID, W.J., Droit judiciaire privé suisse, 2e éd. , Genève, 1981
- HARENBURG, Jen, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis: ein Beitrag zur Theorie der Rechtsdogmatik, Stuttgart, 1986
- HEGNAUER, C., Grundriss des Eherechts, 2. Aufl., Bern, Stämpfli, 1987
- HERZOG, J.B., Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal suprême en Espagne, Toulouse, Impr. Boisseau, 1942

- HEUSINGER, B., Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, Köln, 1975.
- HUBER, E., Bewährte Lehre, Bern, K.J. Erben, 1925
- HUBER, E., System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes, 4 Bde, Basel, C. Detloff, 1886-1893
- HUFTEAU, Y., Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi, Paris, 1965
- IVAINER, Th., L'interprétation des faits en droit: Essai de mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat", Paris, LGDJ, 1988
- JHERING, R. von, L'esprit du droit romain, T. 3, Paris, 1880
- KELLER, A., Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzwortlautes, Winterthur, Keller, 1960
- KELSEN, H., Ueber Grenzen zwischen juristischer und sociologischer Methode (1911), Aalen, Scientia Verlag, 1970
- KELSEN, H., Théorie pure du droit, Paris, Dalloz, 1962
- KNAPP, C., Le régime matrimonial de l'union des biens, Neuchâtel, 1956
- KRUSE, H.W., Das Rechterrecht als Rechtquelle des innerstaatlichen Rechts, Tübingen, 1971
- LASCOURMES, P., ZANDER HARTWIG, Max, "Du vol de bois" à la critique du droit, Paris, PUF, Philosophie d'aujourd'hui, 1964
- LEBRUN, Aug., La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, Paris, LGDJ, 1932
- LEIBNIZ, G. W., Philosophische Schriften, Hrsg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Erster Band, 1663 - 1672, Darmstadt, Otto Reich, 1930
- LUCIEN-BRUN, P., Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil suisse, Lyon, Genève, 1920
- LECOURT, R., L'Europe des juges, Bruxelles, Bruylant, 1976
- LEGENDRE, P., L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique, Paris, 1974
- LENOBLE, J., OST, F., Droit, mythe et raison, Bruxelles, 1980
- LEVENEUR, L., Situation de fait et droit privé, Paris, LGDJ, 1990.
- LUCIEN-BRUN, P., Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil suisse, Thèse Grenoble, 1920

- LUHMANN, N., Die soziologische Beobachtung des rechts, Frencofort s/main, Alfred Metzner Verlag, 1986
- LUHMANN, N., A sociological theory of law , London, Boston, 1985
- MARTIN, A., Observations sur les pouvoirs ettribués au juge par le Code civil suisse, Genève, 1909
- MAY, G., Introduction à la science du droit, Paris, Giard, 1925
- MEIER-HAYOZ, A., Der Richter als Gesetzgeber, Zurich, 1951
- MEIER-HAYOZ, A., Einleitungsartikel des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 1-10, Zurich, Schulthess, 1979
- MENNICKEN, A., Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjectiven und objectiven Auslegungstheorie, Berlin-Zurich, 1970
- MIAILLE, M., Une introduction critique au droit, Paris, 1976
- MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Paris, Flammarion, 1979
- MUELLER, F., Richterrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1986
- MULLER, F., Juristische Methodik, Berlin, 1971
- NOBEL, P., Entscheide zu den Einleitungsartikeln, Stämpfli, 1977
- OST, F., Fonction du juge et fonction judiciaire, Bruxelles, 1983
- OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., Entre la lettre et l'esprit. Directives d'interprétation en droit, Bruxelles, 1989
- OST, F., VAN DE KERCHOVE M., Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelles, 1987
- PACHE, A., La coutume et les useges dans le droit privé positif, Lausanne, 1938
- PAGE, H., (de), A propos du gouvernement des juges, Bruxelles, Paris, 1931
- PAGE, H., (de), De l'interprétation des lois: Contribution à la recherche d'une méthode positive et théories en présence, 2 Vol., Bruxelles, Paris, 1925, Réimpression , 1978
- PAGE, H., (de), De l'interprétation, Paris, Seuil, 1965
- PAGE, H., (de), Traité élémentaire de droit civil belge, 3 Vol, Bruxelles, Bruylant, 1962
- PERELMAN, CH., Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, 1968
- PERELMAN, CH., Les antinomies en droit, Bruxelles, 1965

- PERELMAN, CH., Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 1976
- PERELMAN, CH., La règle de droit, Bruxelles, 1971
- PERELMAN, CH., La motivation des décisions de justice, 1978
- PERELMAN, CH., De la justice, Bruxelles, 1945
- PERELMAN, CH., Justice et raison, Bruxelles, 1972
- PERELMAN, CH., Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, 1984
- PERELMAN, CH., Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles, 1974
- PERELMAN, CH., Le raisonnable et le déraisonnable en droit: eu-delà du positivisme juridique, Paris, LGDJ, 1984
- PERELMAN, CH., Traité de l'argumentation: Le nouvelle rhétorique, Bruxelles, 1988
- PERELMAN, CH., L'empire rhétorique: rhétorique et argumentation, Paris, Vrin, 1977
- PERREAU, E.H., Technique de la jurisprudence en droit privé, 2 Vol., Paris, 1923
- PERRIN, J-F., Introduction à la sociologie empirique du droit, Genève, 1987
- PERRIN, J-F., Pour une théorie de la connaissance juridique, Paris-Genève, Droz, 1979
- PERRIN, J-F., Les règles de l'interprétation, Enseignement de 3e cycle de droit, Fribourg, 1988
- PESCATORE, P., Introduction à la science du droit, Luxembourg, 1960
- PIOTET, P., Traité de droit privé suisse, Tome IV, Fribourg, 1975
- POULANTZAS, N., Nature des choses et droit. Essai sur la dogmatique du fait et de la valeur, Paris, LGDJ, 1965
- RICHARD, A., Les sources et l'application du droit civil, in La famille, la propriété, le travail (Eléments de Droit civil), La vie juridique des peuples, VI Suisse, Paris, 1935
- RICOEUR, P., La métaphore vive, Paris, 1975
- RIEMER, H.M., Einleitungsartikel des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern, Stämpfli, 1987
- RIPERT, G., Les forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1975
- RIPERT, G., Le déclin du droit, Paris, LGDJ, 1949
- ROSS, A., On Law and Justice, Los Angeles, Univ. of California Press, 1974

- ROSSEL, V., Code civil et code des obligations, Neuchâtel, 1937
- RUEDIN, R., Le droit réel de superficie, Neuchâtel, 1969
- SALZGEBER-DUERG, E., Des Verkaufsrecht und Verwandte Recht en Aktien, Thèse, Zurich, 1970
- SAVIGNY (de), F. C., Traité de droit romain, trad. de l'allemand par GUENOUX, C.-J., 8 Vol., Paris, Didot, 1840-1855
- SCHOTT, Cl., "Rechtsgrundsätze" und Gesetzeskorrektur: ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln, Berlin, 1975
- SCYBOZ, G., Le contrat de garantie et le cautionnement, Fribourg, 1979
- SIMONIUS, Aug., Lex facit regem, ein Beitrag zur Lehre von Rechtsquellen, Basel, 1933
- STARK, E., Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach ZGB 679. Praktische Anwendung der rechtssystematischen Auslegungsmethode, Zurich, 1952
- STEBLER, O., Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrats der AG, Fribourg, 1944
- SUR, S., L'interprétation en droit international public, Paris, 1974
- TARELLO, G., L'interpretazione della legge, Milano, Giuffrè, 1980
- THOMAS D'AQUIN, Des lois, Trad. par J. de la Croix, Kaelin, Paris, 1946
- TOULLIER, C.B.M., Droit civil français suivant l'ordre du Code civil de 1811, Paris, Werie, 1821-1823, 11 Vol.
- TROPEZ, M., GRZEGORCZYK, C., GARDIES, J-L. Interpreting Status, Edinburgh and Cambridge, 1991
- TOURAINÉ, A., Pour la sociologie, Paris, Seuil, 1975
- TUOR, P., Le Code civil suisse, Trad. per H., Deschenaux, Zurich, Ed. Polygraphes, 1942
- TUOR, P., SCHNYDER, B., Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9 Aufl. Zurich, 1975
- UYTERHOEVEN, H., Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, Berne, 1959
- VAN DE KERCHOVE, M., L'interprétation en droit, Bruxelles, 1978
- VILLEY, M., La pensée de la formation juridique moderne, Paris, 1975

VONGLIS, B., *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, 1968

VAUCHER, G., *Les droits de préemption et de réméré du droit civil suisse en matière immobilière*, Lausanne, 1919

WEBER, Max, *Sociologie du droit*, introduction et traduction de Grosclaude, Paris, PUF, 1986

WEIL, M et R., *La part du droit dans la réalité et l'action*, Paris, 1968

VIEHWEG, Th., *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 1965

WILLIAMS, Ivy, *The sources of Law in the swiss civil code*, Zurich, Remak, 1976

WOLFFERS, A., *Logische Grundformen der juristischen Interpretation*, Bern, Stuttgart, 1971

ZITELMANN, R., *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903

V. ARTICLES DE REVUES ET MELANGES

ALCHOURRON, C.E., BULYGIN, E., *Expressive versus hyletische Konzeption der Normen?* In *Festsgabe Alois Troller*, Berlin, Duncker & Humblot 1987, p. 143-172

ARCHI, G., *Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZSSR)*, Vol.LXXXVII, Weimar, 1970, p. 166-171

BATTIFOL, H., *Existence et effectivité du droit de la famille*, in *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1975, p.7-15

BAUMANN, W., *Die höchstpersönlichen Rechte des Bevormundeten*, in *Zeitschrift für Vormundschaftswesen, Revue du droit de tutelle (BVW, RDT) Zurich*, 1956, p. 1 ss

BERKEMANN, Jörg, *Interpretatio juris doctrinelis- erfüllbar?* In *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin, New York, 1987, p. 523-544

BETTI, E., *Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung*, in *L'Europa e il diritto romano: Studi in memoria di Paolo Koschaker*, 2 Vol., Mileno, Giuffrè, 1954, p. 439-460

BOTHE, M., *"Soft Law"*, in *europäischen Gemeinschaften?* In *Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75 Geburtstag am 28 März 1981*, Berlin, New York, 1981, p. 761-775

BUCHER, A., *Conséquences de la suppression de l'article 8 LRDC*, in *Revue de l'état civil*, Berne, 1977, p. 323 ss

BUEHLER, Th.-A., *La coutume en Suisse (jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil suisse)*, in *Recueil de la Société Jean Bodin, LII, La coutume*, Bruxelles, 1990, p. 359 ss

CANARIS, C. W., De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand, in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 169

CAPITANT, H., Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Paris, Sirey, 1934, p. 204 ss

CAPPELLETTI, M., The doctrine of stare decisis and the civil law: a fundamental difference, or no difference at all, in *Festschrift für Conrad Zweigert*, hrsg. von Herbert Berman et al. Tübingen, 1981, p. 381-393

CARBONNIER, J., Réformes du droit de la famille, in *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1975, p. 4 ss

CARBONNIER, J., Affectivité, ineffectivité de la règle de droit, in *l'Année sociologique*, Paris, PUF, 1958, p. 3-17

CARRY, P., La révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, *Revue de droit suisse (RDS)*, Basel, 51, 1932, p. 373a-542e

CHARMONT, J., CHAUSSE, A., Les interprètes du Code civil, in *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Rousseau, I, p. 131 ss

COIPEL, M., Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit civil, in *les Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, 1980, Vol. XXXI, p. 29 ss

COMBACAU, J., Une manière d'être des choses, in *Droits*, Paris, PUF, 1990, p. 11

COMBACAU, J., De la régularité à la règle, in *Droits, Revue française de théorie juridique*, La coutume, PUF, 1986, p. 10

COMMENT, A., Les actions du droit de famille suisse non expressément prévues, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, *Revue des juristes Bernois (RJB)*, Bern, Stämpfli, 71, 1936, p. 534-559

DECOSTER, M., "Lois, modèles et déterminismes sociologiques", in *Revue de l'Institut de sociologie, Université libre de Bruxelles*, 1985, p. 191-207

DEPEYROUX, O., La jurisprudence, source abusive de droit, in *Mélanges offerts à Jacques Meury II*, Paris, Sirey, 1960, p. 349 ss

DESCHENAUX, H., Les procédés de raisonnement dans l'interprétation et le comblement de la loi, in *Festschrift für Max Guldener*, Zurich, 1973, p. 21 ss

DESCHENAUX, H., La révision des contrats par le juge, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, *Revue de droit suisse (RDS)*, 61, 1942, p. 509a ss

- DESSERTAUX, M., A quel critère peut-on reconnaître les cas d'application de la libre recherche scientifique, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, II, p. 426
- ESMEIN, P., La jurisprudence et la loi, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1952, Paris, p. 17 ss
- FLATTET, G., La dissociation des droits de l'action, in *Mélanges François GUISAN*, Lausanne, 1950, p. 145 ss
- FLEINER, Th., Die Verfassungsrechtliche Bedeutung von Art 1, Abs. 2 ZGB, in *Gedächtnisschrift Peter Jäggi*, Fribourg, 1977, p.315 ss
- FRAGISTAS, CH.-N., Les précédents judiciaires en Europe continentale, in *Mélanges offerts à Jacques Maury II*, Paris, Sirey, 1960, p. 139 ss
- FRITZSCHE, H., Le rôle du juge en droit suisse, in *Bulletin trimestrielle de la société de législation comparée*, 70, Paris, 1948, 204 ss
- GAUDEMET, E., L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, II, p. 5 ss
- GAUDEMET, E., La coutume en droit canonique, in *Recueil de la Société Jean Bodin*, LII, La coutume, Bruxelles, 1990, p. 41 ss
- GAUDEMET, J., L'interprétation des lois et des actes juridiques, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Bruxelles, 1970, p. 235 ss
- GAUTSCHI, W., Ueber die Legitimation ehelich eingetragener unehelicher Kinder, in *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, *Revue suisse de Jurisprudence (RSJ)*, Zurich, 18, 1921/1922, p. 317 ss
- GENY, F., Variétés. Risques et responsabilité, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 1902, p. 812-849
- GILLIARD, F., La jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit, in *recueil des travaux suisses présentés au IX Congrès international de droit comparé*, Basel, 1976, p. 3 ss
- GUINAND, J., KNOEPFLER, F., *Fiches juridiques*, no 327, Genève, août 1984
- GOLDMANN, B., *Interprétation*, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1952
- HENRY, M., La révision de la législation en matière de cautionnement, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, *Revue de droit suisse (RDS)*, Basel, 54, 1935, p. 145a-216a
- HUBERLANT, CH., Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi, in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 48

- HUBIEN, H., Le raisonnement juridique, in Actes du Congrès mondial de la Philosophie et de Philosophie sociale, Bruxelles, 1971, p. 251-255
- HUSSON, L., Réflexions d'un philosophe sur un revirement de jurisprudence, in Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1971, p. 293-343
- HUSSON, L., Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse, in Revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1976, p. 431-454
- HUSSON, L., L'analyse critique de la méthode de l'exégèse, in Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1972, p. 115 ss
- JAEGGI, P., Zur "Spaltung" der Aktienrechte, in Die schweizerische Aktiengesellschaft, 33, Jahrgang 1960/1961, Zurich, p. 66 ss
- JENNY, D., Zur Lehre und Praxis der authentischen Interpretation, In Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR9), Revue de droit suisse (RDS), Basel, 106, 1987, p. 213 ss
- Jung, W., François Gény et la jurisprudence en Suisse, in Le Centenaire du Doyen François Gény, Recueil de conférences, Paris, Dalloz, 1963, p. 85 ss
- KADEN, E.H., Des pertes fortuites du mandataire, in Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel, 1952, p. 34 ss
- KALINOWSKI, G., Edmund Husserl sur les normes. L'ébauche d'une théorie de la science normative et de la logique des normes, in Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart, Festsache für Alois Troller, Berlin, 1987, p. 185-200
- KALINOWSKI, G., L'interprétation du droit: ses règles juridiques et logiques, in Archives de philosophie du droit, 1985, p. 171 ss
- KNAPP, V., La création du droit par le juge dans les pays socialistes, in *Ius privatum gentium: Festschrift für Max Rheinstein*, hrsg. von Ernst Caemmerer et al. Tübingen, 1969, Vol I, p. 67-84
- KNOEPFLER, F., Le nom et quelques autres questions de l'état civil en droit international privé suisse, aujourd'hui et demain, in Revue de l'état civil, Berne, 1978, p.305 ss
- KOLB, W., Die Haftung des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Revue de droit suisse (RDS), Basel, 1952, II, p. 99a-206a
- KRAWIETZ, W., Normativismus oder Skeptizismus? Zum Verhältnis von Regelsetzung und Regelbefolgung in der kritischen Rechtslehre Kants, Festsache Alois Troller, 1987, p. 321-342
- LASOK, D., La condition juridique des enfants en droit anglais, in Revue internationale de droit comparé, Paris, LGDJ, 1966, p. 615 ss

LEEMANN, H., Ueber das Recht des Kindes zur Anfechtung seiner Ehelichkeit, in Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ), Revue suisse de Jurisprudence (RSJ), Zurich, 29, 1932/1933, p.273 ss

L'HUILLIER, L., La responsabilité du propriétaire foncier selon l'article 679 du Code civil suisse, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Revue de droit suisse (RDS), Basel, 1952, II, p. 1a-97a

LIVER, P., Verantwortlichkeit des Grundeigentümers, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Revue de la Société des juristes Bernois (RSJ), Bern, 95, 1959, p. 19-37

LYON-CAEN, G., Le rôle des principes généraux du droit du droit civil au droit du travail, in Revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1974, p. 229 ss

MARTIN, A., Observations sur les deux premiers articles de l'avant-projet du Code civil suisse, in Semaine judiciaire, Genève, 23, 1901, p.1-12

MAURY, J., Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, in Etudes offertes à Georges Ripert, Paris, LGDJ, 1950, p. 28 ss

MAYALI, L., La coutume dans la doctrine romaniste du Moyen Age, in Recueil de la Société Jean Bodin, LII, La coutume, Bruxelles, 1990, p. 11 ss

MEEUS, A., L'art de juger, in Mélanges R. Legros, Edit. universitaires, Bruxelles, 1985, p. 437 ss

MEIER-HAYOZ, A., Die Bedeutung der Materialien für die Gesetzanwendung, in Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ), Revue suisse de Jurisprudence (RSJ), 1952, p. 213 ss et p. 229 ss (Schluss)

MUELLER, P.A., Gedanken zur rechtlichen Rechtsbildung und Rechtsfortbildung, in Mélanges Robert Patry, Lausanne, 1988, p. 377-390

NEWMAN, R.A., La nature de l'équité en droit civil, in Revue internationale de droit comparé, Paris, LGDJ, 1964, p. 291 ss

NICOLAS, M., La protection du voisinage, in Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Sirey, 1976, p. 675 ss

NORDMANN, P., Droit de l'enfant de demander son propre désaveu, in Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ), Zurich, 56, 1960, p. 206 ss

OFTINGER, K., Ueberblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, in Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ), Revue suisse de Jurisprudence (RSJ), 1967, p. 253 ss

OTT, Ed., Gedanken zur Art. 1 ZGB und seiner Anwendung in der Bundesgerichtspraxis, in SJZ, Zurich, 83, 1987, p. 193

PERELMAN, CH., Le juge, la règle de droit et la Justice, in Mélanges Robert

LEGROS, Bruxelles, 1985

PERRIN, J.-F., Définir le droit... selon une pluralité de perspectives, in *Droits*, Paris, PUF, 1989, p. 63 ss

PERRIN, J.-F., Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois, in *Les règles de l'interprétation. Enseignement de 3e Cycle de droit*, Fribourg, Ed. Univ. 1988, p. 256

PERRIN, J.-F., Le Tribunal fédéral face aux méthodes d'interprétation, in *La Semaine judiciaire* no 39, Genève, 1983, p. 609 ss

PERRIN, J.-F., Qu'est-ce que la dogmatique juridique? Festgabe für Alois Troller, Berlin, 1987, p. 49-58

PICOT, A., De l'interprétation du Code Napoléon à celle du Code civil suisse, in *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, *Revue suisse de la Société des juristes (RSJ)*, 5, 1908/9, p. 243 ss, p. 260 ss

PIRET, M., Les principales réformes modifiant les droits patrimoniaux des enfants illégitimes en droit anglais, in *Revue internationale de droit comparé*, Paris, LGDJ, 1973, p. 277 ss

RADBRUCH, G., Arten der Interpretation, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, Sirey, 1934, II, p. 217 ss

RIGAUX, F., Le juge, ministre du sens, in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, rassemblés par G. Heerscher/ L. Ingber, Bruxelles, 1986, p. 79 ss

SALEILLES, R., Le Code civil et la méthode historique, in *Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, I, p. 95 ss

SAVATIER, R., Destin du Code civil français, 1804-1954, in *Revue internationale de droit comparé*, Paris, LGDJ, p. 637 ss

SIEGWART, A., Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, *Revue de droit suisse (RDS)*, Zurich, 1942/43, p. 421 ss

STAUFFER, W., Einige Gedanken zu Art. 1 ZGB, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, *Revue des juristes Bernois (RJ8)*, 87, 1951 p. 1 ss

STOOS, A., Zu Art 1 des schweizerisches Zivilgesetzbuches, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, *Revue des juristes Bernois (RJ8)* 45, 1909, p. 593 ss

STRANGAS, J., Formalismus und transzendentalphilosophie, in *Festgabe Alois Troller*, 1987, p. 389-416

STREBEL, H., Fragen der Gesetzesauslegung im schweizerischen Zivilrecht, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Revue des juristes Bernois (RJB), 93, 1957, p. 1 ss

STREBEL, J., Vom Richter und seinem Amte, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Revue des juristes Bernois (RJB) 89, 1953, p. 137 ss

THOMAS, Y-P., Politique et droit chez Platon: La nature du juste, in Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1971, p. 87-117

TOUFFAIT, A., TUNC, A., Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, in Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Sirey, 1974, p. 487 ss

VILLEY, M., Ce qu'est l'interprétation judiciaire: une étude historique, in Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1971, p. 388-392

VILLEY, M., Modes classiques d'interprétation du droit, in Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1972, p.71-88

WALINE, M., Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Paris, LGDJ, 1950, p. 613 ss

WOLF, E., Les lacunes du droit et leur solution en droit suisse, in Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, 1968, p. 120

WROBLEWSKI, J., Law-making and hierarchies of values, Festgabe, Alois Troller, Berlin, 1987, p. 499-510

ZOLL, F., Méthode de l'interprétation en droit privé, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny, II, Paris, Sirey, 1934, p. 434 ss

Le problème des sources du droit positif: Travaux de la première session, Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris, Sirey, 1934

L'interprétation dans le droit, Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1972

Le jurisprudence, Archives de philosophie du droit, Vol 30, Paris, Sirey, 1985

L'interprétation par le juge des règles écrites, in Travaux de l'association Henri Capitant, Vol. XXIX, Paris, 1978

La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges, in Travaux de l'association Henri Capitant, Vol. XXXI, Paris, 1980

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	I - III
CHAPITRE I GENERALITES ET INTERPRETATION.....	1
A. PROFIL DE L'ARTICLE PREMIER CC.....	1
I. GENESE DE L'ARTICLE PREMIER CC.....	1
II. SES CONTENUS SUCCESSIFS.....	2
1. L'avant-projet de 1900.....	2
2. Le projet de 1904.....	2
3. De l'avant-projet au texte actuel.....	2
III. HIERARCHIE DES SOURCES DE L'ARTICLE PREMIER CC.....	3
1. Le loi ou la coutume, sinon la collation des pouvoirs.....	3
2. La coutume.....	3
3. La doctrine et la jurisprudence.....	5
IV. ORIGINE DES POUVOIRS CONFERES AU JUGE.....	6
B. LA NEGATION DE LA " PLENITUDE LOGIQUE" DE LA LOI.....	7
C. LA "PLENITUDE LOGIQUE DE LA LOI" VERS LA JURISPRUDENCE.....	9
D. METHODES D'INTERPRETATION.....	10
I. LES METHODES BASEES SUR LES SOURCES DE LA LOI.....	10
1. Exclusion de la méthode subjective.....	10
2. Méthode littéraire.....	11
3. Méthode logique.....	12
3. 1. L'argument a contrario.....	12
3. 2. L'argument a fortiori.....	12
3. 2. 1. L'argument a fortiori a minori ad maius.....	12
3. 2. 2. L'argument a fortiori a maiori ad minus.....	12
4. Méthode analogique.....	12
4.1. L'analogia legis.....	13
4.2. L'analogia iuris.....	13
4.3. L'ambivalence de l'analogie.....	13
5. Méthode systématique.....	14
6. La méthode historique et téléologique.....	14
7. La méthode objective.....	16
8. Méthode de la volonté reconnaissable.....	17
9. Méthode de la bonne foi.....	18
II. METHODES BASEES SUR DES PRESOMPTIONS.....	19
1. L'interprétation a completudine.....	19
2. L'interprétation a coherentia.....	19
3. L'interprétation apologétique.....	19
4. L'interprétation économique.....	20
5. L'interprétation naturaliste.....	20
III. METHODES BASEES SUR L'INSPIRATION.....	20
1. Doctrine et jurisprudence.....	20
2. Droit comparé.....	21
3. Histoire du droit.....	21
4. Principes généraux du droit.....	21
IV. METHODES PAR RESULTATS.....	21
1. L'interprétation déclarative.....	21
2. L'interprétation extensive.....	22
3. L'interprétation restrictive.....	22

4. L'interprétation en équité.....	22
E. CONCLUSION.....	22

CHAPITRE II LES LACUNES DE LA LOI.....	24
A. NOTION.....	24
I. DELIMITATIONS.....	25
1. Les lacunes du droit.....	25
2. Théories de l'espace juridique vide et la norme générale exclusive.....	26
3. La validité relative de ces théories.....	27
4. Les antinomies en droit.....	27
5. Le domaine extra juridique.....	29
II. LES ESPECES DE LACUNES.....	29
1. Les lacunes improprement dites.....	29
2. Les lacunes et les défauts de la loi.....	29
3. La lacune voulue.....	30
4. Les lacunes proprement dites.....	31
4. 1. Les lacunes intra legem.....	31
4. 1. 1. Les lacunes intra legem et le renvoi à une disposition applicable.....	31
4. 1. 2. Les lacunes de la loi et le renvoi à une norme cadre, aux usages.....	32
4. 1. 3. Renvoi à des notions générales, cas-témoin l'article 4 CC.....	33
4. 2. Les lacunes praeter legem.....	34
4. 2. 1. Les lacunes praeter legem ouvertes ou patentes.....	34
4. 2. 2. Les lacunes praeter legem non ouvertes ou occultes.....	35
4. 2. 3. Des variantes terminologiques.....	38
4. 2. 3. 1. Burckhardt et Du Pasquier.....	39
4. 2. 3. 2. Meier-Hayoz.....	39
4. 2. 3. 3. La doctrine de la nouvelle Rhétorique.....	40
B. DETERMINATION D'UNE LACUNE DE LA LOI.....	40
C. CONCLUSION.....	41

CHAPITRE III L'ADMISSION ET LA NEGATION DES LACUNES.....	42
A. L'ADMISSION DES LACUNES.....	42
I. DROIT DES PERSONNES.....	42
1. L'arrêt 73 II 65, JdT 1948, p. 11.....	42
1. 1. Les faits.....	42
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	42
1. 3. L'interprétation suivie.....	42
1. 4. Les méthodes d'interprétation.....	43
1. 5. La pratique antérieure.....	44
2. L'arrêt 75 I 33, JdT 1950, p. 229.....	44
2. 1. Les faits.....	44
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	44
2. 3. L'interprétation suivie.....	44
2. 4. Les méthodes d'interprétation.....	45
2. 5. La pratique antérieure.....	46
3. L'arrêt 105 II 321, JdT 1981, p. 99.....	47
3. 1. Les faits.....	47
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	47
3. 3. L'interprétation suivie.....	47
3. 4. Les méthodes d'interprétation.....	48
3. 5. La pratique antérieure.....	48

4. L'arrêt 106 II 236	48
4. 1. Les faits	48
4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	49
4. 3. L'interprétation suivie	49
4. 4. Les méthodes d'interprétation	50
4. 5. La pratique antérieure	51
5. L'arrêt 116 II 1	54
5. 1. Les faits	54
5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	54
5. 3. L'interprétation suivie	54
5. 4. Les méthodes d'interprétation	55
5. 5. La pratique antérieure	55
6. L'arrêt 109 II 81	55
6. 1. Les faits	55
6. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	55
6. 3. L'interprétation suivie	55
6. 4. Les méthodes d'interprétation	56
6. 5. La pratique antérieure	56
II. DROIT DE LA FAMILLE	56
1. L'arrêt 89 I 303, JdT 1964, p. 271	56
1. 1. Les faits	56
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	57
1. 3. L'interprétation suivie	57
1. 4. Les méthodes d'interprétation	59
1. 5. La pratique antérieure	59
2. L'arrêt 100 II 65, JdT 1975, p. 130	60
2. 1. Les faits	60
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	60
2. 3. L'interprétation suivie	60
2. 4. Les méthodes d'interprétation	61
2. 5. La pratique antérieure	62
3. L'arrêt 92 II 219, JdT 1967, p. 278	63
3. 1. Les faits	63
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	63
3. 3. L'interprétation suivie	63
3. 4. Les méthodes d'interprétation	64
3. 5. La pratique antérieure	64
III. DROIT DES SUCCESSIONS	65
1. L'arrêt 101 Ib 399	65
1. 1. Les faits	65
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	65
1. 3. L'interprétation suivie	65
1. 4. Les méthodes d'interprétation	65
1. 5. La pratique antérieure	66
2. L'arrêt 103 Ib 178, JdT 1979, p. 529	66
2. 1. Les faits	66
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	66
2. 3. L'interprétation suivie	66
2. 4. Les méthodes d'interprétation	66
2. 5. La pratique antérieure	66

IV. DROITS REELS.....	67
1. L'arrêt 108 Ib 430.....	67
1. 1. Les faits.....	67
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	67
1. 3. L'interprétation suivie.....	67
1. 4. Les méthodes d'interprétation.....	67
1. 5. La pratique antérieure.....	68
2. L'arrêt 91 II 100, JdT 1965, p. 590.....	68
2. 1. Les faits.....	68
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	68
2. 3. L'interprétation suivie.....	68
2. 4. Les méthodes d'interprétation.....	69
2. 5. La pratique antérieure.....	69
3. L'arrêt 107 II 375.....	70
3. 1. Les faits.....	70
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	70
3. 3. L'interprétation suivie.....	70
3. 4. Les méthodes d'interprétation.....	71
3. 5. La pratique antérieure.....	71
4. L'arrêt 114 II 230, JdT 1989, p. 144.....	71
4. 1. Les faits.....	71
4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	71
4. 3. L'interprétation suivie.....	71
4. 4. Les méthodes d'interprétation.....	72
4. 5. La pratique antérieure.....	72
5. L'arrêt 115 II 149.....	73
5. 1. Les faits.....	73
5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	73
5. 3. L'interprétation suivie.....	73
5. 4. Les méthodes d'interprétation.....	75
5. 5. La pratique antérieure.....	75
V. DROIT DES CONTRATS.....	75
1. L'arrêt 48 II 487, JdT 1923, p. 304.....	75
1. 1. Les faits.....	75
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	76
1. 3. L'interprétation suivie.....	76
1. 4. Les méthodes d'interprétation.....	77
1. 5. La pratique antérieure.....	77
2. L'arrêt 61 II 95, JdT 1935, p. 615.....	77
2. 1. Les faits.....	77
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	77
2. 3. L'interprétation suivie.....	78
2. 4. Les méthodes d'interprétation.....	78
2. 5. La pratique antérieure.....	78
VI. DROIT DES SOCIÉTÉS.....	78
1. L'arrêt 51 II 412, JdT 1926, p. 234.....	78
1. 1. Les faits.....	78
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	79
1. 3. L'interprétation suivie.....	79
1. 4. Les méthodes d'interprétation.....	79
1. 5. La pratique antérieure.....	79

2. L'arrêt 83 II 297, JdT 1958, p. 473.....	80
2. 1. Les faits	80
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	80
2. 3. L'interprétation suivie	80
2. 4. Les méthodes d'interprétation	82
2. 5. La pratique antérieure.....	82
3. L'arrêt 90 II 235, JdT 1965, p. 138.....	82
3. 1. Les faits	82
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	83
3. 3. L'interprétation suivie	83
3. 4. Les méthodes d'interprétation	84
3. 5. La pratique antérieure	84
4. L'arrêt 49 II 352, JdT 1924, p. 130.....	84
4. 1. Les faits	84
4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	84
4. 3. L'interprétation suivie	84
4. 4. Les méthodes d'interprétation	85
4. 5. La pratique antérieure	85
VII. DROIT DES LOIS SPECIALES	86
1. L'arrêt 74 I 105, JdT 1949, p. 149.....	86
1. 1. Les faits	86
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	86
1. 3. L'interprétation suivie	86
1. 4. Les méthodes d'interprétation	87
1. 5. La pratique antérieure	87
2. L'arrêt 114 Ib 261.....	87
2. 1. Les faits	87
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	87
2. 3. L'interprétation suivie	87
2. 4. Les méthodes d'interprétation	88
2. 5. La pratique antérieure.....	88
B. NEGATION DES LACUNES	88
I. DROIT DES PERSONNES.....	88
1. L'arrêt 100 Ib 137, JdT 1975, p. 354	88
1. 1. Les faits	88
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	89
1. 3. L'interprétation suivie	89
1. 4. Les méthodes d'interprétation	89
1. 5. La pratique antérieure	89
2. L'arrêt 83 II 147, JdT 1958 II, p. 49	90
2. 1. Les faits	90
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	90
2. 3. L'interprétation suivie	90
2. 4. Les méthodes d'interprétation	91
2. 5. La pratique antérieure.....	91
3. L'arrêt 112 II 104.....	91
3. 1. Les faits	91
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	91
3. 3. L'interprétation suivie	91
3. 4. Les méthodes d'interprétation	92
3. 5. La pratique antérieure.....	92

4. L'arrêt 115 II 404, JdT 1991, p. 56.....	92
4. 1. Les faits	92
4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	92
4. 3. L'interprétation suivie.....	93
4. 4. Les méthodes d'interprétation	93
4. 5. La pratique antérieure.....	94
II. DROIT DE LA FAMILLE.....	94
1. L'arrêt 101 II 11, JdT 1976, p. 53.....	94
1. 1. Les faits	94
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	94
1. 3. L'interprétation suivie	94
1. 4. Les méthodes d'interprétation	94
1. 5. La pratique antérieure.....	95
2. L'arrêt 86 II 303	96
2. 1. Les faits	96
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	96
2. 3. L'interprétation suivie	96
2. 4. Les méthodes d'interprétation	97
2. 5. La pratique antérieure.....	97
3. L'arrêt 93 I 401	98
3. 1. Les faits	98
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	98
3. 3. L'interprétation suivie.....	98
3. 4. Les méthodes d'interprétation	98
3. 5. La pratique antérieure.....	99
4. L'arrêt 95 II 391	99
4. 1. Les faits	99
4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	99
4. 3. L'interprétation suivie	99
4. 4. Les méthodes d'interprétation	100
4. 5. La pratique antérieure.....	100
5. L'arrêt 95 II 68	100
5. 1. Les faits	100
5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	100
5. 3. L'interprétation suivie.....	100
5. 4. Les méthodes d'interprétation	101
5. 5. La pratique antérieure.....	101
6. L'arrêt 71 III 4, JdT 1945 II, p. 5	101
6. 1. Les faits	101
6. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	101
6. 3. L'interprétation suivie	101
6. 4. Les méthodes d'interprétation	102
6. 5. La pratique antérieure.....	102
7. L'arrêt 106 II 278	102
7. 1. Les faits	102
7. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	102
7. 3. L'interprétation suivie	102
7. 4. Les méthodes d'interprétation	102
7. 5. La pratique antérieure.....	103
8. L'arrêt 114 II 404, JdT 1990 I, p. 636	103
8. 1. Les faits	103

8. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	103
8. 3. L'interprétation suivie	103
8. 4. Les méthodes d'interprétation	103
8. 5. La pratique antérieure.....	104
III. DROIT DES SUCCESSIONS.....	104
1. L'arrêt 74 II 202, JdT 1949, p. 516	104
1. 1. Les faits	104
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	104
1. 3. L'interprétation suivie	104
1. 4. Les méthodes d'interprétation	104
1. 5. La pratique antérieure.....	105
2. L'arrêt 87 II 355, JdT 1962, p. 354	105
2. 1. Les faits	105
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	105
2. 3. L'interprétation suivie	105
2. 4. Les méthodes d'interprétation	105
2. 5. La pratique antérieure.....	105
3. L'arrêt 104 II 337	106
3. 1. Les faits	106
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	106
3. 3. L'interprétation suivie	106
3. 4. Les méthodes d'interprétation	106
3. 5. La pratique antérieure.....	106
4. L'arrêt 75 II 348, JdT 1949, p. 396	107
4. 1. Les faits	107
4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	107
4. 3. L'interprétation suivie	107
4. 4. Les méthodes d'interprétation	107
4. 5. La pratique antérieure.....	107
5. L'arrêt 111 II 130, JdT 1986, p. 626	108
5. 1. Les faits	108
5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	108
5. 3. L'interprétation suivie	108
5. 4. Les méthodes d'interprétation	108
5. 5. La pratique antérieure.....	108
6. L'arrêt 113 II 493, JdT 1988, p. 345	108
6. 1. Les faits	108
6. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	109
6. 3. L'interprétation suivie	109
6. 4. Les méthodes d'interprétation	109
6. 5. La pratique antérieure.....	109
IV. DROITS REELS.....	110
1. L'arrêt 48 II 227, JdT 1922, p. 621	110
1. 1. Les faits	110
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	110
1. 3. L'interprétation suivie	110
1. 4. Les méthodes d'interprétation	111
1. 5. La pratique antérieure.....	111
2. L'arrêt 101 Ib 329	111
2. 1. Les faits	111
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter.....	111

2. 3. L'interprétation suivie	112
2. 4. Les méthodes d'interprétation	112
2. 5. La pratique antérieure	112
3. L'arrêt 108 II 180	112
3. 1. Les faits	112
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	113
3. 3. L'interprétation suivie	113
3. 4. Les méthodes d'interprétation	113
3. 5. La pratique antérieure	113
V. DROIT DES CONTRATS	113
1. L'arrêt 61 II 259, JdT 1936, p. 166	113
1. 1. Les faits	113
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	114
1. 3. L'interprétation suivie	114
1. 4. Les méthodes d'interprétation	114
1. 5. La pratique antérieure	114
2. L'arrêt 62 II 118	114
2. 1. Les faits	114
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	115
2. 3. L'interprétation suivie	115
2. 4. Les méthodes d'interprétation	116
2. 5. La pratique antérieure	116
3. L'arrêt 92 II 180	116
3. 1. Les faits	116
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	116
3. 3. L'interprétation suivie	116
3. 4. Les méthodes d'interprétation	117
3. 5. La pratique antérieure	117
4. L'arrêt 114 II 353	117
4. 1. Les faits	117
4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	117
4. 3. L'interprétation suivie	117
4. 4. Les méthodes d'interprétation	117
4. 5. La pratique antérieure	118
5. L'arrêt 114 II 274, JdT 1989, p. 7	118
5. 1. Les faits	118
5. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	118
5. 3. L'interprétation suivie	118
5. 4. Les méthodes d'interprétation	118
5. 5. La pratique antérieure	119
VI. DROIT DES SOCIÉTÉS	119
1. L'arrêt 109 II 130, JdT 1984, p. 43	119
1. 1. Les faits	119
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	119
1. 3. L'interprétation suivie	119
1. 4. Les méthodes d'interprétation	120
1. 5. La pratique antérieure	120
2. L'arrêt 39 II 561	120
2. 1. Les faits	120
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	120
2. 3. L'interprétation suivie	121

2. 4. Les méthodes d'interprétation	121
2. 5. La pratique antérieure	121
3. L'arrêt 76 II 51, JdT 1950, p. 555	121
3. 1. Les faits	121
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	122
3. 3. L'interprétation suivie	122
3. 4. Les méthodes d'interprétation	122
3. 5. La pratique antérieure	122
4. L'arrêt 82 II 224	122
4. 1. Les faits	122
4. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	123
4. 3. L'interprétation suivie	123
4. 4. Les méthodes d'interprétation	123
4. 5. La pratique antérieure	123
VII. DROIT DES LOIS SPECIALES	124
1. L'arrêt 47 II 99	124
1. 1. Les faits	124
1. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	124
1. 3. L'interprétation suivie	124
1. 4. Les méthodes d'interprétation	125
1. 5. La pratique antérieure	125
2. L'arrêt 74 II 106, JdT 1949, p. 162	125
2. 1. Les faits	125
2. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	125
2. 3. L'interprétation suivie	125
2. 4. Les méthodes d'interprétation	126
2. 5. La pratique antérieure	126
1. L'arrêt 110 II 411, JdT 1985, p. 200	126
3. 1. Les faits	126
3. 2. Le texte légal, le mot, les expressions à interpréter	126
3. 3. L'interprétation suivie	126
3. 4. Les méthodes d'interprétation	127
3. 5. La pratique antérieure	127

CHAPITRE IV LE TRIBUNAL FEDERAL ET L'ARTICLE 1 CC EN 9 DECENNIES

A. L'INTERPRETATION	128
I. LES INTERPRETATIONS CLASSIQUES	128
1. L'interprétation littérale ou le point de départ	128
2. L'interprétation systématique ou l'explication par le contexte	129
3. La méthode historique ou la remontée des enfers	129
4. La méthode téléologique ou la sphère des valeurs	129
5. Cas particulier: L'ambivalence de l'analogie	130
5. 1. L'analogie interprétative	130
5. 2. L'analogie supplétive	130
II. LES INTERPRETATIONS VOULUES PAR LE LEGISLATEUR	131
III. L'INTERPRETATION EVOLUTIVE	132
IV. LES AUTRES INTERPRETATIONS	132
V. LE RESULTAT DE L'INTERPRETATION	133
1. L'interprétation déclarative	133
2. L'interprétation extensive	133
3. L'interprétation restrictive	133

VI. LES LACUNES DE LA LOI	133
1. La lacune praeter legem	133
2. la lacune intra legem	133
3. la lacune contra legem	134
B. LA NEGATION DES LACUNES DE LA LOI	134
I. PRINCIPES	134
II. LES FLOTTEMENTS CONCEPTUELS ET METHODOLOGIQUES	134
1. Les flottements conceptuels	134
2. Les flottements méthodologiques	135
2. 1. Dans le Droit des personnes	135
2. 2. Dans le Droit de la famille	135
2. 2. 1. L'arrêt 101 II 11/1974, JdT 1976 p 53	135
2. 2. 2. L'arrêt 86 II 3033	135
2. 2. 3. L'arrêt 95 II 68/1969	135
2. 3. Dans le Droit des successions	136
2. 4. Dans les Droits réels	136
2. 5. Dans le Droit des contrats	136
2. 6. Dans des lois spéciales	136
C. L'ADMISSION DES LACUNES DE LA LOI	137
I. LE COMPLÈTEMENT DE LA LOI	137
II. LA CORRECTION DE LA LOI	137
III. LA PRATIQUE ET LE COMPLÈTEMENT DE LA LOI	138
1. Dans le Droit des personnes	138
2. Dans le Droit des contrats	138
2. 1. L'arrêt 48 II 487/1922, JdT 1923, p. 304	138
2. 2. L'arrêt 61 II 95/1935, JdT 1935, p. 615	138
3. Dans le Droit des sociétés	138
3. 1. L'arrêt 51 II 412/1925, JdT 1926, p. 234	138
3. 2. L'arrêt 49 II 352/1923, JdT 1924, p. 130	139
IV. LA PRATIQUE ET LA CORRECTION DE LA LOI	139
1. Dans le Droit des personnes	139
2. Dans le Droit de la famille	139
2. 1. L'arrêt 69 I 353/1963, JdT 1964, p. 271	139
2. 2. L'arrêt 100 II 65/1974, JdT 1975, p. 130	140
2. 3. L'arrêt 92 II 2193 dans le Droit des successions	140
3. Dans le Droit des successions	140
3. 1. L'arrêt 101 Ib 399/1975	140
3. 2. L'arrêt 103 Ib 178/1979, JdT 1979, p. 539	140
4. Dans les Droits réels	141
4. 1. L'arrêt 108 I 430/1982	141
4. 2. L'arrêt 107 II 375/1981	141
5. Dans le Droit des contrats	141
6. Dans le Droit des sociétés	141
6. 1. L'arrêt 83 II 298/1957, JdT 1958, p. 473	141
6. 2. L'arrêt 90 II 235/1964, JdT 1965, p. 138	142
D. LE CHANGEMENT DE JURISPRUDENCE	142
I. NOTIONS	142
1. Changement	142
2. Jurisprudence	142
3. Changement de jurisprudence	142
4. Revirement de jurisprudence	143

II. LA PRATIQUE ET LE CHANGEMENT DE JURISPRUDENCE	143
1. L'arrêt 88 II 477/1962.....	143
2. L'état de la question.....	144
2. 1. Le Tribunal fédéral.....	144
2. 2. La doctrine.....	144
2. 3. Les juridictions cantonales.....	145
3. L'arrêt 91 II 100/1957, JdT 1965, p. 590.....	145
4. L'état de la question.....	145
4. 1. Le Tribunal fédéral.....	145
4. 2. La doctrine.....	146
4. 3. La législation.....	146
5. Les raisons du changement de jurisprudence.....	146
III. POUR L'EXCLUSION DU CHANGEMENT DE JURISPRUDENCE.....	146
1. La théorie de la représentation.....	146
2. La théorie de la jurisprudence-loi.....	147
3. La théorie de la collaboration.....	148
4. La théorie de la bonne foi et de la sécurité du droit.....	149
4. 1. La bonne foi.....	149
4. 2. la sécurité du droit.....	149
5. La théorie de la jurisprudence-coutume.....	150
5. 1. La notion de jurisprudence.....	150
5. 2. La notion de jurisprudence constante.....	151
5. 3. La jurisprudence constante et l'opinion de la doctrine.....	151
5. 4. La jurisprudence et le temps coutumier.....	151
5. 5. La constance de la jurisprudence.....	152
5. 5. 1. Le volume des affaires jugées.....	152
5. 5. 2. L'émergence d'une volonté commune.....	153
5. 5. 3. Les éléments de la durée.....	154
6. De lege feranda.....	154
7. Loi d'Organisation judiciaire.....	155
E. CONCLUSION.....	156
CONCLUSION GENERALE.....	157
BIBLIOGRAPHIE.....	161
TABLE DES MATIERES.....	178