

LES LACUNES DU DROIT ET LEUR SOLUTION EN DROIT SUISSE (*)

E. WOLF

Lors de l'unification du droit civil en Suisse, par l'élaboration du Code Civil de 1907 — codification qui est jusqu'à ce jour, avec la Constitution et le Code Pénal, la partie la plus importante du droit fédéral helvétique — on a renoncé à une partie générale groupant des règles abstraites applicables à toutes les branches du droit civil, et l'on s'est contenté d'une espèce de frontispice de dix articles.

Ce sont les articles 1^{er} et 4, ceux qui parlent du pouvoir du juge, et surtout l'art. 1^{er}, qui donnent au magistrat la clef magique lui permettant de se frayer un chemin dans les régions obscures où il est appelé à combler des lacunes de la loi. L'article 4 engage le juge à appliquer des règles d'équité lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation. L'article 1^{er} dit d'abord au juge ce qu'il doit faire lorsque la loi parle; il s'empresse ensuite de lui dire quelle doit être son attitude devant le silence de la loi.

Si le premier paragraphe de l'article 1^{er} déclare que "La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions" (*Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält*), il oblige le juge à ne pas s'arrêter à l'interprétation grammaticale, mais à rechercher le sens et l'esprit de la loi.

Le législateur se dirige ainsi contre une interprétation trop esclave des termes utilisés par la loi, contre la "*Begriffsjurisprudenz*" en faveur d'une méthode d'interprétation plus libre et constructive, qui tienne compte de l'ensemble des idées et principes exprimés par le législateur et du but qu'il veut atteindre.

Cependant le législateur se rend compte du fait que, même en appliquant une telle méthode d'interprétation au delà de la lettre, le juge constatera nécessairement des lacunes de la loi, lacunes que

(*) Communication faite à Bruxelles, le 6 novembre 1965, au Centre National de Recherches de Logique.

les textes allemand et français définissent comme l'absence d'une disposition légale applicable, et le texte italien comme les cas non prévus par la loi ⁽¹⁾. Dans ce cas, le Code prévoit une hiérarchie de sources de droit, d'abord la coutume, ensuite les règles que le juge décidant le cas d'espèce établirait s'il avait à faire acte de législateur. C'est surtout en vue de ce dernier cas que le Code ajoute la recommandation au juge de "s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence".

Des auteurs suisses et étrangers ont dit qu'il s'agissait ici de dispositions audacieuses. Personnellement, j'y vois plutôt une preuve de sagesse de la part du législateur, qui n'a pas l'ambition de vouloir tout prévoir et qui laisse ouvertement au juge sa part de responsabilité dans la création du droit. C'est en même temps un acte de sincérité, ou même — pour reprendre les paroles de François Gény, "un acte de franchise, humble et détaché".

Il y a entre le Code Napoléon et le Code Civil suisse une évolution de cent ans. L'article 4 des Codes Civils français et belge manifeste de la méfiance vis-à-vis du juge, méfiance justifiée sous l'ancien régime, mais certainement plus de nos jours où l'article 258 du Code Pénal belge est devenu un anachronisme. On peut dire que le Code Civil suisse, conçu au début du XX^{ème} siècle, reflète la pensée des juristes les plus avancés de l'époque.

C'est en 1877 que Jhering, avec son *Zweck im Recht*, inspira en Allemagne une nouvelle doctrine, doctrine qui préconisait que l'interprétation purement logique fût remplacée par une interprétation plus libre, tenant compte des intérêts en jeu et de la finalité du législateur. C'est en 1899, dans la première édition de sa *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, que François Gény lançait son appel émouvant : "A défaut de toute direction formelle, et pour les points nombreux qu'il se trouve nettement résolus ni par la loi ni par la coutume, le jurisconsulte n'aura d'autre ressource que de scruter directement la nature des choses... Il devra surtout, comme le ferait le législateur lui-même, doser les objets d'investigation d'après leur nature propre, et déterminer les lois de leur har-

(1) Texte français : "A défaut d'une disposition légale applicable"; texte allemand : "Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden"; texte italien : "Nei casi non previsti dalla legge".

monie en tenant les yeux fixés vers l'idéal de justice ou d'utilité sociale qu'il faut, avant tout, satisfaire, se gardant d'abuser d'une systématisation toute en logique qui doit seulement diriger sa pensée, ou lui procurer les moyens purement techniques de régir les situations proposées à son jugement".

Dans son ouvrage sur la *Méthode positive d'interprétation juridique*, publié à Bruxelles en 1907, Paul van der Eycken préconise une interprétation basée sur le "but social" du législateur et propose une hiérarchie des sources de droit quasi parallèle à celle de l'article 1^{er} du Code Civil suisse qui est la suivante : "Loi, usage, jurisprudence, doctrine". Lors d'un discours prononcé à Bruxelles en 1907, Vanden Bossche a dit : "Il nous paraît suggestif de constater entre les idées de M. Gény, si souvent traitées de subversives, et celles du législateur de 1804 non seulement un lien de filiation, mais presque une sorte d'identité" (2).

Bien sûr, au début du XIX^{ème} siècle, dans les divers cantons suisses, les tribunaux, composés de notables, adoptaient aveuglément les doctrines abstraites et parfois abstruses des pandectistes d'Outre-Rhin en Suisse allemande, et suivaient les exégètes du Code Civil français en Suisse romande.

Le mouvement libéral qui se manifeste dès 1830 dans les constitutions des cantons dits régénérés et qui réussit à se généraliser après la guerre du Sonderbund, au moment de la fondation de l'État fédéral, en 1848, entraîne la réforme des tribunaux par une séparation plus nette des pouvoirs. On isole le juge des influences gouvernementales et politiques par le changement du mode d'élection; on instaure une justice dite populaire. En effet, dès la fin du XIX^{ème} siècle, les tribunaux de première instance sont élus par le peuple et, sauf au Tessin, collégiaux; l'élément laïque y prédomine-le greffier étant dans les districts ruraux souvent le seul juriste.

Les cours d'appel sont élues soit également par le peuple soit, et ceci dans la plupart des cantons, par le parlement cantonal. On souhaite une justice simple et près de la réalité. Certains codes civils

(2) G. VANDEN BOSSCHE, professeur à l'université de Gand, *La notion et l'interprétation du droit civil positif dans les théories modernes*. Louvain, 1908. Extrait de la "Revue catholique de droit", discours prononcé au Palais des Académies à Bruxelles le 6 octobre 1907 pour la distribution des prix du concours universitaire et du concours général de l'enseignement moyen.

cantonaux déclarent qu'“il est défendu aux juges de citer, comme motif de leur jugement, une loi ou une autorité étrangère pour expliquer le présent Code, ou pour y suppléer”. Le Code Civil d'Argovie de 1847, tout en admettant la suppléance, interdit non seulement la mention de lois étrangères dans les motifs du jugement, mais encore toute citation d'opinions émanant de professeurs de droit (suisses ou étrangers) ⁽³⁾. Les parties ont la faculté de soutenir une action ou de se défendre devant les tribunaux sans l'intermédiaire d'un avocat, et ceci même devant le Tribunal Fédéral.

En 1899, lorsque le rédacteur de l'avant-projet du Code Civil suisse, Eugen Huber, en préparait la première partie, François Gény lui fit hommage d'un exemplaire de sa *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif*. Dans une lettre de remerciement du 27 décembre 1899, Huber lui écrit qu'il trouverait en Suisse le matériel pour étayer ses théories, puisque dans la plupart des cantons le juge avait vis-à-vis de la loi une plus grande liberté que son collègue allemand ou français, et que les récentes lois fédérales s'en remettaient à l'appréciation du juge dans des questions importantes et qu'en conséquence la justice en Suisse restait plus près du peuple et de la vie. En lisant cette lettre, on pense surtout au Code des Obligations de 1881, dans lequel on trouve quantités de termes génériques tels que “erreur”, “actes illicites”, “actes contraires aux mœurs”, “négligence”, “enrichissement illégitime”, etc., et à nombre d'articles de ce Code qui parlent explicitement du pouvoir d'appréciation du juge.

Dans l'interprétation du Code des Obligations et plus encore dans l'interprétation de la Constitution, il est souvent difficile de distinguer entre interprétation de terme générique et suppléance de lacune. Le législateur se contente de termes génériques souvent appelés par la doctrine “termes indéterminés” et délègue ainsi au juge la tâche de préciser les termes par le jugement de cas concrets. Il y a ici une imprécision, un silence voulu du législateur; il énonce des notions de valeur (*Wertbegriffe*) sans les définir et autorise le juge à leur donner un contenu précis. Un de nos méthodologues, le professeur

⁽³⁾ Cf. Eugen HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, Bâle 1886, vol. I, p. 65, qui cite, outre le Code Civil argovien, ceux de Genève, Vaud et Neuchâtel.

Germann, reprend à ce propos l'expression de la doctrine allemande de "lacunes des notions de valeur" (Wertungslücken) ⁽⁴⁾. Ce terme s'applique au pouvoir de concrétisation accordé au juge par le législateur; il ne s'agit pas ici d'une lacune de la loi. Cependant, selon la doctrine suisse, il n'y a pas de paroi étanche entre interprétation de termes génériques et suppléance de lacune ⁽⁵⁾. En effet, le pas entre la concrétisation d'un terme générique et la suppléance de la loi est facilement franchi puisque, comme nous le verrons, dans les deux cas le juge suisse sera créateur de règles de droit. Cette progression allant graduellement de la concrétisation à la suppléance de la loi s'est manifestée notamment en droit constitutionnel suisse, où le juge ne s'est pas contenté de concrétiser les notions de valeur de la Constitution fédérale — égalité de droit, liberté de commerce, liberté de presse, d'association, etc., — il les a étendues bien au delà de l'intention du constituant, ce qui est surtout vrai pour la notion d'égalité de droit; il a même créé du droit constitutionnel en dehors du texte de la Constitution en parlant de "droit constitutionnel non écrit".

En ce qui concerne l'égalité, l'article 4 de la Constitution de 1848 déclare, dans un texte maintenu sans changement lors de la révision totale de 1874: "Tous les Suisses sont égaux devant la loi". Selon sa genèse historique, ce texte vise en premier lieu l'égalité politique et se dirige contre le vote censitaire. Mais d'accord avec le texte constitutionnel, qui n'exprime pas cette limite, l'interprétation du terme *égalité* était bien plus large. Déjà dans la première période allant de 1848 à 1874, pendant laquelle le gouvernement fédéral et les Chambres décidaient des réclamations de citoyens contre la violation par les autorités cantonales des droits individuels garantis par la Constitution, on estima que la garantie d'égalité ne se limitait pas aux droits politiques et qu'elle s'étendait à d'autres domaines, par exemple à la législation fiscale et au déni de justice.

⁽⁴⁾ O. A. GERMANN, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, Berne 1965, p. 119 ss.

⁽⁵⁾ Cf. Walter BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2^e éd., Zurich 1944, p. 237-238; Arthur MEIER-HAYOZ, *Commentaire de l'art. 1^{er} du Code Civil Suisse*, dans "Berner Kommentar", 1962, vol. I, p. 121; Karl SPIRO, *Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts*, Bâle 1948, p. 23 et 37.

Cette interprétation extensive fut intensifiée par le Tribunal Fédéral permanent dès sa création en 1875. Rappelons que le Tribunal Fédéral examine la violation par les cantons des droits individuels garantis soit par la Constitution fédérale, soit par la constitution cantonale applicable dans l'espèce. Mais l'article 113 de la Constitution fédérale précise que le Tribunal Fédéral ne saurait mettre en cause la constitutionnalité des lois fédérales.

Au sujet du déni de justice, le Tribunal Fédéral déclara, dans un arrêt du 31 août 1877, dans la cause Robatel : "Bien que ni la Constitution fédérale, ni celle du Canton du Valais ne contiennent de dispositions spéciales en matière de déni de justice, on ne saurait contester au Tribunal Fédéral la faculté de se nantir des recours interjetés en pareil cas : le droit d'obtenir justice est, en effet, un de ces droits fondamentaux du citoyen, dont la protection rentre dans la sphère d'attributions que soit la Constitution fédérale, soit la loi sur l'organisation judiciaire fédérale ont entendu donner au Tribunal fédéral : le refus de la part d'autorités cantonales de rendre justice à un citoyen impliquerait d'ailleurs la violation du principe de l'égalité de tous les Suisses devant la loi, proclamé et garanti aux art. 4 de la Constitution fédérale et 3 de la Constitution du canton du Valais..."

En appliquant l'art. 4 de la Constitution fédérale, le Tribunal Fédéral établit également le droit de chaque partie impliquée dans une cause civile ou pénale d'être entendue avec tous ses moyens. Il sut ainsi créer pour les lois de procédure civile et pénale qui, selon la Constitution, sont toujours attribués à la compétence cantonale, un standard minimum quant à la protection de l'individu devant la barre. Le Tribunal Fédéral a d'abord hésité à reconnaître au citoyen une garantie similaire devant l'administration, mais selon la jurisprudence récente, le principe d'égalité donne à l'individu, lorsque des intérêts importants sont en jeu, un droit non seulement de s'expliquer devant l'administration, mais souvent aussi celui de prendre connaissance du dossier afin de pouvoir formuler ses objections contre une décision prévue.

La plus grande création du Tribunal Fédéral fut le recours contre l'arbitraire. Il est évident qu'il y a inégalité lorsqu'un tribunal cantonal décide de manière différente deux cas identiques, ceci bien entendu sous réserve d'un remaniement ou revirement motivé de la

jurisprudence. Mais il est plus difficile de parler d'inégalité si, dans un cas isolé, l'autorité cantonale prend une décision contraire à la justice. C'est pourtant ce que le Tribunal Fédéral a déclaré. Selon celui-ci, tout ce qui est arbitraire viole l'égalité et le Tribunal considère comme arbitraire ce qui est manifestement intenable et ne peut être basé sur des motifs raisonnables. Cette définition élastique et générale du principe d'égalité permet au Tribunal un contrôle complet de toute activité émanant d'autorités cantonales, soit du pouvoir législatif, soit du pouvoir exécutif, soit encore du pouvoir judiciaire.

Le citoyen peut adresser un recours de droit public au Tribunal Fédéral, basé sur l'art. 4 de la Constitution, s'il prétend qu'une loi ou un règlement est inconstitutionnel parce qu'il accorde arbitrairement des privilèges à une catégorie de citoyens. Il peut aussi recourir contre toute application de la loi dans un cas concret, s'il trouve que la décision judiciaire est arbitraire et lui cause un tort.

Ainsi le Tribunal Fédéral, auquel par les voies ordinaires on ne peut soumettre l'examen du droit cantonal, peut être saisi lorsque le recourant prétend que la dernière instance cantonale compétente, administrative ou judiciaire, a commis une grave injustice dans l'application du droit cantonal.

De même, si en droit fédéral une matière civile décidée par le juge cantonal ne peut pas être attaquée par la voie d'appel ou recours ordinaire au Tribunal Fédéral — par exemple parce que la valeur litigieuse en jeu est trop faible, — il reste pour les décisions manifestement injustes le recours contre l'arbitraire. Si en matière pénale le Tribunal Fédéral ne peut être saisi par un pourvoi en cassation pour violation de règles du droit fédéral, par exemple s'il s'agit de fautes graves dans l'application du code de procédure cantonal, il y a encore le recours contre l'arbitraire. Et selon la jurisprudence, ce recours, qui érige le Tribunal Fédéral comme dernier censeur de l'activité des autorités cantonales, est également ouvert aux étrangers lorsqu'ils se croient victimes d'une décision arbitraire de l'administration ou du juge cantonal.

Je pense que même ceux qui ne connaissent pas, comme le juriste suisse, toute l'importance et toute l'étendue du recours contre l'arbitraire seront d'accord avec moi pour dire que dans cette application vaste de l'art. 4 de la Constitution fédérale, on va de la concrète-

tisation du principe d'égalité à sa transformation en garantie fondamentale de la justice, et que nous nous trouvons devant la suppléance d'une lacune laissée par le constituant. Si le Tribunal Fédéral accorde aux étrangers le recours pour inégalité que le constituant, pensant de prime abord aux droits politiques, avait réservé aux seuls Suisses, c'est encore la suppléance d'une lacune, et j'ajouterais même l'heureuse suppléance d'une lacune.

C'est encore la suppléance d'une lacune quand le Tribunal Fédéral déclare que la liberté d'association garantie par l'art. 56 de notre Constitution implique la liberté d'assemblée dont la Constitution ne parle nulle part. Et c'est toujours une suppléance de lacune lorsque le Tribunal Fédéral déduit de la liberté de presse garantie par l'art. 55, la garantie de la liberté d'expression dont la Constitution ne souffle mot, liberté qui doit être respectée par l'administration quand elle censure un film pour indécence, pour citer un arrêt récent.

Les exemples que j'ai donnés peuvent être considérés comme suppléance de lacune *intra constitutionem*, puisqu'ils se rattachent soit par concrétisation soit par analogie à une disposition écrite. Le Tribunal Fédéral va bien plus loin et reconnaît *praeter constitutionem* des droits constitutionnels non écrits. Ainsi, il a déclaré que la garantie de la propriété expressément mentionnée dans la presque totalité, mais non dans la totalité des constitutions cantonales, était un droit fédéralement protégé par la Constitution non écrite. Ce droit implique, selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral, le respect des droits acquis, de manière qu'une retraite accordée à un fonctionnaire par la loi cantonale ne peut lui être enlevée ou réduite par une loi postérieure. Le droit constitutionnel non écrit garantissant la propriété interdit aux cantons, selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral, d'imposer par la loi aux propriétaires de terrains des restrictions telles que l'usage normal de leur propriété ne soit plus possible, sauf si, dans ce cas, l'expropriation contre indemnité est prévue par la loi cantonale.

En 1896, le Tribunal Fédéral a déclaré illicite le boycott d'une association de boulangers contre un de ses membres parce que, sans aucun texte légal, il a reconnu aux commerçants un droit non écrit de liberté personnelle; le Code Civil, par ses art. 27 et 28, a expressément consacré cette liberté individuelle pour tout le domaine du droit civil. Ce qui toutefois n'a pas empêché plus tard le Tribunal

Fédéral d'admettre dans certaines circonstances la validité du boycott d'un outsider, mais ceci, d'accord avec la récente loi sur les cartels, seulement dans la mesure qui n'empêche pas le boycotté de faire concurrence aux membres de l'association. C'est ce que nous appelons le principe de la concurrence possible.

Dans sa jurisprudence toute récente, le Tribunal Fédéral déclare que la liberté individuelle est garantie par la Constitution non écrite comme un droit inaliénable et imprescriptible, droit qui ne peut être restreint par les autorités sans une claire base légale et que la loi ne saurait annihiler complètement.

Un trait caractéristique de la démocratie suisse est la décentralisation. Les compétences qui n'ont pas été transférées par la Constitution au pouvoir fédéral restent acquises aux cantons. Dans le canton même, une décentralisation typique pour une démocratie existe en ce sens qu'on considère que les communes ont un droit acquis à l'autonomie dans les domaines qui, historiquement, sont de leur compétence. Quelques constitutions cantonales garantissent expressément cette autonomie communale. On y tient à tel point qu'une commune qui se croit lésée par les autorités cantonales dans son autonomie, soit par législation dans des matières traditionnellement réservées à la commune, soit par une tentative de contrôler son pouvoir discrétionnaire, peut adresser un recours de droit public au Tribunal Fédéral. Celui-ci a d'ailleurs déclaré qu'il importait peu si l'autonomie communale était inscrite dans la constitution cantonale respective ou non, cette autonomie étant un droit non écrit garanti par la Constitution fédérale.

La base de la démocratie suisse est bien entendu la participation du peuple non seulement aux élections, mais aussi aux votations par le référendum, obligatoire partout pour les modifications de la Constitution, facultatif pour les lois fédérales, obligatoire ou facultatif, selon le canton, pour les lois cantonales. Le droit des citoyens de participer aux élections et votations fédérales est garanti par l'art. 43 de la Constitution. Là encore, les constitutions cantonales sont souvent moins explicites, mais le Tribunal Fédéral a déclaré, comme il l'a d'ailleurs aussi fait pour la séparation des pouvoirs, qu'il s'agissait de droits constitutionnels non écrits fédéralement garantis, même si la constitution cantonale ne les mentionnait pas explicitement.

Selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral, ces droits constitutionnels sont également garantis aux membres d'une paroisse religieuse dont les Églises sont reconnues par le canton comme corporation publique, ce qui est le cas dans la plupart des cantons pour les Églises protestante et catholique.

Dans un arrêt de 1929, le Tribunal Fédéral a décidé que selon les principes de la Constitution suisse, l'Église catholique romaine n'était pas en droit d'exclure de la paroisse un membre né catholique parce qu'il s'était marié avec une protestante et qu'il élevait ses enfants selon la foi protestante. Dans un autre arrêt du 17 février 1965, le Tribunal n'a laissé aucun doute sur le fait que quoi qu'en dise le droit canonique, il y avait des droits réservés à l'ensemble des membres de la paroisse, tels que l'élection des curés.

*
**

Je me suis arrêté longuement à ces exemples de concrétisation et de suppléance de lacunes de la Constitution pour démontrer la liberté du juge suisse dans l'application de principes généraux du droit. J'ai retracé l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle jusqu'aux décisions les plus récentes pour donner une vue d'ensemble de la suppléance de lacune en droit constitutionnel. Au moment de la promulgation du Code Civil de 1907 ce développement était déjà assez avancé. Dans la première édition de son Commentaire de la Constitution fédérale, édition publiée en 1905, Walter Burckhardt souligne déjà toute l'importance du recours contre l'arbitraire. Avant de parler du rôle du juge eu regard aux règles imprécises et les lacunes de la législation ordinaire, j'aimerais donner au moins un exemple où, longtemps avant la promulgation du Code Civil, le juge a fait acte de législateur. Je ne songe pas ici aux règlements en matière de poursuite et faillite que le Tribunal fédéral, par délégation expresse du législateur, rédige en forme d'ordonnances. Je pense plutôt aux règles établies par la jurisprudence du Tribunal Fédéral en matière de double imposition. La Constitution fédérale de 1874 n'établit pas ces principes et se contente de dire assez laconiquement : "La législation fédérale statuera les dispositions nécessaires... pour empêcher qu'un citoyen ne soit imposé à double".

Depuis 1848 jusqu'à 1914, les recettes fédérales provenaient d'impôts indirects, notamment de la douane, tandis que les impôts directs étaient réservés aux cantons et communes qui, encore aujourd'hui, perçoivent la part du lion des impôts directs.

Devant le silence de la Constitution fédérale de 1848, c'était jusqu'en 1874 le Conseil Fédéral qui tranchait les conflits de double imposition surgissant entre cantons et contribuables dans des cas d'espèce. Dès le 1^{er} janvier 1875, cette compétence fut attribuée au Tribunal Fédéral. Dans les premiers cas à juger, celui-ci se contenta de maintenir la pratique établie par le Conseil Fédéral afin de "ne pas anticiper l'œuvre du législateur".

Cependant, les Chambres fédérales n'arrivèrent pas à se mettre d'accord sur les principes à établir pour éviter la double imposition. C'est alors que le Tribunal Fédéral, dans les recours de droit public formés année après année soit par les cantons intéressés, soit par les contribuables, fit acte de législateur et créa du néant, petit à petit, les principes de rattachement fiscal. Ces principes sont considérés aujourd'hui comme tellement clairs et équitables que personne ne songe sérieusement à les codifier sous une forme de loi rigide plus difficile à adapter à des circonstances nouvelles.

Il s'agit là d'un secteur du droit public où, par la force des choses, le juge a été amené à assumer le rôle de législateur, parce que le Parlement, appelé par la Constitution à le faire, avait fait défaut.

Examinons maintenant l'attitude du juge suisse devant les lacunes qu'il rencontre dans la législation fédérale. En matière constitutionnelle, nous avons pu constater que, notamment par la reconnaissance graduelle de nouveaux droits individuels, la concrétisation de termes génériques qui se veut interprétation devient peu à peu suppléance de lacunes. Ceci est vrai aussi pour le droit ordinaire.

Si nous nous penchons en premier lieu sur le droit civil, c'est que le Code des Obligations de 1881 est riche en termes génériques et non définis par la loi. Dans son commentaire du Code des Obligations publié en 1883, le juge fédéral Hafner écrit que c'est la fonction des tribunaux de développer les principes généraux dans l'interprétation du Code, "car, dit-il, le silence de la loi vient du fait que le législateur a estimé qu'il n'était pas opportun d'établir des règles trop précises qui gêneraient le juge plutôt que de l'aider. On voulait laisser à la

jurisprudence — assistée par la doctrine, — l'application et l'élaboration (*Ausbildung*) des meilleurs principes" ⁽⁶⁾.

Cette élaboration énoncée par Hafner n'est-elle pas, tout en se voulant interprétation, en partie suppléance de lacunes?

Les termes généraux du Code des Obligations de 1881 étaient surtout des termes empruntés au droit romain; il est donc naturel que le juge suisse ait puisé dans la doctrine des pandectistes, mais il a souvent eu la liberté de trouver des solutions nouvelles, mieux adaptées aux besoins du jour; et les plus importantes de ces solutions ont été incorporées au texte de la loi lors de la révision du Code des Obligations de 1911. Tout cela démontre que les formules célèbres de l'art. 1^{er} de notre Code Civil n'étaient pas toutes des innovations. Cet article impose au juge une hiérarchie. En premier lieu, le juge devra appliquer la loi; à défaut de loi applicable, il se conformera au droit coutumier et, en dernier lieu, il agira selon sa conviction. Mais il n'est pas libre quant à la méthode à suivre pour former sa conviction. Si le Code exige du juge qu'il décide "selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur", cela est plutôt une limitation qu'autre chose. Comme l'a précisé Eugen Huber dans l'exposé des motifs de l'avant-projet du Code Civil, cela veut dire qu'"il ne doit pas statuer arbitrairement, sous l'influence de circonstances momentanées, pitié, indignation, animosité personnelle, mais agir comme si, faisant office de législateur, il avait à édicter une règle pour l'appliquer ensuite à l'espèce qui lui est déférée".

Le droit coutumier joue en droit civil, comme d'ailleurs dans les autres branches du droit suisse, un rôle insignifiant. Avant l'entrée en vigueur des lois civiles fédérales, un droit coutumier pouvait se former dans les divers cantons, et ceci de manières fort différentes. Les cas où le Code Civil ou le Code des Obligations se réfèrent aux usages locaux sont rares, et c'est seulement dans ces cas, par exemple au sujet du délai de dénonciation du bail à loyer, qu'un droit coutumier guidera le juge. Dans la presque totalité des cas à trancher par le juge en matière civile, ce seront donc les dispositions au sujet de l'interprétation ou de la suppléance des lacunes qui devront être suivies par lui.

⁽⁶⁾ H. HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zurich (1883), Einleitung, p. XXV.

Le texte français est le seul des trois textes qui, dans son premier paragraphe, fasse allusion à l'esprit de la loi, et non seulement à l'interprétation tout court (texte allemand) ou au sens de la loi (texte italien). Si le juge tient compte de l'esprit de la loi, et un juge averti le fera toujours, il prendra en considération l'ensemble des valeurs juridiques protégées par la loi et il fera, dans l'interprétation de termes indéterminés, acte de législateur. Dans ce cas, la méthode d'interprétation selon le paragraphe 1 et la méthode de suppléance de lacune selon le paragraphe 2 deviendront sensiblement similaires.

C'est ce qui s'est produit dans notre jurisprudence et nos auteurs ne cessent de le confirmer. Selon Walter Burckhardt, publiciste et méthodologue très apprécié, il n'y a aucune différence de méthode, et seulement une différence de degré entre la suppléance de lacune, l'extension d'une règle par analogie et l'interprétation pure et simple. Dans les trois cas, le juge décidera comme un législateur le ferait, en recherchant la solution juste par une appréciation objective des intérêts en jeu. Nous approuvons la thèse de Burckhardt sous la réserve, quant à l'interprétation, qu'il s'agisse d'interpréter des termes génériques (7). Inversement nous pouvons dire, en paraphrasant Walter Burckhardt, que le juge suppléant aux lacunes de la loi "selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur" suit de près la méthode prescrite pour l'interprétation; car même s'il ne se réfère pas à un passage déterminé du Code, il devra décider selon l'esprit de la loi. Ainsi le juge qui comble une lacune n'a pas la liberté du législateur qui peut repartir à neuf en dérogeant aux lois antérieures: le juge devra toujours respecter l'ensemble de la législation. en vigueur, les valeurs et principes qui en découlent.

Quant au troisième paragraphe de l'art. 1^{er} du Code Civil, il confirme ce que nous venons de dire au sujet de la similarité de méthode dans l'interprétation de termes imprécis selon le paragra-

(7) Cf. BURCKHARDT, *Die Lücken des Gesetzes*, Berne 1925; dans un ouvrage publié en 1936 sous le titre *Méthode und System des Rechts* (p. 280), le même auteur soutient qu'interprétation et suppléance de lacunes sont en pure logique des termes identiques; cette équation est à notre avis incompatible avec l'article 1^{er} du Code Civil suisse. Nous pensons que l'interprétation d'un terme précis de la loi, laisse peu de liberté au juge et ne saurait se confondre avec la suppléance de lacunes; mais dans la mesure où des termes choisis par le législateur seront génériques, l'interprétation se rapprochera de la suppléance.

phe 1 et dans la suppléance de lacunes selon le paragraphe 2. Dans les 2 cas, le juge s'inspirera des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. Cela lui laisse malgré tout une grande liberté, car c'est lui qui décidera si les solutions offertes par la doctrine ou la jurisprudence traditionnelle sont vraiment justifiées, si elles ont fait leurs preuves. La seule chose que le Code ordonne ici, c'est que le juge, avant de décider, prenne connaissance des solutions approuvées ou préconisées par la doctrine, et de celles contenues dans la jurisprudence antérieure. Le juge en pèsera la valeur et — ou bien se ralliera à une des solutions décelées, ou bien en créera une nouvelle.

Même si le Code n'avait rien dit de la jurisprudence, le juge suisse n'aurait guère agi différemment, car l'égalité devant la loi, la sécurité du droit et la dignité même du tribunal exigent que celui-ci ne se départisse pas de la jurisprudence antérieure sans avancer des raisons valables qui justifient une modification.

Si vous comparez les considérants laconiques de votre Cour de Cassation avec la motivation contenue dans les jugements suisses, vous trouverez souvent dans ces derniers des exposés fort étendus au sujet de la doctrine avec des citations d'auteurs suisses et étrangers et même des citations de thèses de doctorat ! Mais il serait erroné d'en déduire que la doctrine joue pour le juge suisse un rôle capital. Elle n'est certes pas négligeable dans de nombreux cas où il y a eu revirement de jurisprudence, mais quelquefois un étalage de doctrine n'est là que pour persuader le perdant qu'il est dans son tort, ce qui réussit rarement.

Sans renvoyer ni à la jurisprudence, ni à la doctrine, l'art. 4 du Code Civil engage le juge, lorsque la loi réserve expressément son pouvoir d'appréciation, à "appliquer les règles du droit et de l'équité". Le pensée du législateur est mieux rendue par le terme utilisé dans le texte allemand de l'art. 4, "Recht und Billigkeit". Ce ne sont précisément pas des règles préconçues que le juge applique en appréciant les circonstances, les justes motifs, etc., tout au contraire, c'est lui qui établit les règles conformément au *ius aequum* opposé au *ius strictum*. Sans que le texte allemand ou italien exige l'application d'une règle, le juge, pour être équitable, devra respecter le principe d'égalité devant la loi et ainsi, une chaîne de jugements dans des cas similaires finiront par former une jurisprudence constante, une règle créée par le juge. Le poids qu'il aura donné aux

circonstances pour apprécier l'indemnité à accorder aux orphelins par exemple d'une victime du trafic — culpabilité, âge, situation professionnelle, etc., servira de modèle et précédent pour l'arrangement à conclure avec la compagnie d'assurances ou pour une demande en justice dans des cas futurs. Ce qui nous frappe, c'est la très grande liberté d'appréciation que l'art. 4 semble laisser au juge, liberté plus grande que celle accordée par l'article 1^{er}; elle amènera en pratique le juge à se servir des mêmes méthodes. C'est aussi ce que constate le professeur Meier-Hayoz dans son commentaire, lorsqu'il dit que le jugement doit être motivé objectivement, ce qui conduit nécessairement à l'établissement de règles générales abstraites. Et la doctrine ne tardera pas non seulement à enregistrer cette jurisprudence, mais à la commenter pour l'approuver ou la critiquer.

S'il y a une différence entre l'appréciation du juge selon l'art. 4 et la suppléance de lacunes selon l'art. 1^{er}, c'est que dans le cas de l'art. 4, le juge tiendra compte dans une large mesure des intérêts des parties dans le cas concret. Cependant, s'agissant de l'art. 1^{er}, il recherchera de prime abord la règle abstraite à formuler pour les intérêts qui s'opposent dans des cas typiques. Comme le disent MM. Rossel et Mentha : "(le juge) crée du droit objectif pour la cause qui lui est soumise, en tenant compte ... de la répercussion que sa décision pourrait avoir dans l'avenir".

En droit civil le juge a toujours eu une réticence 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. C'est ce que le Tribunal Fédéral appelle la méthode objective et téléologique, qu'il définit comme suit : "La jurisprudence affirme que la volonté du législateur doit être dégagée de la loi elle-même, de son texte, de sa logique interne et de son but; elle affirme aussi que ce qui importe, ce n'est pas le sens que le législateur historique a pu attribuer à une disposition, mais celui qui ressort de tout le système de la loi, compte tenu des circonstances actuelles".

Souvent aussi le Tribunal Fédéral parle de son devoir de peser les intérêts en présence (*Interessenabwägung*).

Ces méthodes d'interprétation ont rendu d'énormes services dans l'adaptation du texte légal aux besoins de la vie, car en utilisant ces

méthodes, le juge n'a jamais perdu de vue le but final du législateur, qui est l'équité. Cependant, dans son effort de servir l'équité, le juge a parfois donné des interprétations incompatibles avec le texte de la loi. Permettez-moi de vous en citer un exemple. Conformément à l'art. 679 du Code Civil, le propriétaire foncier est responsable du dommage qu'il cause en excédant son droit. Un propriétaire genevois, lors de travaux faits à son immeuble — et ceci avec autorisation accordée par le Département des Travaux publics, — avait utilisé la voie publique pour y ériger un échafaudage pendant la durée des travaux; cet échafaudage rendait difficile l'accès du magasin de tabac d'un voisin. Celui-ci demanda en justice des dommages-intérêts pour le tort causé à son commerce. Le Tribunal Fédéral, dans un arrêt du 19 septembre 1957, décida que le propriétaire était en effet responsable pour dommages-intérêts conformément à l'art. 679 du Code Civil, puisque les inconvénients causés au voisin, malgré l'autorisation officielle d'ériger l'échafaudage sur la voie publique, devaient être considérés comme un excès du droit de propriété interdit par l'art. 679, donc un acte illicite.

Cette interprétation de l'art. 679 fut critiquée à juste titre dans une revue de droit suisse par le professeur Liver.

Dans un arrêt du 18 janvier 1965 et dans un cas où les faits étaient identiques, sauf que la ville en question était Bienne et le magasin lésé une confiserie, le Tribunal Fédéral déclara que le constructeur ne pouvait être rendu responsable pour un acte illicite selon l'art. 679 du Code Civil, qu'il s'agissait là d'une lacune de la loi que le juge devait combler en faisant acte de législateur. Au moment de la rédaction du Code Civil, dit le Tribunal, on ne connaissait pas encore les méthodes techniques actuelles qui, pour les grues et les bétonneuses, nécessitaient l'utilisation de la voie publique et importunaient les voisins de façon disproportionnée. Dans cette nouvelle situation, il fallait établir la règle que le propriétaire foncier était responsable aussi du dommage qu'il causait à autrui en faisant dans son propre intérêt un usage licite mais disproportionné de son droit de propriété.

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. Cela est à mon avis regrettable, car le juge n'a aucune raison de ne pas admettre des lacunes qui

existent, pourvu qu'il se garde de combler de telles lacunes *contra legem*, ce que l'art. 2 du Code Civil ne l'autorise pas à faire.

*
**

En droit pénal et en droit administratif, ce sont en principe les mêmes méthodes qui s'appliquent pour l'interprétation de la loi et pour la suppléance de lacunes. Dans quelques codes de procédure moderne, le législateur cantonal a incorporé textuellement les règles de l'art. 1^{er} du Code Civil. Cependant il y a une chose que nous ne devons pas oublier : s'agissant de droit public, les commandements de la Constitution jouent un rôle primordial. Cela signifie qu'en droit pénal, selon le principe *nulla poena sine lege*, aucun crime non prévu expressément par la loi ne saurait être créé par interprétation extensive ou par suppléance de lacune, et aucune peine ne saurait être aggravée au delà de ce qui est prévu dans le texte; c'est-à-dire qu'en matière pénale, la suppléance de lacune, assez fréquente dans la pratique suisse opérera essentiellement en faveur de l'accusé.

En droit administratif c'est un principe constitutionnel primordial que l'administration peut seulement agir dans l'intérêt public et que des limitations de la sphère privée par l'administration doivent être proportionnées au but à atteindre. Dans certains secteurs, comme en cas de restrictions imposées à la liberté individuelle ou au droit de propriété, le droit constitutionnel suisse exige en outre une base légale claire; la même chose est vraie pour les charges fiscales. Et dans tous les secteurs du droit administratif, il faudra respecter le principe d'égalité. La doctrine du droit administratif préconise en outre comme un principe de l'état de droit une base légale pour toute intervention de l'administration dans la sphère privée et même pour toute norme de droit public. Exposant cette doctrine dans son ouvrage sur les *Principes généraux du droit administratif dans l'état de droit*, ouvrage publié en 1960, le professeur Giacometti arrive à la conclusion rigoureuse qu'en droit administratif la suppléance de lacunes est strictement réservée au législateur et que même le procédé de subordonner un cas non réglé par la loi par analogie à une norme légale établie pour un cas similaire est interdit à l'administration et au juge. Mais dans la pratique, ce postulat n'est guère réalisable. Nous considérons comme utopique et même peu sou-

haitable une séparation aussi dogmatique des pouvoirs. L'évolution moderne de la technique est si rapide qu'il est littéralement impossible au législateur de prévoir à l'avance des règles précises pour les sphères de plus en plus vastes dans lesquelles l'administration est appelée à intervenir. C'est pourquoi le législateur se contente souvent, en Suisse, d'établir des principes généraux à l'aide de termes indéterminés, comme on le fait aussi en droit civil. Il le fait d'ailleurs non seulement par nécessité, mais aussi par sagesse. S'il avait le souci de tout prévoir en détail, ses réglementations deviendraient rapidement surannées et devraient fréquemment être changées.

Personnellement, je pense que l'énonciation des principes généraux qui doivent guider l'administration est souvent préférable à une réglementation trop poussée dans les détails, et qui serait modifiée sans cesse par de nouveaux règlements qu'on aurait peine à suivre. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la tendance présente en Suisse cherche le remède contre l'arbitraire de l'administration dans le contrôle par le juge administratif, contrôle qui, à l'époque actuelle, est encore incomplète chez nous.

La doctrine du droit administratif suisse, nous venons de le dire, s'est prononcée plutôt contre le droit de l'administration et du juge administratif de suppléer aux lacunes de la loi. Mais en pratique, le juge a souvent fait cela en appliquant les principes de l'art. 1^{er} du Code Civil, sans nécessairement s'y référer.

Comme le juge civil, le juge administratif supplée aux lacunes en recherchant le but du législateur; si celui-ci a donné une certaine mission à l'administration sans désigner l'autorité compétente, le juge considérera en faisant acte de législateur si l'autorité qui se prétend compétente est la mieux équipée pour atteindre la finalité de la loi.

Devant le silence de la loi administrative, le juge administratif a souvent emprunté aux principes généraux du droit privé et plus particulièrement du Code des Obligations les règles applicables à la prescription, à la compensation, à la cession de droit, etc... Quand le législateur a omis de parler de la prescription d'impôts ou autres charges fiscales, ils ne sont néanmoins pas imprescriptibles; pour les prestations périodiques, la prescription sera de cinq ans, et pour les autres prestations, de dix ans, comme en droit civil.

En matière d'assurances sociales, le tribunal fédéral des assurances

a décidé qu'une prestation due selon la lettre de la loi devait être refusée par l'administration si dans le cas concret la réclamation équivalait à un abus de droit. Le juge administratif applique ici le principe exprimé à l'art. 2 du Code Civil : "L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi". Dans une décision récente, le Tribunal Fédéral a déclaré que l'administration des impôts était obligée de s'en tenir aux informations fournies à un contribuable au sujet des conséquences d'une amnistie fiscale, même si les informations en question avaient été erronées. Le Tribunal Fédéral applique ici, par suppléance de lacune, les règles de protection de la bonne foi du droit civil.

Quoi qu'en disent certains théoriciens du droit administratif, le juge a donc, en supplant des lacunes, fait de certains principes énoncés par le législateur seulement pour le droit civil, des principes généraux applicables aussi en droit public.

*
**

Nous arrivons ainsi à la fin de notre exposé et nous résumant, nous pouvons dire que le législateur suisse n'a jamais eu l'ambition de tout régler, qu'il s'est toujours rendu compte que c'était au juge qu'incombait une partie importante de la création du droit, et il lui a confié la mission de concrétiser les termes indéterminés, de combler les lacunes. Le juge suisse, nous l'avons vu, a essayé de remplir cette mission. Lors de l'entrée en vigueur du Code Civil, en 1912, cette tradition, cette jurisprudence dont le juge devait s'inspirer était, à part le droit des obligations, pratiquement inexistante. Le juge était donc nécessairement créateur, il l'était pour le droit civil, comme il l'avait été auparavant — et comme il l'est encore — pour le droit constitutionnel et le droit public.

Enfin, nous allons nous poser une dernière question : Quelle est l'attitude des juges devant les volumes de jurisprudence de plus en plus dense qui sont les fruits du travail de leurs prédécesseurs et du leur ? Une fois concrétisés les termes génériques, une fois comblées les lacunes se manifestant au cours de nombreux litiges, que reste-t-il à faire au juge ? Se retranchera-t-il derrière ce que l'on appelle la jurisprudence constante, ou s'efforcera-t-il au contraire de la rajeunir, de l'adapter aux circonstances nouvelles ? Je ne vous cache

pas que le juge suisse a la tendance d'être conservateur. On ne saurait le lui reprocher, car les principes que nous avons nous-même énoncés, d'égalité et de sécurité du droit, s'opposent à de brusques et trop fréquents changements de la jurisprudence. Cependant la fonction du juge ne sera jamais une fonction de tout repos. Comme les textes écrits par le législateur, les règles abstraites contenues dans les jugements prononcés devront être sans cesse confrontés avec l'idéal d'équité qui est le même pour le législateur et pour le juge.

En Suisse, on peut assister aux délibérations des Chambres de Droit public et de Droit civil. Ainsi j'étais présent à une séance du Tribunal Fédéral à laquelle participait un de nos grands juges, décédé depuis, M. Plinio Bolla. Dans la délibération du cas qui m'intéressait, il s'opposa à la proposition du rapporteur de suivre la fameuse jurisprudence constante. "Si l'on voulait toujours suivre les précédents, s'écria M. Bolla, notre Tribunal n'aurait plus de raison d'être !"

Le dialogue entre la règle abstraite et les exigences de la vie ne sera jamais épuisé. Il y aura donc toujours de nouvelles lacunes à suppléer.

Université de Bâle

E. WOLF