UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Livre 1982

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? : (quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code civil suisse)

Perrin, Jean-François

How to cite

PERRIN, Jean-François. Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? : (quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code civil suisse). Genève : CETEL, 1982. (Travaux CETEL)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4985

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Travaux CETEL, no 21

Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ?

Jean-François PERRIN*

(Quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code civil suisse)

Exposé présenté au Centre de Philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles, le 6.2.1982.

* La présente étude s'insère dans une recherche, effectuée en collaboration avec Mme Dominique MANAÏ, qui porte sur la nature du rapport du juge à la loi.

TABLE DES MATIERES

A./ Quels cadres conceptuels faut-il tracer pour traiter des "notions juridiques à contenu variable" en droit suisse ? p. 1

B./ Le législateur a-t-il pensé aux "notions juridiques à contenu variable" ? p. 5

C./ Existe-t-il, au niveau de la pratique judiciaire, nécessairement une différence entre les concepts précis et les concepts à contenu variable ? p. 13

D./ Comment le juge définit-il son pouvoir en matière de mise en oeuvre de notions juridiques à contenu variable ? p. 17

E./ En quoi consistent "les règles du droit et de l'équité" ? p. 37

F./ Quelle est "l'utilité" du concept de "notion juridique à contenu variable" ? p. 40

G./ Approcher les notions juridiques à contenu variable autrement ? p. 41

Notes p. 44

Liste des abréviations p. 51

Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ?

(Quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code civil suisse)

A./ Quels cadres conceptuels faut-il tracer pour traiter des "notions juridiques à contenu variable" en droit suisse ?

Il est probablement possible d'échanger des idées d'une manière profitable, en droit comparé, concernant la "clause pénale" ou "l'obligation propter rem". La communauté des juristes admet au départ l'existence d'un vocable commun, certes susceptible d'une définition spéciale pour chaque pays mais couvrant en tout cas une homogénéité conceptuelle suffisante pour que les comparatistes puissent s'entendre. Ce point de départ par le "vocable", par l'"étiquette" qui couvre le concept, pour dérisoire ou formel qu'il puisse paraître à première vue, n'en est pas moins précieux pour autant. Le sujet que nous abordons apporte une bonne illustration de cette affirmation. Lorsque, au départ, un tel "mot" fait défaut, le cadre général de la problématique est extrêmement difficile à tracer et le danger d'un dialogue de sourds est très menaçant. Il est constant et connu que la théorie générale du droit plus que d'autres branches du savoir juridique vit et survit avec ce mal endémique qu'est l'absence de conventions solides pour la dénomination des concepts majeurs. A certains égards, plus les concepts sont importants et généraux, plus ils sont personnalisés par les chercheurs. La raison réside peut-être dans le fait que les notions juridiques vérita-

blement premières ne sont pas très fréquemment "agitées" par la jurisprudence, qui a de bonnes raisons pour esquiver, si c'est possible, les affres des grands débats théoriques. Les concepts techniques sont évidemment utilisés beaucoup plus couramment; il est dès lors normal que la communauté des juristes finisse par parler, à leur égard, un certain langage commun.

Il faut proposer une méthode pour sortir de cette difficulté, soit, en l'occurrence, pour exprimer sur le thème des notions juridiques à contenu variable des réflexions de théorie générale du droit qui soient à la fois positives, c'est-à-dire non-spéculatives, et comparatives, c'est-à-dire susceptibles d'être exprimées sur un "diapason" qui permet la communication.

Le premier réflexe méthodologique consiste à se mettre d'accord sur une série d'exemples de notions juridiques à contenu variable avec l'ambition de tenter l'édification en amont, par la voie de l'induction, d'une théorie susceptible de rendre compte de caractéristiques communes à chacune. Ainsi nous a-t-on proposé une série de notions à contenu variable en droit : "les bonnes moeurs", "l'ordre public", "la bonne foi", "l'équité". Il s'agit, et c'est une évidence de le dire, de vocables (sinon de concepts) communément admis et utilisés par la communauté des juristes même si l'accord est bien précaire dès qu'il s'agit de poser une définition. A cet égard, il est révélateur que les différences les plus radicales persistent, en droit international public, sur la "positivité" du recours à "l'équité". Il est piquant de constater qu'il existe des opinions

dissidentes sur la question - pourtant fondamentale ! - de savoir s'il s'agit d'une notion juridique à laquelle on peut avoir recours sans autres dans le cadre d'un raisonnement de droit positif ou si, au contraire, il s'agit d'une notion morale dans laquelle il n'est permis de puiser qu'avec l'autorisation préalable des parties au litige.[1] On le voit, la reconnaissance d'un vocable commun ne mène pas toujours très loin ! Il faut admettre cependant que les quatre exemples possèdent presqu'à coup sûr, en droit interne, une signification qui peut être arrêtée par référence à des textes légaux. Si, par hypothèse, ces quatre exemples sont des "notions juridiques à contenu variable", nous pouvons essayer de rechercher ce qu'elles ont de commun.

Pour simplifier la problématique - et nous verrons que cette réduction n'est pas arbitraire - il paraît utile de focaliser l'observation sur l'un de ces vocables (ou concepts) qui est probablement le paradigme des autres. Il s'agit de l'équité. Le droit positif helvétique, tant légal que judiciaire, utilise très généreusement cette notion lorsqu'il s'agit de définir a priori, dans la loi ou à l'occasion de sa mise en oeuvre, la nature du rapport du juge à la loi. Nous verrons aussi que c'est en utilisant cette notion que le législateur fédéral a tenté d'exprimer en termes globaux (et peut-être ambigus ?) la norme du rapport du juge à la loi, c'est-à-dire une théorie de la légalité qui est originale à certains égards et en tout cas très marquée par l'histoire et le lieu de sa production. Nous allons en effet montrer que la rédaction de l'article 4 du code civil fut l'occasion d'un débat et d'une tentative de "décision" sur la question du rapport du juge à la loi, donc, c'est du moins notre thèse, l'occasion de l'édiction d'une norme qui pourrait bien être,

malgré sa place (dans le code civil et non pas dans la Constitution), un principe, une "directive" que doit respecter le juge lors de la mise en oeuvre de ce que nous sommes invités à appeler "notions juridiques à contenu variable".

A cet égard, l'étude du "cas" suisse peut paraître intéressante pour une série de raisons historiques et politiques. Cet ordre juridique d'Europe centrale se trouve situé au carrefour des influences, notamment pris entre les feux croisés des acceptions germaniques et françaises du principe de la légalité, le tout compliqué encore par la nécessité politique du respect de diverses identités culturelles, consécutif à l'existence d'un système fédéraliste qui n'est pas artificiel. Enfin, la nécessité juridique de gérer tous les concepts dans les trois langues nationales implique aussi des possibilités de comparaison qui sont fort utiles d'un point de vue scientifique puisqu'il faut veiller sans cesse au fait que les termes utilisés recouvrent bien une problématique identique dans les trois cultures. Nous verrons que cette nécessité est probablement plus fertile s'il s'agit d'analyser la jurisprudence que la doctrine. Les juges, parce qu'ils produisent des textes officiels, sont contraints de veiller plus scrupuleusement à utiliser des notions qui existent dans les trois langues. Par contre, la doctrine peut choisir de privilégier ses sources d'information; les auteurs suisses alémaniques et romands possèdent manifestement - nous le démontrerons encore - des sources d'inspiration extérieures qui sont orientées chacune vers des cultures juridiques différentes.

B./ Le législateur a-t-il pensé aux "notions juridiques à contenu variable" ?

Les quatre exemples retenus ont au moins - et en première analyse - ceci de commun qu'ils impliquent, pour être mis en oeuvre, un recours à des contenus normatifs extra-légaux; ils souffrent donc d'indétermination en ce sens qu'ils ne s'auto-suffisent pas : ils ne constituent pas en eux-mêmes une source de sens qui permet, à partir de leur seul énoncé, la mise en oeuvre de syllogismes judiciaires. Mais quelle est la nature de cette indétermination ? Une deuxième particularité apparaît immédiatement. L'auteur normatif (par exemple le législateur), qui utilise un tel concept, ne peut pas ne pas avoir conscience du flou (2) qu'il crée par le simple usage de telles notions. Il ne peut pas ne pas savoir qu'il fait référence à des éléments normatifs extra-légaux; leur simple usage implique une "invitation" - impérative puisque l'on doit appliquer les normes qui contiennent ces notions - à spécifier ce qui a été volontairement désigné sous une dénomination globalisante (3). Nous sommes en présence de ce que KELSEN appelle une "indétermination volontaire". Cette dénomination fait référence à une grande distinction - qui structure toute la théorie de l'interprétation chez cet auteur - entre l'indétermination volontaire (ou intentionnelle) et l'indétermination involontaire (ou accidentelle) de l'acte d'application du droit (4). Il montre bien qu'il y a une espèce d'abus de langage dans le fait d'utiliser le mot "interprétation" pour qualifier l'activité intellectuelle de spécification des indéterminations volontaires. Pour cet auteur, il s'agit

fondamentalement d'une activité créatrice, en d'autres termes d'un pur acte de volonté. Il faudrait donc, en bonne logique, - soit exclure complètement de la problématique de l'interprétation toute l'activité visant au comblement des lacunes proprement dites (praeter ou intra legem), - soit au moins distinguer clairement un sens étroit de la notion d'interprétation qui ne couvrirait que l'activité tendant à réduire les indéterminations involontaires
d'un sens large couvrant à la fois cette activité que KELSEN qualifie de "scientifique" et l'autre qu'il définit comme "acte de volonté". KELSEN perçoit la gravité du syncrétisme (voire de la confusion) couvrant le mot "interprétation" dans le langage des juristes puisqu'il va parfois jusqu'à affirmer que l'activité de comblement des lacunes ne doit pas s'intituler activité d'interprétation. Ainsi dans le passage suivant : "Le comblement d'une soi-disant lacune dans le droit est une fonction de création du droit qui ne peut être accomplie que par un organe d'application du droit(...)et ce n'est pas par voie d'interprétation du droit en vigueur que se réalise cette fonction."[(5)]. Le Titre préliminaire du Code civil suisse (dont les dispositions sur ces questions (articles 1 et 4) sont aussi susceptibles d'extension hors du droit privé) contient les énoncés nécessaires pour que ce clivage premier soit effectivement retenu et clairement admis. Hélas pour la simplicité de nos développements, il n'en est au fond rien dans la pratique pour de nombreuses raisons qui sont très révélatrices de la liaison qui unit fondamentalement notre sujet à la théorie de la légalité et à ses diverses acceptions qui sont fonction de l'histoire et de l'idéologie. La doctrine classique suisse de l'interprétation, particulièrement celle qui s'est exprimée durant les deux premières décades qui ont suivi la deuxième guerre mondiale admet implicitement l'existence de ce clivage (entre acte de simple application et interprétation

créatrice) mais, après l'avoir reconnu, n'en tient au fond plus aucun compte. Des auteurs tels que DEPASQUIER, YUNG et GERMANN[6] indiquent bien d'une manière liminaire qu'il faut distinguer la question de la clarté de la question de l'extension. Il découle cependant de leurs développements que ces précautions sont académiques puisqu'ils considèrent ensuite que toute la problématique est régie par les mêmes règles. Les difficultés de "percement" de cette distinction s'expliquent aisément par l'effet conjugué d'obstacles à la fois dogmatiques et pratiques à sa prise en compte. Au plan dogmatique d'abord, l'admission de la notion d'indétermination volontaire implique la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire autonome, plus exactement l'admission du fait que l'acte juridictionnel peut être plus qu'un simple acte d'application du droit. Ce vieux débat constitue une toile de fond qu'il ne faut pas oublier. CARRE DE MALBERG[7] a montré que l'acception stricte du principe de la légalité conduit à une théorie légitimant l'existence de deux et non pas de trois pouvoirs. On a certes dit et écrit abondamment que le Code civil suisse consacrait le triomphe des idées de François GENY.[8] La libre recherche scientifique serait parvenue à la fois à formaliser et à institutionnaliser ses idées fondamentales en faisant reconnaître aux articles 1, 2 et 4 du Code civil suisse[10] l'existence d'un pouvoir créateur autonome du juge. A y regarder de plus près, le triomphe des idées de François GENY n'est pas aussi certain qu'il y paraît à première vue car ces dispositions - tout particulièrement l'article 4 qui concerne notre problématique au premier chef - ne sont pas dépourvues d'ambiguité. Ces textes qui concernent l'interprétation sont, eux aussi, sujets à interprétation et il n'est pas exclu qu'il soit possible de leur donner un sens moins "généreux" que celui qui avait été conçu par leur auteur "réel"[10]. De plus, l'admission "officielle" du principe du pouvoir créateur des juge n'entraîne

pas nécessairement l'accord de tous sur la question de la dimension de ce pouvoir et sur son articulation avec le pouvoir législatif. En d'autres termes, le vieux débat ressurgit au moment où il s'agit de concrétiser les acquis de l'Ecole de la libre recherche scientifique. Quand a-t-on affaire à une "indétermination volontaire", c'est-à-dire à une habilitation délibérée en faveur du juge ? Même si l'on est contraint d'admettre le concept on peut encore s'affronter sur le terrain d'une délimitation faisant une place plus ou moins généreuse à l'autonomie de décision du juge. Ainsi pour les uns il ne s'agit au fond que d'une mise en oeuvre du principe de la légalité en ce sens que la notion juridique volontairement indéterminée est une habilitation au sens kelsenien du terme, liée à la norme d'essence supérieure. Le juge devra donc "prolonger" la loi à l'instar de ce que fait le gouvernement qui rend une ordonnance d'exécution. Au fond, il n'exerce pas tellement un pouvoir autonome mais est plutôt censé articuler fidèlement et plus précisément la volonté du pouvoir législatif.

Une thèse inverse "généreuse" à l'égard de l'autonomie du juge est soutenue par les partisans d'une légalité plus souple. L'indétermination volontaire étant reconnue dans son principe, elle constitue, dira-t-on dans cette perspective, un appel à combler le vide par la prise en considération de données non nécessairement préformées par l'ordre légal mais aussi et surtout par une interprétation autonome des aspirations et des besoins sociaux que le pouvoir judiciaire peut légitimement faire.

Contrairement aux apparences, ce dilemme n'est pas clairement tranché par le Titre prélimiraire du Code civil suisse. Il faut observer que les différents interprètes ont pu trouver dans les textes des arguments suffisants pour justifier leurs interprétations soit restrictives soit extensives du pouvoir créateur des juges.

Le courant légaliste reconnaît certes que l'article premier du Code civil admet en principe l'existence d'un pouvoir créateur autonome du juge.[11] Ce pouvoir ne doit cependant s'exercer qu'en présence d'une lacune proprement dite qui n'est pas une lacune par insuffisance et qui n'est dès lors qu'une faille dans la logique ou dans la systématique de la loi. Il s'agira donc au fond, plutôt d'une "indétermination involontaire". Or l'on sait que la gestion de ce type d'indétermination doit être l'oeuvre de l'interprétation au sens étroit. On voit donc que, malgré cette disposition, le pouvoir du juge ne peut s'exercer indépendamment d'une référence très classique à l'ordre légal ordinaire. Le même courant légaliste et rigoriste admettra certes que le juge est habilité par l'article 4 du même Code civil à exercer son pouvoir propre de décision dans les cas de délégations expresses, visés nommément par la lettre de l'article 4, voire dans les cas analogues.[12] Certes, dira-t-on dans cette perspective, cette disposition reconnaît officiellement un certain pouvoir normatif en faveur du juge. Mais quel pouvoir ? Le texte de l'article 4 peut être interprété a contrario et négativement : on ne consacre pas un pouvoir autonome du juge pour toutes les indéterminations, mais seulement pour celles qui sont visées par l'article 4. Dans une perspective légaliste on peut encore contester que l'article 4 consacre pour ces cas, un pouvoir véritablement "autonome". On peut en effet soutenir que la gestion des indéterminations qui sont "confiées" au juge par l'article 4 doit s'effectuer non seulement conformément à l'équité mais encore au droit, c'est-à-dire dans un système essentiellement légaliste, conformément à l'esprit de la loi. Ce texte serait donc une incitation à gérer un certain type de lacunes intra legem sur la base de raisonnements essentiellement systématiques et téléologiques.

A l'inverse, les thèses favorables à l'autonomie du pouvoir créateur du juge peuvent aussi mobiliser de très solides arguments. Elles se fondront d'abord sur une interprétation historique du Titre préliminaire. Manifestement ces dispositions clé ont été voulues par Eugen HUBER qui, dans de très nombreux écrits, a fait acte d'allégeance à une idéologie juridique qui n'était pas celle du légalisme classique[13]. Si l'article premier du Code civil n'autorisait l'identification des lacunes que par le recours à des procédés logiques et formalistes (à l'exclusion de jugements de valeur), ce texte ne servirait manifestement à rien ou enfoncerait des portes ouvertes. Les juristes des pays qui entourent la Suisse n'ont pas eu besoin d'une telle disposition légale pour découvrir des lacunes proprement dites en mettant en oeuvre l'interprétation systématique et même téléologique. Dès lors, si cette disposition a un sens, c'est évidemment celui qui consiste à légitimer une activité créatrice directement fondée sur une analyse des besoins sociaux bien articulée avec l'oeuvre législative. On soutiendra alors que l'article 1 du Code civil suisse fonde la compétence pour identifier une lacune lorsque le texte proprement interprété révèle une inadéquation inguérissable eu égard aux besoins sociaux auxquels il est censé répondre. Dans le droit fil de ces considérations, le même courant de pensées soutiendra que l'article 4 doit être conçu en principe non pas comme un moyen de limiter le pouvoir créateur des juges mais bien au contraire comme le lieu de sa reconnaissance explicite. On dira, en se fondant sur l'interprétation historique mentionnée ci-dessus, que la liste des cas nommément cités par le texte de la disposition ne peut à l'évidence être qu'une suite d'exemples. Ce texte ne saurait introduire des distinctions arbitraires selon que le législateur mentionne ou non tel vocable

utilisé pour fonder cette habilitation ou cette délégation en faveur du pouvoir judiciaire. L'article 4 vise les "circonstances" et les "justes motifs". Il ne vise pas nommément les délais "convenables" ou les montants "équitables". Donner une signification à ces discriminations confine à la plus totale absurdité. Manifestement le législateur a voulu gérer globalement tout le champ des indéterminations volontaires ou s'il a voulu introduire des discriminations il n'est pas parvenu à le faire clairement. Enfin on affirmera encore qu'il n'est pas soutenable de considérer que ce texte est destiné à enjoindre au juge d'exercer sa mission de spécification par une référence privilégiée à la "systématique" ou à "l'esprit" de la loi seulement. Certes la formule qui consiste à l'inciter à s'inspirer "des règles du droit et de l'équité" est ambiguë. Elle serait cependant tautologique si elle l'invitait à s'inspirer du droit positif seulement pour combler les lacunes intra legem puisque par définition la loi positive est muette sur la question qui doit être réglée. Manifestement, concluera-t-on dans cette ligne, ce texte veut légitimer un recours à des facteurs "extra-positifs". "Le droit et l'équité" c'est une formule de référence à la non-identité entre le droit et la loi; un appel à statuer en fonction du Droit et non pas seulement en fonction des lois, ... en fonction d'un Droit qui existe antérieurement à la loi et indépendamment d'elle, à ce que d'aucuns appellent le "donné", le "droit objectif"...ou le "droit social", pour reprendre diverses dénominations qui avaient couru chez les classiques de la libre recherche scientifique ou chez leurs "voisins" allemands du "Freies Recht"[14].

L'adoption par le législateur suisse des articles 1 et 4 du Code civil n'a au fond pas tranché définitivement la question qui était ouverte un siècle plus tôt par l'adoption

des articles 4 et 5 du Code civil français. On sait comment les mots "sous prétexte" de l'article 4 du Code civil français ont pu être interprétés d'une manière diamétralement différente selon que l'on est partisan d'une légalité pure et dure ou, au contraire, partisan du pluralisme des sources du droit. L'Ecole de l'Exégèse a puisé dans cette expression des arguments pour condamner tout recours à un pouvoir autonome des juges en matière de production normative.(15) Une philosophie du droit pluraliste est susceptible de puiser dans les mêmes mots la justification de sa thèse et d'y trouver la légitimation d'un pouvoir autonome des juges autorisés à utiliser l'équité même lorsqu'ils n'y sont pas expressément invités par le législateur. Ce conflit - tant en Suisse qu'en France ou en Belgique - porte donc formellement sur la portée de ces quelques dispositions des Titres préliminaires des grandes codifications, mais au fond sur la nature du pouvoir du juge et force est simplement de constater que l'adoption de ces dispositions légales n'a pas réglé la question de la nature de ce pouvoir. Les tenants des deux courants seront d'accord pour admettre que l'utilisation par le législateur de ces vocables généraux implique une habilitation implicite ou explicite à statuer normativement. Le grand conflit de doctrines renaît cependant immédiatement en contrebas de cette constatation. Les uns, les légalistes, affirmeront que cette habilitation n'est qu'une invitation à spécifier et à développer des idées et des valeurs d'ores et déjà préformées dans l'ordre légal. Les autres, les tenants du pluralisme, y verront au contraire une invitation à puiser l'inspiration dans ce fameux écart entre le Droit et la loi qui, selon eux, existe de par la nature des choses humaines ou sociales. C'est l'identité, la possibilité et la nature des sources d'inspiration méta ou extra-légales qui est en cause. Le conflit n'est, nous l'avons vu, pas dépassé. Les auteurs de doctrine sont fort à l'aise dans leur tour d'ivoire dogmatique. Les juges, qui sont sur le terrain, confrontés aux nécessités concrètes de l'administration de la

justice, eux, ne peuvent pas se contenter de formules théoriques. Ils doivent mettre en oeuvre des notions dont le contenu n'est pas complètement élaboré par la loi. Il y a donc une pratique de la question, tiraillée, d'après notre observation, entre les deux partis que nous avons mentionnés. Face à ce grand débat, le juge peut tirer son cadre de référence dans l'une ou dans l'autre des deux doctrines. Il pourrait être enclin aussi à refuser de prendre parti et à choisir des formules quelque peu syncrétiques qui ont, pour nous, l'inconvénient d'introduire une difficulté supplémentaire. L'approche de notre problématique par la description de la pratique est probablement, malgré ces difficultés, le seul moyen de poursuivre la réflexion puisque, nous l'avons vu, la doctrine est probablement bloquée par un conflit qui n'est pas en l'état dépassable et n'a pas été dépassé par l'adoption des dispositions légales qui sont censées régir la question.

C./ Existe-t-il, au niveau de la pratique judiciaire, nécessairement une différence entre les concepts précis et les concepts à contenu variable ?

Comment le juge gère-t-il les notions juridiques à contenu variable ? Comment, et cette interrogation a probablement une portée synonyme par rapport à la précédente, interprète-t-il ou comprend-il les directives générales que contient le Titre préliminaire du Code civil suisse, dispositions qui, nous l'avons déjà indiqué, peuvent être considérées comme susceptibles de s'appliquer par analogie en dehors du droit privé aussi. Deux difficultés liminaires doivent être présentées et il convient,

sinon de les dépasser, d'indiquer au moins le biais qui sera choisi pour les esquiver :

1) Le juge n'identifie pas toujours théoriquement la difficulté à laquelle il se trouve confronté. Le plus souvent il met en oeuvre des notions qui impliquent par la force des choses une activité de création de contenu sans qu'il soit vraiment conscient de la nature de l'opération qui est effectuée. En d'autres termes, il n'y a pas toujours un "discours" portant sur la conceptualisation de l'opération en cours. Elle n'en existe pas moins pour autant et il appartiendrait au chercheur d'en reconstruire la théorie.
Ce travail est susceptible d'être effectué mais il implique de grosses difficultés méthodologiques. La doctrine a peu l'habitude de procéder à de véritables "analyses de contenu" portant sur les décisions judiciaires, recherches dont l'objectif consiste à identifier les rouages substructuraux révélateurs des raisonnements effectifs (ou réels) et non pas seulement avancés sur le papier dans la motivation. Il faudrait pouvoir "décoder" ces discours judiciaires de spécification pour les analyser d'une manière structurale, au moyen des méthodes en usage dans les sciences sociales.

2) Il est évident que le caractère "précis" ou au contraire "variable" d'un concept ou, plus largement, d'un fait juridique quelconque, est lui-même une question d'interprétation. La pratique, et non pas la théorie de l'interprétation, nous enseigne que des notions qui furent dans l'esprit de leurs auteurs et dans la pratique parfaitement "précises" peuvent tout à coup à la suite d'un changement jurisprudentiel être affectées d'une indétermination partielle, voire totale. Les exemples sont nombreux et existent dans tous les systèmes juridiques. La pratique judiciaire a toujours conservé la possibilité de faire varier presque à l'infini la signification d'un même vocable. Grâce à cette possibilité qui appartient au do-

maine ordinaire de l'interprétation, la distinction entre les notions "précises" et celles qui ne le sont pas est extrêmement fuyante, au point que l'on pourrait avancer de bonnes raisons pour affirmer qu'elle n'existe pas. Ainsi en droit suisse, on peut citer l'exemple du mot "innocent" dans le cadre de l'interprétation ordinaire des articles 151 et 152 du Code civil. Ce concept clé détermine

le droit à des prestations alimentaires après-divorce. Si l'on se réfère au langage courant, l'innocence est une notion claire. Est innocent celui qui n'est pas coupable. En droit de la famille, le concept pourrait être considéré comme clair. Serait innocent l'époux qui n'a pas commis de violation des devoirs qui découlent du mariage. Mais un concept, tout clair qu'il soit du point de vue lexicologique - voire du point de vue de la dogmatique qui a prévalu lors de son utilisation par le législateur - peut progressivement, dans la pratique, être marqué ou entaché d'un flou envahissant qui est fonction de considérations non plus linguistiques mais éthiques. Ainsi la pression exercée par une nouvelle prise en compte des besoins sociaux gérés sous le couvert de l'équité va avoir pour conséquence l'introduction d'un flou, d'une "indétermination", sans changement du vocable. Progressivement, au fil des temps, l'innocent (en l'occurrence ce fut plutôt l'innocente !) changea de définition... afin de pouvoir bénéficier de prestations lorsque l'équité l'exige (18) (plus exactement lorsqu'une nouvelle perception de ce qui est équitable permettait de l'exiger !). On voit à travers cet exemple que le maniement de l'équité est susceptible de transformer en une notion à contenu variable n'importe quelle notion précise. Il s'avère donc que le juge peut, par le biais de la théorie de l'interprétation ou par le biais de ses pouvoirs normatifs extraordinaires (théorie de la lacune, articles 1 et 4 du Code civil suisse), utiliser l'équité pour transformer un concept précis en un concept flou ! Dès lors, au niveau de la pratique, notre sujet

perd beaucoup de son intérêt car la différence entre le précis et le flou est susceptible d'être estompée.

Nous avons donc montré que le discours judiciaire "pratique" la spécification des contenus juridiques sans toujours dire comment il procède et nous avons montré ensuite que la jurisprudence peut transformer les notions précises en notions à contenu variable. Ces obstacles ne sauraient cependant nous arrêter car ils sont constitutifs de situations qui sont ou du moins devraient être l'exception. On sait que l'on pourrait ne pas se déclarer convaincu par cette réflexion sur le caractère exceptionnel de ces cas de "distorsion" de concepts précis... le débat n'est pas clos concernant le caractère habituel ou normal, ou au contraire exceptionnel de ces situations, eu égard à la nature de la logique judiciaire. On peut cependant laisser ouverte cette question car nous entendons procéder à l'identification, non pas des processus logiques réellement utilisés mais bien des "discours" tenus par les juges concernant ces processus. Notre perspective n'est pas, ici, celle de la sociologie judiciaire mais bien celle de la théorie générale du droit. Notre objectif consiste à restituer non pas la logique effective mais la logique "dite", le "discours tenu" à l'occasion de la mise en oeuvre de notions juridiques à contenu variable.

D./ Comment le juge définit-il son pouvoir en matière de mise en oeuvre de notions juridiques à contenu variable ?

Il arrive que les juges identifient un concept comme étant une notion juridique à contenu variable et se posent théoriquement la question de savoir quelle est la nature de leur pouvoir en face d'une telle notion. Il existe donc une possibilité de traiter notre sujet en prenant appui, non pas seulement sur les grands écrits doctrinaux mais sur la description des discours judiciaires sur la question. Ces discours citent - mais non pas systématiquement nous le verrons - les cadres légaux que nous avons mentionnés et ils en donnent une interprétation. Les juges reproduiront-ils, au niveau de l'interprétation des articles 1 et 4 du Code civil suisse, le grand conflit que nous avons signalé, ou au contraire, leur approche, nécessairement plus pragmatique, fournira-t-elle la clé d'un dépassement qui serait bienvenu... du point de vue de la simplification des questions soulevées. Au-delà d'hésitations, de revirements, de contradictions, notre thèse, qui sera étayée plus bas, est que c'est le deuxième terme de l'alternative qui est fondé. Nous avons l'impression que la pratique judiciaire du Tribunal fédéral suisse est, dans une large mesure, parvenue à résoudre "sur le tas" les difficultés signalées et à définir son attitude à l'égard des notions juridiques à contenu variable, en termes certes simplificateurs, voire peu compatibles avec la lettre

des dispositions légales relevantes mais par bonheur assez précis. Cette jurisprudence a été contrainte de mettre de l'ordre dans toutes ces questions pour des raisons de forme. Il s'avère que la définition des notions juridiques à contenu variable, plus précisément de certaines catégories d'entre elles, est liée au problème - exigeant du point de vue de la précision - du pouvoir de cognition du Tribunal fédéral. En vertu des règles de l'organisation judiciaire fédérale le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est limité. En résumant grossièrement (aux seules fins de faire comprendre la liaison entre la question du pouvoir de cognition et la définition des notions juridiques à contenu variable), on peut dire qu'il revoit, avec un plein pouvoir de cognition, ce qui est une "question de droit" mais doit limiter son pouvoir d'examen à l'arbitraire lorsque la question qui lui est soumise est du ressort de la libre appréciation de l'instance cantonale dont la décision est contestée. Il y a dès lors un lien direct entre le problème de la cognition et la question de la définition des notions à contenu variable car si l'activité de spécification et de mise en oeuvre de ces notions se définit comme une simple et seule opération d'application de la loi, il s'agit d'une "question de droit" qui peut être librement revue. Si au contraire cette activité implique pour l'instance de décision le libre exercice d'un pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral ne s'arrogera pas le même pouvoir de contrôle. Il y a donc, du fait de l'existence de ces questions de procédure, une nécessité de mettre de l'ordre par la création de catégories juridiques grâce auxquelles les compétences respectives des diverses autorités habilitées à manier les dites catégories seront fixées.

Il faut maintenant décrire les distinctions qui ont été retenues par cette pratique judiciaire. Une jurisprudence bien établie tant en droit public qu'en droit privé reconnaît l'existence de "lacunes de la loi" (en allemand Echte Lücke, lacunes proprement dites). On entend indiquer par l'adjectif "echte", "véritable", qu'il faut exclure les cas où l'absence de réglementation est voulu pour des raisons de politique juridique (cas des lacunes improprement dites ou "par insuffisance")[19]. Il y a différents types de "lacunes proprement dites". L'absence de réglementation nécessaire est soit intégrale, soit partielle; soit le législateur a omis d'émettre quelque disposition que ce soit sur la question, soit son omission n'est que partielle.

Il est probable que le législateur avait surtout en vue les situations du premier type en édictant l'article premier du Code civil suisse, alors qu'il pensait plutôt régir les cas du deuxième groupe par le biais de l'article 4.

Il y a des indices sérieux qui incitent à penser que l'article premier vise surtout les lacunes praeter legem alors que l'article 4 concerne les lacunes intra legem. Pour une série de bonnes raisons, ce schématisme, qui aurait au moins le bénéfice de la simplicité, n'a pas pu pénétrer tel quel la jurisprudence. Les juges ont rapidement remarqué que la distinction entre lacune complète (et praeter legem) et partielle (intra legem) était plutôt artificielle; à tout le moins le comblement des lacunes intra legem pose des problèmes d'interprétation très voisins, sinon parfois similaires à ceux que l'on rencontre lorsqu'on est en présence d'une lacune praeter legem. Si tel est le cas, pour quels motifs les saines directives que contient l'article premier ne seraient-elles pas applicables aussi lorsqu'il faut combler une lacune intra legem ?

Enfin, il existe plusieurs catégories de normes incomplètes. L'article 4, avec sa référence à l'équité, n'est peut-être pas conçu pour embrasser toute la problématique des lacunes intra legem. Les auteurs légalistes sont parvenus à tirer parti de la rédaction quelque peu confuse de cette disposition dont le style est moins élégant que celui de l'article premier. Ils ont pu combattre avec un certain succès, au niveau de son impact sur la jurisprudence, l'idée que cette disposition exprime un principe général de droit couvrant toute la problématique des normes incomplètes (ou lacunes intra legem).[20]

Dans ces conditions la pratique judiciaire a été contrainte de forger elle-même des sous-catégories de lacunes intra legem et ce travail a été accompli plus en fonction des besoins que d'une référence à un cadre légal qui, comme nous l'avons vu, n'est pas dépourvu de toute ambiguïté ou qui a du moins, fait l'objet d'un tel débat qu'il ne constitue plus un système de référence univoque. Nous allons voir d'ailleurs que la finalité de l'entreprise (justifier le pouvoir d'examen ou au contraire le rejeter) a probablement joué un rôle important sur ces catégories qui, en elles-mêmes, sont difficiles à justifier, voire à certains égards marquées d'un esprit byzantin à peine pénétrable. Enfin, sur toutes ces questions de définition du pouvoir de cognition, la jurisprudence change[21] ou n'est pas unifiée d'une Cour à l'autre. Malgré toutes ces difficultés, il est possible d'affirmer <u>qu'une grande distinction conceptuelle est admise</u>[22] : il faut prendre en compte

deux catégories de normes incomplètes en fonction de deux attitudes concevables de l'autorité de délégation; <u>soit</u> le législateur utilise à dessein la notion incomplète pour que l'autorité d'exécution "exécute" la norme selon le plan législatif; dans ce cas la loi n'est pas complète mais contient tout de même des directives qui doivent être suivies; <u>soit</u> le législateur entend déléguer à l'autorité d'exécution le soin de forger elle-même les critères de son appréciation en renon-

çant a priori à émettre des directives pour la solution; il s'agit dans ce deuxième cas d'une habilitation pure. Cette distinction doit avoir pour elle la force d'une certaine nécessité car elle est parvenue, malgré toutes les difficultés esquissées ci-dessus, à s'imposer très nettement. Ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral distingue-t-elle régulièrement (à cause des conséquences de la distinction) ce qu'elle appelle les notions juridiques indéterminées (a), de la libre appréciation du juge (b).[23]

ad. (a) Les arrêts donnent rarement la définition de ce qu'est une notion juridique indéterminée. Ils précisent par contre très souvent la méthode que doit utiliser le juge pour gérer ces notions. Un arrêt isolé s'essaie pourtant à une définition dogmatique en indiquant, références de doctrine à l'appui, que l'on est en présence d'une telle notion lorsque le législateur veut régler une question d'une manière complète alors qu'il s'avère que, malgré cette intention, le texte de la loi se trouve affecté d'une certaine imprécision et ne constitue dès lors pas une règle directement applicable.[24] Au vu des nombreux exemples[25] de notions qui sont considérées par la jurisprudence comme "juridiquement indéterminées", cette idée que le législateur avait l'ambition de régler le problème apparaît peu acceptable. Cette définition jurisprudentielle est d'ailleurs isolée. Elle est cependant fort intéressante du point de vue de l'opposition dogmatique qu'il faut faire entre notions juridiques indéterminées et cas de libre appréciation du juge. La plupart des arrêts, plus "pragmatiques", ne se prononcent pas, ni sur le problème de la définition, ni sur la question du caractère accidentel de l'indétermination. Ils se contentent de constater que le législateur utilise fréquemment des expressions qui n'ouvrent pas délibérément la voie à la libre appréciation judiciaire mais sont simplement "imprécises en ce sens que, même circonscrites à l'aide de connaissances historiques et économiques spéciales, leur définition et leur application

aux faits donnés laissent une certaine latitude de jugement à l'autorité"[26]. Il s'agissait en l'occurrence d'interpréter la notion des "intérêts généraux de l'industrie horlogère suisse" et de "politique traditionnelle en matière d'exportation de produits horlogers". Utilisant de telles expressions, le législateur avait-il le dessein de régler la question normative ou la conscience de transférer une portion de son pouvoir à l'autorité d'exécution ? La question est oiseuse mais la conséquence de la réponse est importante car le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral en dépend. Selon les juges, le législateur avait lui-même l'intention de régler la question. Cette "constatation", qui est une fiction, autorise à dire que, malgré l'indétermination de la notion, il n'y a qu'une seule interprétation qui est correcte et non pas deux. Les juges fédéraux vont donc nier le fait que l'autorité de décision qui avait "géré" ces notions juridiques indéterminées se trouverait en face d'une indétermination. Chaque fois qu'il qualifie une notion de "juridiquement indéterminée", le Tribunal fédéral répète que, malgré tout, il n'y a qu'une seule interprétation qui est correcte. Trancher en application d'une notion juridique indéterminée c'est, par conséquent, trancher une question de droit avec toutes les conséquences que nous avons signalées sur le problème du pouvoir de cognition. Le Tribunal fédéral s'exprime dans les termes suivants : "Rechercher le sens d'un concept juridique dit imprécis (sogenannter unbestimmter Rechtsbegriff) ce n'est pas, selon l'opinion dominante, poser un acte d'appréciation mais résoudre une question de droit(...)Il est vrai que de tels concepts doivent être précisés dans chaque cas particulier et appliqués à l'état de fait concret. Mais ils ne laissent pas de choix entre deux ou plusieurs solutions d'égale valeur. C'est toujours une seule interprétation qui est juste et c'est à l'autorité qui doit appliquer une disposition légale qu'il appartient de trouver cette interprétation"[27]. Pourtant, après avoir donné ces principes, le Tribunal fédéral s'empresse de dire que même si une seule interprétation est correcte, les

organes d'exécution ou les instances cantonales sont souvent mieux à même de la déterminer. Dès lors, dans des cas de ce genre, la Haute Juridiction s'est constamment imposé une certaine retenue qui équivaut à une limitation de son pouvoir d'examen... pratiquement identique à ce qui s'impose en matière de "libre appréciation" !

Il n'empêche qu'au niveau des principes les choses sont claires. Ces notions sont "juridiquement indéterminées" mais elles sont susceptibles d'être déterminées

dans le prolongement et par l'effet de la loi. Le Tribunal fédéral a souvent eu l'occasion de s'exprimer au sujet des "sources" qui sont susceptibles d'être utilisées par le juge dans cette activité qui doit le conduire jusqu'à la détermination du sens juridiquement exact. Une formule est à cet égard utilisée en droit public qui est la suivante : "Une notion juridique indéterminée tire son contenu du sens et du but de la prescription concernée ainsi que de la place de celle-ci dans la loi et dans l'ordre juridique.".(28) On constate donc que seuls des éléments proprement juridiques doivent être utilisés comme points d'appui. Par contre, la cour pénale, notamment dans un arrêt qui interprète la notion d'obscénité (Unzüchtigkeit) indique qu'il y a lieu de s'appuyer non seulement sur le sens et le but de la norme mais encore "sur les valeurs qui sont protégées par l'ordre juridique".(29) Les arrêts pénaux semblent insister aussi fréquemment sur l'importance de la prise en compte, lors de la spécification de notions juridiques indéterminées, des particularités de chaque espèce. On a le sentiment que l'on vise ainsi des considérations qui ont trait à la nécessité d'une justice "pragmatique". La notion juridique indéterminée est utilisée par le législateur pour permettre une adaptation à chaque situation individuelle. On ne cite pas nommément le concept d'équité, probablement parce que l'on connaît l'antinomie historique qui existe entre le principe de la légalité particulièrement important en droit pénal et la notion d'équité. A défaut du mot, c'est pourtant la "chose"

que l'on vise : ainsi peut-on lire dans un arrêt de la Cour pénale fédérale de cassation qui interprète la notion de "Leichter Fall" (cas de peu de gravité) : "Le juge doit tenir compte de toutes les circonstances objectives et subjectives du cas particulier pour déterminer si un nouveau comportement constitue ou non une faute de peu de gravité et si des circonstances extraordinaires peuvent ou doivent être prises en considération".(30)

On peut constater que le terme de "notion juridique indéterminée" est utilisé surtout en droit public et en droit pénal. Il remplit une fonction d'orientation de l'action dans les cas d'exercice de la sous-délégation du législateur à une autorité de décision et aussi une fonction d'incitation à prendre en compte les particularités des cas d'espèce. Citons l'arrêt suivant de droit pénal rédigé en langue française : "Comme ces conditions font appel à des notions juridiques imprécises, comme les raisons sérieuses de tenir de bonne foi des allégations pour vraies, l'intérêt public ou d'autres motifs suffisants, le juge interprétera ces notions en fonction des situations particulières.".(31)

ad. (b) Le libre exercice du pouvoir d'appréciation (Ermessen).

Il faut théoriquement distinguer, même si cela est pratiquement fort difficile, les notions juridiques indéterminées <u>des notions qui invitent le juge à l'exercice d'un libre pouvoir d'appréciation</u>. La différence conceptuelle est la suivante : la notion juridique indéterminée est juridiquement déterminable. Le juge reçoit du législateur une mission confinée à l'application. Il n'y a, comme on l'a vu plus haut, qu'une solution juridiquement valide. Il faut la découvrir et non pas la créer. Les cas de libre appréciation du juge sont, en théorie, radicalement différents en ce sens que le Législateur <u>délègue la compétence de spécifier la norme mais en renonçant à émettre lui-</u>

même des directives quant à la solution. Il délègue la compétence sans émettre d'injonction ratione materiae (sous réserve de ce que nous dirons de l'article 4 qui est une directive générale et non pas spéciale). Nous nous trouvons dans une situation de lacune intra legem pour laquelle le juge détermine non pas seulement la solution du cas par la mise en oeuvre du syllogisme mais encore, en amont, le contenu matériel de la norme qu'il devra appliquer. Pour cette catégorie de lacune intra legem le juge est un "législateur d'exception", alors que pour les notions juridiques indéterminées, il n'est qu'une autorité d'exécution qui exerce un pouvoir très voisin de celui qui appartient à l'exécutif dans le cadre de l'exercice du pouvoir réglementaire. Dans les cas d'exercice du pouvoir d'appréciation le juge (ou l'autorité) choisit en quelque sorte "officiellement", lui-même, la solution normative avant ou à l'occasion de la mise en oeuvre du syllogisme qui conduit à la décision.

Les formules qui sont utilisées par le législateur pour autoriser l'exercice d'un pouvoir de libre appréciation sont nombreuses et cette diversité va créer toute la difficulté d'une démarcation nette entre "notion juridique indéterminée" et "pouvoir d'appréciation". Nous nous trouvons ici face à une double nécessité contradictoire :

- une distinction précise entre ces deux types de notions à contenu variable s'impose pour des raisons dogmatiques. Il faut que l'on sache avec précision quels sont les cas de libre appréciation; à cet égard, l'existence d'un catalogue fermé, en dehors duquel toutes les notions seront considérées comme juridiquement déterminables, est un impératif nécessaire à la mise en oeuvre de la théorie de la légalité, à la limitation et au contrôle du pouvoir créateur du juge.

- Inversément, une clôture trop étroite des éléments constituants de ce catalogue installe des barrières arbitraires ou fictives. Par la force des choses et sur le terrain, on va être contraint de traiter fictivement de notions purement juridiques des concepts qui au fond (et en fait) ouvrent le libre exercice d'appréciation de l'autorité d'exécution. Nous allons voir que toutes ces difficultés sont bien réelles.

L'idée qui consiste à émettre un catalogue précis des formules qui ouvrent la voie à la libre appréciation de l'autorité d'exécution fut celle des auteurs de l'article 4 du Code civil; c'est du moins ce qu'il faut admettre si l'on veut donner un sens aux mots de cette disposition. La pratique n'a, au fond, pas pu suivre cette injonction. L'étude de cette question est un bon champ d'exercice pour une réflexion sur la mise en oeuvre de la fiction légaliste selon laquelle l'on doit distinguer nettement les activités intellectuelles de création et d'application normatives. On peut observer que la pratique judiciaire essaie de "cultiver" la distinction entre notion juridique indéterminée et pouvoir d'appréciation; mais cet effort s'essouffle sur le terrain des faits. La distinction est dogmatiquement indispensable mais sociologiquement impraticable ! Il n'est dès lors pas étonnant qu'une réflexion tendant à mettre de l'ordre sur cette question ressemble quelque peu à la recherche de la pierre philosophale. A cet égard une différence de pratique assez nette existe entre les juridictions de droit privé et de droit public.

Nous allons montrer que la préoccupation des publicistes en faveur du maintien d'une distinction bien marquée entre notion juridique indéterminée et cas de libre appréciation est beaucoup plus grande que celle des privatistes. Les publicistes vont même jusqu'à admettre - en des propos quel-

que peu embarrassés dont on trouve la trace dans les arrêts. - que cette distinction est artificielle, mais elle n'en est pas moins déclarée indispensable. Les privatistes au contraire sembleraient disposés à y renoncer. Illustrons ces considérations par quelques exemples tirés d'abord de la jurisprudence de droit public (a), puis de celle des cours de droit civil (b).

(a) I. Les entreprises suisses de chemins de fer sont habilitées à affermer certains services accessoires si "les besoins de l'exploitation et du trafic justifient" l'installation de tels services.(32) Il s'agissait en l'occurrence d'interpréter la notion de "besoin". Le Tribunal fédéral considère que la notion de "besoin" est une notion juridique indéterminée dont l'application implique la mise en oeuvre d'une question de droit. Si l'autorité statue positivement et admet l'existence du besoin, elle n'est pas encore obligée d'ouvrir un tel service accessoire. Car c'est une question d'appréciation que de décider si l'installation doit effectivement être réalisée. L'exercice de la libre appréciation ne sera contrôlé que sous l'angle de l'arbitraire car la décision dépend de critères économiques - et non pas juridiques - que le Tribunal fédéral s'interdit d'examiner. On constate que dans un cas de ce genre le même concept donne appui successivement à une opération intellectuelle de spécification d'un concept juridique indéterminé puis, de libre exercice du pouvoir d'appréciation !

II. L'interprétation de la notion "d'intérêt public" révèle d'une manière plus nette encore l'extrême difficulté qu'il y a à opérer une distinction quelque peu précise entre "notion juridique indéterminée" et "libre pouvoir d'appréciation du juge". Résumant sa propre jurisprudence sur la question, le Tribunal fédéral s'exprime dans les termes suivants : "Pendant longtemps, le Tribunal fédéral a considéré l'"intérêt public" comme une notion si imprécise et si changeante au gré du temps et du lieu qu'il jugeait nécessaire de laisser un large pou-

voir d'appréciation aux autorités communales; il n'intervenait que si, de façon évidente, il ne pouvait être question d'un intérêt public, et il n'examinait l'opinion de l'autorité cantonale que sous l'angle de l'arbitraire...".(33) Constatant que sa jurisprudence a soulevé de graves difficultés qui ont suscité les critiques de la doctrine, le Tribunal fédéral en change et s'exprime dans les termes suivants : "Décider s'il existe un intérêt public suffisant du point de vue de la garantie de la propriété, ne constitue pas principalement une constatation de fait; pour la doctrine récente (...), la notion d'intérêt public est un concept juridique dit imprécis (unbestimmter Rechtsbegriff)(...)C'est dès lors résoudre une question de droit, examinée en principe librement par le Tribunal fédéral, que de juger si un intérêt public justifie l'atteinte à la propriété (...) dont se plaint le recourant.".(34) Pourtant, sitôt admis le principe de son pouvoir de cognition, le Tribunal fédéral s'empresse de souligner à nouveau dans les termes suivants l'absence de vraie distinction entre notion juridique indéterminée et libre pouvoir d'appréciation : "Mais dans la mesure où il s'agit d'apprécier les circonstances locales, que les autorités cantonales - plus proches - connaissent mieux, ou de résoudre des questions de pure appréciation, un examen absolument libre de la cour de droit public ne serait pas conforme à sa mission. C'est pourquoi le Tribunal fédéral, comme par le passé, examinera avec beaucoup de retenue, (...) le Tribunal fédéral ne peut pas non plus substituer sa propre appréciation à celle des autorités communales ou cantonales...".(35) Ainsi, on définit les notions juridiques indéterminées comme étant celles dont la spécification s'effectue par exclusion du libre exercice du pouvoir d'appréciation puis l'on affirme, à l'occasion du contrôle de la mise en oeuvre d'une telle notion, qu'une certaine latitude doit être laissée à la libre appréciation de l'autorité de décision ! On ne saurait démontrer mieux le caractère fictif d'une distinction... dont la nécessité est pourtant postulée et admise.

III. C'est parfois contre le sens commun que l'on refuse, en droit public, de reconnaître l'existence d'un pouvoir de libre appréciation de l'autorité de décision. Ainsi, une autorité municipale qui interprète la notion d'"exploitation occasionnant beaucoup de poussière" met en oeuvre un concept juridique indéterminé et ne fait dès lors pas un "acte d'appréciation"! Dans ce cas-là : "c'est toujours une seule interprétation qui est juste et c'est à l'autorité qui doit appliquer une disposition légale qu'il appartient de trouver cette interprétation".(36) Dans un autre arrêt, interprétant la notion de "voie d'accès carrossable suffisante", le Tribunal fédéral admet au fond explicitement que la distinction que nous sommes en train d'étudier n'est pas praticable.

Il reconnaît, il est vrai, qu'une "certaine latitude de jugement (Beurteilungsspielraum) peut être laissée aux juridictions cantonales dans l'application d'une notion juridique imprécise à un cas particulier.".(37) On peut difficilement reconnaître plus nettement le caractère artificiel de la distinction... pourtant nécessaire.

IV. L'indifférenciation est explicitement admise dans un domaine particulier de la jurisprudence de droit public.

Pour des raisons de procédure, c'est une Cour de droit public qui doit statuer pour contrôler l'application de l'article 30 du Code civil suisse qui permet le changement de nom si de "justes motifs" le justifient. On se souvient que la notion de "justes motifs" est l'un des points du catalogue de l'article 4 du Code civil suisse. Il s'agit donc indiscutablement, puisque c'est la loi qui le dit,d'un cas de "libre appréciation" de l'instance de décision. La Chambre de droit public répète toujours la formule suivante qui conjugue à la fois la question de la limite de son pouvoir de cognition et la portée de

fond qu'elle attribue à la directive que constitue l'article 4 du Code civil suisse : "Selon l'article 30, al. 1 du Code civil, le gouvernement du canton d'origine peut, s'il existe de justes motifs, autoriser une personne à changer de nom. La question de l'existence de justes motifs relève du pouvoir d'appréciation de l'autorité cantonale..."[38]. Le même arrêt, dans la citation suivante, qualifie la notion de "justes motifs" de "concept juridique indéterminé". Il faut préciser qu'il ne s'agit pas d'une erreur de traduction puisque l'arrêt est rendu en français dans un cas qui concerne une décision de Conseil d'Etat de Genève : "La notion de "justes motifs" est un concept indéterminé et la pratique des gouvernements cantonaux est à cet égard fort variable.". L'arrêt omet de préciser qu'une seule solution est juridiquement admissible !

(b). Il faut examiner maintenant <u>la pratique dans le secteur du droit privé</u>. On pourrait s'attendre à ce que les juges ne déclarent être dans un cas de libre appréciation que dans l'une des trois situations visées par la lettre de l'article 4. On pourrait s'attendre encore à ce que la clôture des formules proposées par M. DESCHENAUX [39] soit admise : les situations visées par l'article 4 ne seraient donc mentionnées qu'à titre d'exemple mais le catalogue serait considéré comme théoriquement clos par la nécessité de distinguer nettement

la fonction judiciaire d'exercice d'un pouvoir normatif complémentaire de celle qui consiste à appliquer la loi. M. DESCHENAUX a dogmatiquement raison et on pourrait s'attendre à retrouver dans la pratique les traces de sa réflexion fidèle à la logique normativiste et à la théorie de la séparation des pouvoirs. Pourtant une fidèle mise en oeuvre de cette doctrine doit très vraisemblablement soulever de graves difficultés pratiques puisque nous avons pu observer que les juges publicistes s'escriment en vain à tenter d'opérer une démarcation sur le terrain entre les notions juridiques indéterminées et les cas de libre appréciation du juge. Nous allons voir que les juges privatistes déploient moins d'efforts au sujet de cette distinction et cette différence d'attitude est probablement très révélatrice. Les publicistes sont sensibles aux impératifs généraux de la théorie du droit et de l'Etat qui peuvent les inciter à tenter de conforter pour des raisons théoriques des distinctions qui, vues sous l'angle de la pratique, apparaissent insoutenables. Les privatistes sont moins impressionnés par la théorie de la séparation des pouvoirs et probablement plus marqués par les courants pragmatiques qui, depuis François GENY, (ou le Freies Recht en Allemagne), dénoncent le culte des fictions et le mépris de la réalité. Force est de constater que la jurisprudence de droit privé <u>ne veut pas connaître</u>, en principe et sauf exception qui pourrait nous avoir échappé, <u>la distinction fondamentale entre notion juridique indéterminée</u> et <u>cas d'exercice du libre pouvoir d'appréciation des juges</u>. On nous dira que la différence s'explique aisément du fait que l'article 4 est une disposition de droit privé, que sa note marginale fait nettement référence à la notion de pouvoir d'appréciation des juges et que par conséquent c'est la loi elle-même, dans ce secteur, qui exclut l'existence ou la mise en oeuvre d'une distinction qui

n'a pas été voulue par le législateur de droit privé. Ces arguments ne peuvent convaincre car le principe de la légalité comporte les mêmes impératifs en droit public et en droit privé. Cette jurisprudence aurait pu et aurait dû, peut-être, faire elle aussi une distinction entre, d'une part les innombrables situations de mise en oeuvre d'une notion juridique indéterminée en droit privé, et d'autre part les cas d'exercice d'un libre pouvoir d'appréciation. Nous allons voir qu'elle ne l'a pas fait, très probablement par souci de réalisme ou par impossibilité pratique. Le droit privé suisse, codifié sur la base des projets d'Eugen HUBER contient d'innombrables notions juridiques à contenu variable. La technique législative de notre codification de droit privé s'est voulue souple;

le tissu législatif s'est voulu maléable au gré des circonstances particulières. Une telle loi ne pouvait exiger une application faisant très rigoureusement la distinction entre création et application normative. Il devient ridicule d'affirmer à la fois qu'un délai doit être "convenable" mais qu'il n'y a juridiquement qu'une solution exacte pour le déterminer ! C'est pourtant ce à quoi une interprétation rigoriste de l'article 4 devrait conduite et c'est ce à quoi aussi le transfert en droit privé de la distinction voulue par les publicistes aurait pu et dû mener. Les juges de droit privé n'ont pas voulu de ces subtilités byzantines. Nous allons montrer, exemples à l'appui, qu'il n'y a dans leur discours plus place que pour une seule notion, couvrant tout le champ des indéterminations volontaires (ou lacunes intra legem).

I. Les Cours civiles du Tribunal fédéral commencent par rejeter expressément l'idée que l'article 4 ne serait applicable que dans les situations visées par sa lettre. Un arrêt dit que cette disposition légale est applicable : "Überall da, wo dem richterlichen Ermessen ein Spielraum gewehrt wird".(40) La formule est extrêmement large. Le juge définit sa sphère d'autonomie au sein du cadre légal d'une manière qui est totalement

indépendante des trois "cas" nommément désignés par l'article 4. Il identifie, en d'autres termes, sa sphère d'autonomie plus par référence à sa qualité d'adjoint pensant du législateur que par une démarche de mise en oeuvre d'un concept qui serait reconnu comme impliquant une mission d'habilitation limitée.

II.C'est grâce à cette "mission" conçue en termes larges et indépendants du catalogue de l'article 4 que le Tribunal fédéral s'est adjugé un pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'interprétation de la notion d'"époux innocent" prévue à l'article 152 du Code civil suisse. L'innocence est-elle une notion juridique à contenu variable ? Analysant sa propre jurisprudence, le Tribunal fédéral s'exprime dans les termes suivants : "Le Tribunal fédéral a tenu à laisser la porte ouverte à une solution nuancée, partant de l'idée, exprimée d'abord à propos de la pension alimentaire de l'article 152 puis reprise au sujet de l'indemnité de l'article 151, alinéa 1 du Code civil, qu'il ne faut pas faire payer trop durement à un conjoint divorcé des manquements légers qui, en soi, n'auraient pas conduit au divorce..." . Il faut dire que l'indemnité de l'article 151 doit être "équitable" d'après la lettre de cette disposition alors que le mot ne figure pas dans le texte de l'article 152,... ce qui n'empêcha pas le Tribunal fédéral de commencer sa "révolution" sur le terrain de cette disposition-là. On constate ainsi que la présence ou l'absence dans la loi du vocable "équitable", destiné à ouvrir la voie au pouvoir d'appréciation, ne joue pas de rôle. Le Tribunal fédéral s'exprime dans les termes suivants : "Lorsqu'une décision repose sur des éléments dont l'appréciation est difficile et qui partant ne peuvent être déterminés de façon précise et certaine, il convient de laisser la porte ouverte à une solution nuancée. Jouissant d'un large pouvoir d'appréciation, le juge est en mesure d'adapter sa décision aux circonstances de la cause.

Le juge doit ainsi pouvoir allouer une indemnité, éventuellement réduite, si les conditions de l'espèce font apparaître inéquitable (article 4 du Code civil) de refuser toute prestation à un conjoint dont la faute, sans être tout à fait secondaire au point qu'elle puisse être tenue pour négligeable, apparaît comme légère au regard de l'ensemble des circonstances et de la faute prépondérante de l'autre époux."[42].

III. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral dit que la décision de fixation du montant d'une contribution d'entretien d'un enfant doit s'inspirer "des règles du droit et de l'équité..."[43]. Or, la loi dit simplement que : "celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés est tenu de contribuer, selon ses facultés, aux frais de leur entretien et de leur éducation." (art. 156, al. 2 du Code civil suisse). Interprétant ce texte, le Tribunal fédéral affirme que : "le juge devait apprécier d'une manière objective tous les éléments pertinents et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier..."[44]. On voit à travers de tels exemples que la formule même de l'article 4 est utilisée comme cadre de référence ou est susceptible de l'être dès qu'un vocable ouvre diverses possibilités d'interprétation.

IV. Le Tribunal fédéral franchit un pas de plus, dans un arrêt qui est peut-être à certains égards exceptionnel. Interprétant l'article 161, al. 2 du Code civil, il se pose la question de savoir si la conjonction "et" introduit une condition cumulative ou alternative : s'arrogeant, contre le texte clair de la loi et l'interprétation historique, le pouvoir de trancher en équité la question de savoir si le partage d'un bien doit être opéré en nature ou aux enchères, le Tribunal fédéral affirme que la question relève du pouvoir d'appréciation du juge : "Seule cette interprétation permet au juge de tenir compte de tous les éléments du problème et d'éviter de rendre, dans la mesure du possible, une décision inéquitable(...).Le premier juge ne dépassait dès lors par les limites de son pouvoir d'ap-

préciation en estimant qu'eu égard aux circonstances et à la position des parties, le partage en nature ne correspondait ni à la nature des choses ni à l'équité, et que la seule manière opportune de mettre fin à la copropriété consistait à procéder à une vente aux enchères.".(45) On voit grâce à cette décision l'énorme difficulté qu'il y a à poser une définition des "notions juridiques à contenu variable" qui tienne compte des réalités de la pratique judiciaire. La décision en question est certes particulière à certains égards. Le problème qu'elle soulève est pourtant une question classique d'interprétation qui est "travaillée" au moyen des instruments ordinaires. La conjonction "et" peut donc constituer une lacune intra legem susceptible d'être comblée en application de l'article 4 du Code civil qui est nommément cité ! Bien qu'étrange et en tout cas en rupture avec la vision ordinaire que l'on a du sujet, c'est jusqu'à de telles extrémités que peut conduire une vision large et non dogmatique de la notion de "lacune intra legem".

En conclusion, il apparaît qu'il y a une différence entre les approches des Cours de droit public et de droit civil, divergeances qui sont cependant moins importantes si l'on tient compte du fait que la distinction opérée par les publicistes est bien factice dès lors que le Tribunal fédéral a affirmé qu'il s'imposait de toute manière une grande retenue lorsqu'il contrôle la manière dont une autorité cantonale a mis en oeuvre une notion juridique indéterminée. Les Hautes Cours de droit civil s'arrogent, nous l'avons vu, le pouvoir de considérer que n'importe quel mot est susceptible d'indétermination "si l'équité l'exige", mais elles affirment aussi que le juge n'est pas vraiment libre lorsqu'il exerce son "libre pouvoir d'appréciation". Il doit respecter les règles du droit et de l'équité. Au delà de discours dissemblables, il y a peut-être une grande similitude d'approche voire, au niveau pratique, une véritable identité. Il s'agit au fond de savoir comment est contrôlée, sur

le terrain, l'activité de spécification des contenus juridiques qui ne sont pas définitivement fixés par la loi. La similitude ou l'identité de ces démarches concrètes de contrôle est probablement bien révélée par l'étude des formules qui sont utilisées par la jurisprudence fédérale dans les cas que nous avons vus concernant le changement de nom : "...dès lors le juge ne s'écartera de l'interprétation donnée par ces organes qu'en présence d'une erreur manifeste de leur part.".[46] Concrètement, quand est-on en présence d'une erreur manifeste sinon lorsque les motifs invoqués ne devraient au fond jouer aucun rôle ou lorsqu'on a omis d'invoquer des motifs qui doivent jouer un rôle évident? C'est blanc bonnet pour bonnet blanc. L'interdiction de l'arbitraire ou la violation des règles du droit et de l'équité c'est, en matière du contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation, deux acceptions différentes d'une seule et même chose. On constate donc que derrière des habitudes discursives différentes se cachent des processus intellectuels d'une grande analogie ou qui éventuellement seraient même totalement semblables.

"Notions juridiques indéterminées" ou "libre exercice du pouvoir d'appréciation" renvoient donc en pratique à un seul et même cadre de référence ou à une même procédure de contrôle. Spécifiant des "notions juridiques indéterminées", le juge possède une marge d'action libre qui est identique à celle dont il jouit lorsqu'il exerce son soi-disant libre pouvoir d'appréciation, pouvoir qui n'est pas discrétionnaire puisqu'il est "contraint" de toute manière, soit par l'interdiction de l'arbitraire, soit par la nécessité de respecter "les règles du droit et de l'équité", ce qui, nous l'avons vu, revient au même. Ce grand détour par l'étude des pratiques a surtout eu pour conséquence une simplification de la problématique si l'on veut bien - à partir des formules utilisées - identifier les processus effectifs de contrôle. Nous sommes parvenus à montrer que les différentes Cours du Tribunal fédéral utilisent différents types

ou sous-catégories de notions juridiques à contenu variable aux seules fins de délimiter le pouvoir de cognition (des diverses instances de décision ou de contrôle). Celui-ci étant fondé ou défini, le contrôle de l'application de la notion, au niveau du fond et de la mise en oeuvre effective, ne présente plus de différence selon la sous-catégorie. Il est possible d'affirmer que la mission de spécification des concepts non strictement déterminés par la loi s'effectue sous la forme de la supervision des motifs de la décision : négativement, l'on affirmera qu'ils ne doivent pas être arbitraires ou positivement qu'ils doivent respecter les règles du droit et de l'équité; la liaison s'effectue simplement au travers de la notion de "motifs invoqués". Dans le cadre de son activité de spécification des notions à contenu variable, le juge ne doit retenir, au titre de motifs, que ceux qui lui sont suggérés par l'étude de cette source d'inspiration extérieure que constituent "les règles du droit et de l'équité".

E./ En quoi consistent "les règles du droit et de l'équité" ?

La formule n'est pas creuse. Elle ne constitue pas non plus un pléonasme. La pratique judiciaire lui a donné un sens qui, selon nous, est bien conforme à celui qu'il faut retenir selon la théorie de F. GENY. La jurisprudence a, dans les faits, tranché le conflit de doctrine que nous avons présenté au début de nos développements, tranché en faveur de la thèse pluraliste. Dans le système juridique au sein duquel nous vivons, qui admet, après la codification des idées de la "libre recherche scientifique", le pluralisme des sources du droit, le droit n'est pas identique à la loi. Une lacune intra legem peut être comblée par le recours à des principes qui, bien que non légaux, n'en sont pas moins juridiques pour autant. On peut

notamment admettre la "juridicité" des principes généraux du droit. La référence au système, à l'esprit ou au but de la loi constitue aussi en pratique cette source d'inspiration que l'article 4 appelle "les règles du droit". Quant aux "règles de l'équité", elles font, elles aussi, l'objet d'une spécification sur le terrain qui nous permet l'économie d'un détour par de trop vénérables citations. La formule déjà citée d'un arrêt récent nous révèle ce que la pratique entend par cette expression : "...en d'autres termes, le juge devait apprécier d'une manière objective tous les éléments pertinents et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier."(47). Le sens de la norme doit, avant le syllogisme, être arrêté, compte tenu d'une approche objective des particularités du cas d'espèce. Cette approche se valide donc au moyen d'une traduction des particularités du cas fidèle aux impératifs généraux du droit. On affirme donc l'idée d'une liberté du juge étroitement surveillée par l'esprit du système qui s'immisce - et c'est le rôle spécifique de l'équité - jusque dans les particularités si propres aux situations individuelles qu'il n'a pas été possible de les exprimer en termes généraux. Quel que soit le vocable retenu, notion juridique à contenu variable, notion juridique indéterminée, notion juridique imprécise, libre pouvoir d'appréciation du juge - toutes ces expressions existent dans la jurisprudence, nous l'avons montré - c'est au fond la même directive qui prévaut et c'est bien ce qui explique l'absence, pour cause d'inutilité, de tout vocable uniformisé définitivement. Dès qu'il possède la moindre parcelle de latitude normative, le juge doit, à peine d'arbitraire, l'exercer en faisant taire sa propre subjectivité et en lui substituant, au niveau des motifs qu'il retient, la fidèle traduction qu'il doit opérer des injonctions générales qui lui sont dictées par ce que François GENY appelait "une sorte d'idéal législatif, qui doit correspondre à la fois à l'ensemble de l'organisation juridique établie et aux besoins de la vie pratique du droit"(48). Il

doit exercer sa mission de réduction des indéterminations en appliquant "les règles du droit et de l'équité", qui "existent" donc, dogmatiquement, avant lui, comme source de référence exclusive et que GENY appelle "appuis imposés"[49]. On postule l'existence logique de l'unité et de la complétude non pas de la loi mais "du droit et de l'équité", c'est-à-dire du "système juridique". Chaque décision de spécification de concept doit puiser sa substance dans cette source a priori ou dans cet "idéal législatif", dont le caractère mythique n'avait pas échappé à GENY.[50] La pratique judiciaire helvétique des notions juridiques à contenu variable, somme toute très fidèle à "l'esprit" voulu par les auteurs historiques de l'article 4 du Code civil, fidèle encore à l'idéologie juridique de l'école de la libre recherche scientifique, est un bon témoignage de la validité et à tout le moins de l'intérêt qu'il faut attribuer à l'hypothèse de l'image mythique d'un législateur rationnel.[51] C'est effectivement comme s'il était possible de se référer toujours à ce mythe unifiant, producteur de sens spécifique chaque fois qu'une notion doit être concrétisée en vue de son application à un cas particulier. La fonction de cette représentation a priori, postulée mais agissante, est particulièrement bien révélée par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de notion juridique indéterminée. On affirme qu'il y a toujours une et une seule solution juridiquement exacte. Il faut la "découvrir".[52] On affirme implicitement qu'elle existe quelque part dans l'esprit du système. Elle "existe" donc dans l'ordre des "représentations". C'est la mise en oeuvre "des règles du droit et de l'équité" qui permet cette "découverte". Chaque décision conforte un peu plus le mythe du législateur rationnel. "Le droit et l'équité" constituent la source non lacunaire et non redondante au sein de laquelle il est possible et nécessaire, à peine d'arbitraire, d'extraire une solution préfigurée.

F./ Quelle est "l'utilité" du concept de "notion juridique à contenu variable"?

Ces considérations sur la source unique des directives dans lesquelles le juge "découvre" le sens ne rendent pas inutiles les développements tendant à admettre l'existence de différents types d'indétermination. Elles relativisent seulement l'importance d'une démarcation nette. De toute façon toutes les notions juridiques à contenu variable doivent être spécifiées par référence aux "règles du droit et de l'équité" mais la prise en compte des particularités de l'espèce est nécessairement fonction du niveau d'imprécision de la notion. Ainsi les injonctions de la loi seront d'autant mieux prises en compte que le niveau de précision du concept légal a été affiné par le législateur lui-même. L'existence de ce volant justifie l'existence des diverses gammes d'indétermination ainsi que l'utilisation de vocables particuliers pour chaque niveau de plus ou moins grande précision ou imprécision. Le législateur technocratique de notre époque commence d'ailleurs à réaliser qu'il possède là un outil qu'il peut manier à son gré. Ainsi par exemple, l'Arrêté fédéral du 23 mars 1961 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger prévoit qu'il est possible d'obtenir une autorisation d'acquisition lorsque l'on a un "intérêt légitime" à l'acquisition. Il est bien clair que la gestion du concept d'"intérêt légitime" implique nécessairement l'existence d'une délégation normative à l'autorité de décision. Dans le but de limiter cette délégation, l'article 6, alinea 2 de l'Arrêté en question prévoit dans une énumération que le Tribunal fédéral a déclarée exhaustive, une liste de situations exprimées en termes généraux et abstraits, de "cas" dans lesquels on est en présence d'un "intérêt légitime".(53) Nous constatons que la technique législative moderne sait moduler le concept de "notion juridique à contenu variable" en fonction du pouvoir qu'elle entend effectivement déléguer. A cet égard une catégorisation qui serait opérée,

compte tenu des possibilités de la pratique judiciaire mais élaborée surtout dans une perspective d'utilité pour la technique législative, pourrait se concevoir et l'on envisage ici un champ de recherche commune entre la théorie générale du droit et la technique législative. Ce sont, dorénavant, les auteurs particulièrement intéressés par l'étude des modes d'élaboration de la loi qui pourraient avoir le plus d'intérêt pour l'édification d'une véritable théorie des "notions juridiques à contenu variable".

G./ Approcher les notions juridiques à contenu variable autrement ?

Notre perspective qui s'est surtout voulue axée sur une étude de ces notions à partir de données livrées par la pratique judiciaire n'empoigne pas le problème par le bout le plus facile. Les juges sont en quelque sorte juges et parties lorsqu'il s'agit d'évaluer le niveau d'indétermination d'une norme juridique. Ils le définissent en fonction du sens qu'ils s'apprêtent à lui donner. Typiques à cet égard certaines décisions de droit public. A quoi sert-il de qualifier de notion juridique indéterminée les expressions suivantes "politique traditionnelle en matière d'exportation de produits horlogers" et "intérêts généraux de l'industrie horlogère suisse"? Il s'agit en l'occurrence d'ouvrir ou de fermer le pouvoir de cognition donc, en d'autres termes, de s'autoriser ou de s'interdire de connaître de la cause. L'on touche ici aux limites de la perspective que nous avons choisie. Nous avons surtout tenté de restituer le discours de la pratique judiciaire. La perspective est interne en ce sens qu'elle prend pour bon argent le raisonnement qui est "dit" et définit les notions par une référence privilégiée à l'ordre du discours, éventuellement à l'ordre de la logique intrinsèque

des décisions. En aucun cas nous n'avons pu aborder la question des facteurs psychologiques ou politiques qui déterminent l'émergence des concepts utilisés. Dogmatiquement les motifs "doivent être" inspirés par "les règles du droit et de l'équité". Nous avons pu identifier un discours qui traduit, au niveau des motifs invoqués, un certain nombre de considérations qui sont révélatrices de ce que les juges entendent par "règles du droit et de l'équité". Dans quelle mesure ces motifs qui existent au niveau du discours sont-ils les vrais facteurs de la décision ? Jusqu'à quel point l'ordre du discours sur les motifs peut-il être considéré comme étant identique à l'ordre des motifs "réels" ? Le discours sur les motifs transcrit-il les éléments qui sont causals par rapport à la décision ou constitue-t-il au contraire une justification a posteriori qui "n'est" précisément que d'ordre discursif ? L'étude de la gestion des notions juridiques a contenu variable pourrait constituer un bon champ d'observation pour cette problématique, laquelle justifierait le recours à une approche externe et à des techniques d'investigation qui seraient le propre de la sociologie judiciaire. L'intérêt d'une telle approche complémentaire ne peut ici qu'être suggéré. L'approche externe ne se définit pas à nos yeux comme une approche plus "valable" ou "sérieuse" mais simplement différente et complémentaire, tant au niveau de ses techniques que de sa finalité ou de son utilité. En tout état de cause, l'approche qui consiste à restituer fidèlement le discours doctrinal, légal et enfin judiciaire sur la zone d'autonomie spécifique du juge ou de l'interprète, l'étude des interactions nécessaires qui existent entre ces trois niveaux, bref - l'explicitation de la dimension proprement juridique de de la question de la nature du pouvoir de juger - est un préalable indispensable à une réflexion qui porterait sur la dimension réelle de ce pouvoir, compte tenu de l'ensemble des facteurs qui influent concrètement sur les modalités de son exercice. Par exemple, on peut se poser la question suivante : pour quels "motifs" une épouse qui a commis une faute occasionnelle peut-

elle, à l'époque actuelle, bénéficier de la qualité d'"innocente" et, conséquemment, d'un droit à une pension alimentaire alors que cela eût été impossible il y a quelques années seulement? Les méthodes externes révèleront l'impact des changements des "représentations sociales" en matière de fidélité conjugale. Au niveau du discours juridique le même changement se traduit par des modifications successives de l'interprétation du concept "d'innocence" et par la transformation finale de ce concept dont le sens varie de contenu. On voit par un exemple de ce genre que le niveau de variabilité d'un concept n'est pas une donnée a priori susceptible d'être étudiée d'une manière complète indépendamment de l'étude de la pratique judiciaire, elle-même dépendante de la pratique sociale. Comme par hasard, le concept "juridique" varie en même temps et dans le même sens que la représentation sociale qu'il traduit. L'exclusion de la perspective externe constituerait donc une erreur scientifique si elle intervenait par principe et si elle se voulait définitive. Une focalisation sur les données "internes" est par contre admissible en tant que "moment" de l'analyse, sectorialisation destinée à décomposer les difficultés pour mieux ensuite les résoudre.

N O T E S

(1) l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice no 30, du 23 octobre 1956 (Tribunal adm. de l'OIT) indique qu'en octroyant une indemnité "ex aequo et bono", le Tribunal ne s'est pas départi du droit. Dans une opinion dissidente M. READ estime qu'en accordant une "réparation équitable", le Tribunal a agi "en laissant de côté les considérations juridiques". Cf. CIJ 1956 p. 77, et spéc. 100 et 150-153.

(2) Certains auteurs ont tenté d'accréditer une terminologie qui oppose les "notions floues" aux "notions précises", ainsi, cf. Ejan MACKAAY: "Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision", in Le discours juridique : analyse et méthodes, Revue Langages, mars 1979, no 53, p. 33 ss.; dans le même recueil de travaux, Ch. PERELMAN consacre une étude aux "notions confuses". Par ailleurs, sur la notion, en général, de normes juridiques à contenu variable en droit administratif suisse, cf. G. STEINMANN : 1982 : Unbestimmheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug une Rechtsetzung, thèse, 1982, Berne; en France, S.RIAL : Le juge administratif français et la technique du standard, Paris, LGDJ, 1980.

(3) HART, selon la traduction de M. VAN DE KERCHOVE, parle à cet égard de la "texture ouverte du droit"; il justifie la nécessité et l'utilité de "l'imprécision des règles de droit", dans les termes suivants : "Il arrive parfois que le domaine qui doit être soumis à un contrôle juridique soit reconnu dès le début comme comportant des situations individuelles dont les caractères sont appelés à varier si fort, sous des aspects importants mais imprévisibles, que le législateur ne saurait utilement élaborer d'avance des règles uniformes qui devraient être appliquées au fil des situations sans autre directive émanant d'autorités. Afin de réglementer un tel domaine, le législateur établit en conséquence des directives très générales et délègue ensuite à un organe administratif de réglementation, qui a connaissance des différents types de situation, la tâche d'élaborer des règles adaptées à leurs besoins spécifiques." cf. H.L.A. HART : Le concept de droit, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 162-163.

(4) Cf. H. KELSEN : Théorie pure du droit, trad. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 455-456.

(5) KELSEN, op. cit., p. 462.

(6) Claude DU PASQUIER :"Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1 CCS", in Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 31, 1951;
Walter YUNG : "La volonté du législateur" in Etudes et articles, Mémoires de la Faculté de droit, no 32, Genève, Georg, 1971, (reprint d'un article paru en 1960 dans la revue Bastions de Genève), p. 64 ss.;
O.A. GERMANN : "Neuere Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichtes zur Frage der Gesetzesauslegung nach den Vorarbeiten", in RDS, 1962, t. 81 I, p. 207-243.

(7) R. CARRE DE MALBERG : Contribution à la Théorie générale de l'Etat, tome I, Paris, 1920, p. 699.

(8) François GENY a d'ailleurs reconnu lui-même l'existence d'une filiation entre ses idées et les textes légaux mentionnés. Cf. Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, LGDJ, 1954, p. 308 ss. Cf. aussi W. YUNG,"F. GENY et la jurisprudence en Suisse", in Etudes et Articles, op. cit. note no 6 p. 49, ainsi que Oscar GAUGE,"François GENY est-il le père de l'art. 1 al. 2 du CCS ?", in Revue de droit suisse,1973, 92, t I, p. 51 et "Lettres inédites d'E. HUBER", in RDS, 1962,81, t.I, p. 98.

(9) Articles 1, 2 et 4 CCS :

A. Application de la loi	1. (1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. (2) 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. (3) Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.
B. Etendue des droits civils I. Devoirs généraux	2. (1) Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. (2) L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.
III. Pouvoir d'appréciation du juge	4. Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.

(10) Il n'est pas contestable que le texte est dû à la plume d'E. HUBER, "père" du Code civil suisse. La Bibliothèque nationale suisse conserve les diverses "moutures", manuscrites, de ce texte dont l'élaboration a été particulièrement laborieuse à en juger par les nombreuses versions, sept textes successivement imprimés, tous profondément raturés, avant le projet définitif de 1904. Ces corrections innombrables sont-elles le fait des hésitations d'E. HUBER ou la conséquence des difficultés qu'il rencontrait à faire valoir son point de vue parmi les experts ? La question est mal connue et mériterait une recherche.

(11) "Or, s'il ne peut prononcer sans compléter la loi, il faut l'y autoriser" constate M. DESCHENAUX, Le Titre préliminaire du Code civil, Traité de droit civil suisse, tome II, I, Fribourg, Suisse, Editions universitaires, 1969, p. 101.

(12) Sur toutes ces questions, cf. un article du professeur Henri DESCHENAUX : "Le traitement de l'équité en droit suisse", in Recueil des travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1970, p. 27 ss., qui fait le point de la littérature; cf. aussi du même auteur, sur la question de l'équité en droit suisse, Le Titre préliminaire, op. cit. note 11, p, 63 ss. L'auteur adopte en général une position plutôt légaliste, ainsi n'admet-il pas un renvoi à l'équité "chaque fois que la loi recourt à des notions de contenu indéterminé; c'est le rôle de l'interprétation de concrétiser ces notions par les procédés ordinaires". Il constate cependant que l'unanimité n'est pas faite à cet égard et cite les différents auteurs suisses qui ont pris position.

(13) Voir surtout E. HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1925., ainsi que W. YUNG:"E. HUBER et l'esprit du CCS", in Etudes et Articles, op. cit. note 6, p. 27; voir aussi Paul MUTZNER : "Eugen HUBER", in RDS, 1924, p. 39.

(14) Concernant la distance qu'il y a lieu de prendre en compte entre les "idées" inspirées de la "Freirechtstheorie" et les "réalisations" de E. HUBER, cf. P. MUTZNER,"Eugen HUBER", op. cit. p. 33 note 28.

(15) Pour une description de cette interprétation, cf. J. CARBONNIER: Droit civil, t.I, Paris, PUF, 1974, p. 35.

(16) Cf. pour la justification d'une telle interprétation, Ch. PERELMAN,"La loi et le droit",in Qu'est-ce que l'homme?, Philosophie/Psychologie, Hommage à A. DE WAELHENS, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1982, p. 347.

(17) Le texte de ces deux dispositions est le suivant :

VI. Indemnités en cas de divorce 1. Dommages-intérêts et réparation morale	151 (1) L'époux innocent dont les intérêts pécuniaires, même éventuels, sont compromis par le divorce a droit à une équitable indemnité de la part du conjoint coupable. (2) Si les faits qui ont déterminé le divorce ont porté une grave atteinte aux intérêts personnels de l'époux innocent, le juge peut lui allouer en outre une somme d'argent à titre de réparation morale.
2. Pension alimentaire	152 Le juge peut accorder à l'époux innocent qui tomberait dans le dénuement par suite de la dissolution du mariage une pension alimentaire proportionnée aux facultés de l'autre conjoint, même si ce dernier n'a pas donné lieu au divorce.

(18) Cf. les arrêts déterminants suivants : ATF 98 II, p. 9; 99 II, p. 129.

(19) Sur ces questions un arrêt intéressant par sa terminologie, JT 1969, p. 301 ss.

(20) Cf. les développements de René A. RHINOW : Rechtsetzung und Methodik, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1979, p. 49. L'auteur suisse qui a probablement exercé une influence sur les définitions reconnues par la pratique judiciaire, est le professeur A. MEIER-HAYOZ, qui a consacré un article à la notion de lacune intra legem, cf. "Lücken intra legem", in Rechtsfindung, Festschrift für O.A. Germann, Berne, Stämpfli, 1969, p. 149.

(21) Ainsi par exemple un arrêt ATF 94 I 127 décide, en opérant un changement de jurisprudence, que la notion d'intérêt public est une notion juridique indéterminée (unbestimmter Rechtsbegriff)... examinée librement, à titre de question de droit, par le Tribunal fédéral.

(22) Il faut préciser que nous croyons pouvoir identifier une "tendance générale" à admettre l'existence de deux types de normes incomplètes mais il faut reconnaître que la question de savoir si les deux types sont effectivement regroupés sous la dénomination générique de "lacune intra legem" ne peut pas

être tranchée sans hésitation. Il nous paraît possible, pour des raisons de commodité de langage, de considérer que les "lacunes intra legem" et les normes incomplètes sont une seule et même chose. Il n'est pas certain que le Tribunal fédéral ait reconnu expressément cette identité. Toute cette question de terminologie est agitée, avec plus ou moins de bonheur, par un arrêt ATF 103 Ia, p. 501.

(23) Sur cette grande distinction, cf. RHINOW, op. cit. p. 58. En allemand on oppose "Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriff".

(24) Le juge dispose dès lors, dans un cas de ce genre, d'une certaine "latitude de jugement" (Beurteilspielraum)... qui n'est pas, techniquement, un "pouvoir d'appréciation" (cf. ATF 103 Ia, p. 503.

(25) Ainsi, parmi d'autres :
- Un "besoin prépondérant" ATF 98 Ib p. 226 et 489.
- Une "conduite donnant lieu à des plaintes graves" ATF 93 I, p. 1 = JT 1967, p. 290.
- Une gêne pour la sécurité du trafic" ATF 98 Ib,p. 333.
- Un "cas particulier" ATF 96 I, p. 678.
- "Dans la règle" ATF 95 I, p. 398 et 289 = JT 1971, p. 96.
- Un "acte intéressant la défense nationale" ATF 103 Ia, p. 350.
- Un "cas de peu de gravité" ATF 105 IV, p. 55 et 102 IV, p. 231.
- Une "prestation extraordinaire" ATF 102 Ib, p. 241.

(26) ATF 91 I, p. 75.

(27) ATF 95 I, p. 33 = JT 1970, p 363 ss.

(28) ATF 98 Ib, p. 467.

(29) ATF 103 IV, p. 96.

(30) ATF 102 IV, p. 231.

(31) ATF 104 IV, p. 14; on constate que l'arrêt utilise le terme de "notions juridiques imprécises",... la liste d'exemples montre qu'il s'agit bien de notions juridiques qui sont plus habituellement qualifiées "d'indéterminées". Le flottement terminologique existe surtout en droit pénal sur cette question d'étiquette.

(32) ATF 98 Ib, p. 226.

(33) ATF 94 I, p. 127 = JT 1969, p. 82.

(34) Arrêt cité, JT 1969, p. 83.

(35) Arrêt cité, JT 1969, p. 84.

(36) ATF 95 I, p. 33 = JT 1970, p. 368.

(37) ATF 96 I, p. 369 = JT 1972, p. 102.

(38) ATF 98 Ia, p. 451.

(39) DESCHENAUX : "Le traitement de l'équité en droit suisse", op. cit., p. 35.

(40) ATF 94 II, p. 347.

(41) ATF 103 II, p. 169.

(42) ATF 99 II, p. 129 (arrêt rédigé en langue française).

(43) SJ 1982, p. 109.

(44) Arrêt cité ci-dessus, note 43.

(45) ATF 100 II, p. 194.

(46) ATF 91 I, p. 75; un arrêt très récent est plus net encore sur la question de l'analogie, voire de l'identité du contrôle de l'arbitraire et de l'exercice du pouvoir d'appréciation : "Aux termes de l'art. 30 al. 1 CC, le gouvernement du canton de domicile peut, s'il existe de justes motifs, autoriser une personne à changer de nom. Savoir si cette condition est réalisée est une question d'appréciation, que l'autorité cantonale doit trancher selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral examine en principe librement s'il existe de justes motifs de changement de nom. Toutefois, comme dans toutes les questions laissées au

pouvoir d'appréciation des autorités cantonales, il observe une certaine retenue et n'intervient que si la décision a été prise sur la base de circonstances qui ne jouent aucun rôle selon l'esprit de la loi ou si des aspects essentiels ont été ignorés : connaissant les données locales et personnelles, les conceptions et les coutumes, ainsi que l'environnement dans lequel vit le requérant, les autorités du canton de domicile de ce dernier sont généralement mieux à même d'apprécier la situation que le Tribunal fédéral." ATF 108 II, p. 2.

(47) SJ 1982, p. 109.

(48) F. GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, LGDJ, 1954, p. 320.

(49) F. GENY, op. cit., p. 319.

(50) qui, lucidement reconnaît qu'une telle idée..."ne peut être fondée que sur un postulat de nature métaphysique, impliquant une vue éminemment optimiste de l'ordre du monde, qui serait peut-être, plus ou moins consciemment, la profonde et suprême pensée des auteurs du Code civil suisse".

(51) qui a été récemment et brillamment exploitée à nouveau par F. OST et J. LENOBLE : Droit, mythe et raison, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.

(52) Cette "découverte" est le fait d'une "recherche" disait F. GENY... et non pas d'une activité de création de sens.

(53) Cf. ATF 101 Ib p. 379.

Liste des abréviations

adm.	administratif
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse; Administration des ATF : 39, av. de la Gare, CH 1003 LAUSANNE
ATF I	ATF rendus par la Cour de droit public et de droit administratif
ATF Ia	ATF rendus par la Cour de droit public et de droit administratif en matière de droit constitutionnel
ATF Ib	ATF rendus par la Cour de droit public et de droit administratif en matière de droit administratif et de droit international public
ATF II	ATF rendus par les deux Cours civiles
ATF IV	ATF rendus en matière de droit pénal et d'exécution des peines
CC	Code civil
CCS	Code Civil Suisse
CIJ	Cour Internationale de Justice
JT	Journal des Tribunaux; Administration : Imprimerie E. Ruckstuhl SA, avenue de Beaulieu 13, CH 1004 LAUSANNE (seule la première partie est citée)
OIT	Organisation Internationale du Travail
RDS	Revue de Droit Suisse; Administration : Sauerländer AG, Abt. Zeitschriften, Postfach, CH 5001 AARAU
SJ	Semaine Judiciaire; Administration : 2, place du Molard, CH 1211 GENEVE 3