



Livre

1983

Published version

Open Access

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

Déterminer les indéterminations : les "règles du droit et de l'équité" (art. 4
CCS) dans le discours de la doctrine et de la jurisprudence

Manai-Wehrlé, Dominique

How to cite

MANAI-WEHRLI, Dominique. Déterminer les indéterminations : les 'règles du droit et de l'équité' (art. 4
CCS) dans le discours de la doctrine et de la jurisprudence. Genève : CETEL, 1983. (Travaux CETEL)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4968>

Travaux CETEL, no 25

DETERMINER LES INDETERMINATIONS

Les "règles du droit et de l'équité"
(art. 4 CCS) dans le discours de la
doctrine et de la jurisprudence

Dominique MANAY

Décembre 1983

BFDB 4763



CETEL
Faculté de droit
5, rue Saint-Ours
CH 1211 GENEVE 4

A
186
MANA
1983

UNI-GE



1070834430

R2360 45060

1. Une appréciation libre ou une appréciation liée ?

A./ Au plan de la doctrine

Face à la question de l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge, la doctrine manifeste un flottement terminologique quant à la qualification même de l'exercice du pouvoir d'appréciation. Elle est néanmoins unanime à considérer que ce pouvoir d'appréciation n'est pas un pouvoir discrétionnaire.

Certes, la terminologie qu'utilisent les auteurs est variable. Cependant, ils conviennent tous que l'appréciation du juge est soumise à des contraintes et n'est donc pas libre.

En effet, seuls Alfred Martin et Pierre Lucien-Brun parlent de la "libre" appréciation du juge (1); alors que la majorité de la doctrine évite cette appellation et précise, au contraire, que l'appréciation du juge est liée.

Pour Egger, par exemple, il ne s'agit ni de "libre appréciation", ni de "libre recherche". Il écrit : "Das Gesetz kennt deshalb schon in der Terminologie kein freies Ermessen, so wenig wie eine freie Rechtsfindung" (2).

C'est pourquoi Henri Deschenaux entend mettre un terme à cette imprécision terminologique et distingue entre pouvoir d'appréciation et pouvoir discrétionnaire : "Le droit administratif connaît un pouvoir de libre appréciation qui, du moins dans certaines limites, permet à l'autorité d'agir ou de ne pas agir ou, si elle doit agir, opter entre diverses solutions ou encore de décider à la fois si et comment elle agira. L'autorité jouit donc d'un certain pouvoir discrétionnaire en ce sens que chacun des partis auxquels elle s'arrête apparaît 'juste' (...)" (3). "Le pouvoir d'appréciation de l'art. 4 CC n'est pas de cette nature; le juge doit, en tenant compte de toutes les circonstances, parvenir à une seule solution qui sera la seule juste" (4).

La pertinence même de la distinction entre appréciation "libre" et appréciation "liée" a été contestée.

Pour Diener en effet, il n'est pas concevable, dans un système légaliste, d'établir une différence graduelle de liberté laissée à un organe d'application du droit.

Diener est catégorique : la contrainte est une valeur fondamentalement antinomique à la liberté. L'une exclut l'autre. La seule distinction incontestable est celle établie entre le droit et le non droit. Il écrit : "Wo Recht ist, ist stets Gebundenheit; volle Freiheit ist nur dort, wo das Recht nicht mehr ist, also Willkür herrscht. (...) Je grösser die Freiheit, desto geringer die Gebundenheit. Aber nie darf im Rechtsstaat das Moment der Gebundenheit fehlen" (5).

Car, dans un Etat de droit, précise Diener, toute appréciation quelle qu'elle soit, est nécessairement une appréciation qui se déploie à l'intérieur du système légal; et même une appréciation dite libre ne peut jamais contredire fondamentalement le cadre légal contraignant dans lequel elle est obligée de s'insérer. De sorte que si l'on admet qu'il y a liberté, il ne sera question que d'une liberté relative, ne franchissant jamais les barrières légales. Si bien que, conclut Diener, l'appréciation, dans un système légaliste, est toujours en dernière analyse, liée au cadre légal. Il écrit : "auch das freie Ermessen bedeutet stets Freiheit in der Gebundenheit" (6).

Nous le voyons, par delà les fluctuations terminologiques, appréciation libre - appréciation liée, la doctrine est unanime pour affirmer que l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge, selon l'art. 4 CCS, n'est en aucun cas libre mais soumis à des contraintes légales.

B./ Au plan de la jurisprudence

A l'instar de la doctrine, la jurisprudence ne se lasse pas de répéter que le pouvoir d'appréciation du juge n'est ni libre, ni illimité, ni arbitraire. Pour la jurisprudence, il est incontestable que le juge est lié par les injonctions formulées à l'art. 4 CC.

C'est ce que le TF souligne à diverses reprises.

Voici ce qu'on peut lire dans la jurisprudence :

- Par exemple, à propos des "justes motifs" autorisant une personne à changer de nom (art. 30 CC), le TF déclare : "le gouvernement cantonal ne peut donc pas ... décider selon son bon vouloir s'il veut accorder ou refuser l'autorisation demandée. Sans doute est-ce une question d'appréciation que celle de savoir si les motifs invoqués à l'appui d'une demande de changement de nom sont de justes motifs selon la loi" (7).

- ou encore : "la détermination de l'étendue de la réparation ressortit au pouvoir d'appréciation du juge. Celui-ci n'est toutefois pas libre dans son jugement mais reste lié par la prescription de l'art. 4 CC selon laquelle il doit appliquer les règles du droit et de l'équité" (8).

Au plan du principe même, le TF affirme :

- "même lorsque la loi s'en remet à l'appréciation du juge, celui-ci n'est pas totalement libre mais doit se prononcer en fonction des règles légales et de l'équité, faute de quoi sa décision viole le droit fédéral (art. 4 CCS)." (9).

- Et ailleurs encore : "lorsque le droit fédéral s'en remet à l'appréciation du juge, celui-ci n'est pas absolument libre. Il est lié par la règle de l'art. 4 CC d'après laquelle il doit, en pareil cas, appliquer les règles du droit et de l'équité" (10).

De sorte que le pouvoir d'appréciation est présenté comme ni libre ni illimité : "Savoir si des circonstances spéciales justifient l'emploi de désignations nationales, territoriales ou régionales dans une raison de commerce est une question d'appréciation. Mais l'office fédéral du Registre du commerce ne jouit pas en la matière d'un pouvoir illimité. Il doit fonder sa décision sur des motifs objectifs et appliquer les règles du droit et de l'équité selon le principe général énoncé à l'art. 4 CC" (11).

Au regard de la jurisprudence, le pouvoir d'appréciation n'est ni arbitraire, ni discrétionnaire.

Il n'est pas arbitraire, rappelle le TF : "... cette appréciation n'est pas entièrement libre : appréciation ne signifie pas arbitraire" (12).

Le pouvoir d'appréciation de l'art. 4 CC se distingue également d'un pouvoir discrétionnaire : "le mot 'pourra' réserve nécessairement l'appréciation du juge. Sans doute ne jouit-il pas d'un pouvoir discrétionnaire" (13).

Ainsi, du discours de la jurisprudence il ressort que le pouvoir d'appréciation du juge n'est ni libre, ni arbitraire ni illimité, ni discrétionnaire.

Le pouvoir du juge est lié par la prescription de l'art. 4 CC : ce sont les règles du droit et de l'équité qui doivent fonder le pouvoir d'appréciation du juge.

2. Les "règles du droit et de l'équité" aux regards de la doctrine et de la jurisprudence

A./ Les oscillations de la doctrine face aux "règles du droit et de l'équité"

L'expression "droit et équité" a donné lieu à de multiples interprétations au sein de la doctrine.

L'enjeu est de savoir si l'expression renvoie à deux concepts distincts ou si, en revanche, il ne s'agit que de deux éléments d'une seule et même notion. Et si tel est le cas, comment, dès lors, qualifier et caractériser ce concept ?

A quelle acception de l'équité la doctrine s'est-elle référée pour expliciter cette disposition ?

La position de la doctrine n'est ni monolithique ni univoque. Bien au contraire, son discours est marqué par beaucoup d'hésitations que nous allons essayer de restituer.

Pour Rosseï et Mentha, l'expression droit et équité renvoie bel et bien à deux concepts séparés : le juge a pour tâche d'appliquer les règles du droit,

d'une part, et les règles de l'équité, d'autre part.

Ils considèrent, en effet, que "les règles du droit lui seront fournies par l'ordre juridique existant, par l'esprit général de la loi, ou par la coutume à défaut d'une disposition légale applicable, le tout comme le veut l'art. 1er. Celles de l'équité lui seront dictées par son sens de la justice, en considération des preuves apportées au débat." (14).

Diener est moins catégorique. Il distingue la lettre de la loi de son esprit. Pour lui, selon la lettre de l'art. 4 CC, l'interprétation de cette expression varie d'après les traductions : le texte français qui mentionne "les règles du droit et de l'équité" entend établir une distinction entre le "jus" et l'"aequitas" et renvoie à deux notions distinctes; par contre, les textes allemand et italien n'expriment qu'une seule notion en se référant l'un à "nach Recht und Billigkeit", l'autre "secondo il diritto e l'equità".

Tandis que l'esprit de la loi serait de considérer cette expression comme une seule notion : "Allein man wird dem Geiste der Gesetzworte nur dann gerecht, wenn man sie als ein Ganzes erfasst" (15).

Toutefois, ces positions sont minoritaires dans la doctrine. Les courants majoritaires et dominants considèrent que cette expression droit et équité renvoie à une seule notion (16).

Martin justifie cette option. Il rejoint le courant dominant en expliquant que "en se servant des termes droit et équité, la loi fait allusion au juste droit (das richtige Recht) mais (...) elle n'oppose pas le jus à l'aequitas" (17).

Dans le même sens, Bürgi estime qu'il ne s'agit que d'une seule notion. S'il y a une opposition, ce n'est pas entre le droit et l'équité mais entre le "droit strict" et le "droit équitable". De sorte que l'équité, dans cette perspective, est complémentaire au droit.

Il écrit : "Allgemein haben wir heute angenommen, dass der Begriff 'recht und billig' nicht als gegensätzlich, sondern als eine untrennbare Einheit aufzufassen ist; der Gegensatz zu Billigkeit wird nicht im Recht sondern im strengen Recht gesucht. Beides, billiges und strenges Recht, bilden zusammen den Gesamtbegriff

des Rechtes. (...) Das Recht benötigt sowohl strenge als billige Bestimmungen. Die ersteren sind für die Wahrung der Rechtssicherheit erforderlich; die letzteren sollen im Rahmen dieser Rechtssicherheit eine gewisse Berücksichtigung besonderer Umstände, bisweilen auch einen Ausgleich von Vor- und Nachteilen ermöglichen und schematische Auslegungen verhindern. Strenges und billiges Recht sind gleichermassen Recht und bezeichnen nur dessen innere Polarität" (18).

Toutefois, l'équité n'est pas un concept qui relève exclusivement du juridique; c'est un concept ambivalent puisqu'il puise ses racines dans l'environnement social.

C'est pourquoi le système juridique doit composer avec cette ambivalence pour que l'équité puisse se déployer dans le système juridique positif et "agir dans le cadre de la loi, pour l'individualisation et pour la différenciation. Mais en raison de sa signification générale et populaire, il (le concept d'équité) se trouve aussi influencé par les idées économiques et sociales du temps présent" (19).

Par ailleurs, si la doctrine majoritaire admet que cette expression ne renvoie en réalité qu'à une seule notion, elle n'est pas unanime quant à la qualification de cette notion.

La doctrine n'est pas dogmatique et oscille entre les deux acceptions du concept d'équité.

Tantôt nous trouvons certains éléments de la conception de l'équité au sens objectiviste (exogène au droit positif), tantôt d'autres éléments de la conception de l'équité au sens subjectiviste (sorte d'instinct, inhérent à la condition humaine).

Pour Gmür, cette notion serait le "droit juste" et le pouvoir d'appréciation du juge consisterait en une concrétisation de ce droit juste : "eine Findung des in concreto richtigen Rechts" (20).

Quant à Lucien-Brun, interprétant le droit et l'équité de manière interrogative, mais à l'intérieur de la perception objectiviste, il écrit : "il faut

entendre (...) le droit juste, le droit idéal, par opposition au droit strict. Mais en quoi consiste le droit juste, (...) il est difficile de le dire, et la règle de l'art. 4 ne saurait donc être considérée comme une limitation bien effective de sa liberté" (21).

Deschenaux entend se situer sur le plan purement logique pour nous proposer l'argumentation suivante : "il s'agit d'une seule et même notion, ce qui ressort de la formule allemande qui fond les deux termes ("nach Recht und Billigkeit")". En effet, ajoute-t-il, "que le juge, dans les hypothèses visées par l'art. 4, ait à statuer d'après le droit, exprimerait moins une tautologie qu'une impossibilité, puisque le droit écrit est précisément muet en l'occurrence. La loi vise un droit non écrit, le droit d'équité (billiges Recht) ou l'équité tout court" (22). Il précise : par droit d'équité "il faut entendre que, dans le vide laissé par la règle légale, le juge doit faire entrer des considérations de justice matérielle. (...) Dans le sens de l'aequitas romaine, le juge doit adapter sa décision à la spécificité du cas. Mais, dans ce processus d'individualisation, il doit s'attacher à des éléments typiques et garder le souci d'opérer avec des critères généralisables. (...) Le terme de 'règles' du texte français est un avertissement à cet égard" (23).

Dans le même sens, Tuor et Schnyder écrivent : "Dies besagt Art. 4 mit der Wendung, er müsse die Entscheidung nach Recht und Billigkeit treffen. Recht und Billigkeit bildet dabei ein Ganzes, das 'billige Recht', die Billigkeit" (24).

Egger se démarque de cette perception. Il admet que l'expression "droit et équité" renvoie à un "droit non écrit" mais que celui-ci n'est pas un corps de règles en dehors du droit positif, différent de lui; ce droit non écrit se trouve potentiellement inscrit en filigrane dans le droit positif. Il écrit : "Recht und Billigkeit enthalten eine Verweisung auf die ungeschriebenen Sätze der Rechtsordnung und letzten Endes auf das durch den Rechtsgedanken selbst Geforderte. (...) Aber dies kann er doch wieder nur in den engen Schranken des positiven Rechtes. (...) Seine Entscheidung soll so angemessen so gerecht sein,

wie dies in den Schranken der positiven Rechtsordnung möglich ist" (25).

D'autres auteurs refusent également de considérer l'équité comme un corps de règles différent, externe au droit positif et encore moins opposé à lui.

Pour Diener, en effet, l'équité est complémentaire au droit, il écrit : "... dürfen wir von einer Anwendung des Billigkeitsprinzipes innerhalb des Rechts sprechen" (26).

Pour lui, l'existence potentielle de l'équité dans le droit permet au juge d'exprimer ce que Diener appelle le "véritable droit". Selon l'auteur, l'équité fonctionne de manière implicite dans le droit; elle relève du jugement intuitif, "eine Synthese von Intellekt und Gefühl " (27).

C'est l'équité qui permet une application "humaine" du droit : "Der Richter hat sich in das Wesen der ihm vorliegenden Sache zu vertiefen und die Entscheidung nach der Überzeugung zu fällen, die er im Rahmen, der vorhandener Rechtsordnung vor dem gewinnen kann, was unter den vorliegenden Umständen dem wahren Rechte am nächsten kommt" (28).

Bürgi, pour sa part, n'entend pas réduire l'équité à un concept limitatif, à une simple notion "sentimentale". C'est pourquoi il met l'accent sur le caractère inéluctablement social de l'équité. En effet, le concept d'équité, écrit Bürgi, est éminemment social dans la mesure où il est modelé et nécessairement "influencé par les idées économiques et sociales du temps présent" (29).

Quant à German, c'est sur un autre registre, non moins important, qu'il entend mettre l'accent, à savoir la relation qui lie le concept d'équité au domaine des valeurs. Pour lui, l'équité ne constitue pas un corpus flou de règles non écrites et extra-juridiques; elle fonctionne de manière effective lors de l'appréciation du juge. Puisque celui-ci est contraint inéluctablement d'émettre un jugement de valeurs chaque fois qu'il se réfère au concept d'équité. Il écrit : "En pareil cas, la loi n'a pas établi de règle elle-même; aussi l'équité ne doit-elle pas s'opposer au droit positif comme une exception. (...) Le principe de cette appréciation est l'équité. (...) L'équité s'oriente vers le cas concret et tient compte de toutes ses particularités qui peuvent avoir une

influence quelconque sur l'appréciation du cas. Cette appréciation comprend (...) un jugement de valeur indépendant, en ce sens qu'il n'est pas déterminé par le droit positif, bien qu'il doive se tenir dans les limites des normes établies par la loi" (30).

Mejer-Hayoz est plus catégorique pour tourner le dos aux qualifications quasi impressionnistes de l'équité. Il va jusqu'à caractériser l'équité comme constitutive d'une méthode d'application du droit. Il écrit : "Die Entscheidung nach billigem Recht - oder kurz : nach Billigkeit - ist die dem Einzelfall möglichst angemessene Entscheidung; sie berücksichtigt alle erheblichen Umstände des Falles; sie hat die individuell - konkrete Interessenlage zum Gegenstand; sie ist die Entscheidung mit höchster Konkretisierung und Differenzierung." Il précise : "Billiges Recht bildet demnach keineswegs nur das volkstümliche Synonym zu richtiges Recht (...), sondern die Bezeichnung für eine bestimmte Art richtigen Rechts, nämlich für das mit kasuistischer Methode gefundene richtige Recht im Gegensatz zu dem mit legislatorischen Verfahren gefunden" (31).

B./ Une appréciation individualisée mais objectivement fondée

Bien que la doctrine soit unanime à considérer que le pouvoir d'appréciation du juge n'est pas libre et que le juge ne peut pas exercer son pouvoir d'appréciation de manière arbitraire, elle hésite quant à la signification à conférer à l'équité prescrite par le législateur pour guider le juge dans son appréciation.

De l'examen de l'ensemble de la doctrine helvétique, il ressort que l'appréciation selon les "règles du droit et de l'équité" est une appréciation qui postule certes une individualisation et une spécification mais qui n'en demeure pas moins une appréciation objective.



a) Une appréciation individualisée

Il est unanimement admis qu'un vide légal peut être comblé par le juge selon deux méthodes, afin qu'il puisse procéder à l'application du droit. La première consiste, pour le juge, à adopter un point de vue général et abstrait. Il formulera, alors, une règle de droit susceptible de s'appliquer à une généralité de cas; et c'est cette règle de droit qui lui permet de rendre son jugement. Cette méthode "modo legislatoris" est celle qui se trouve préconisée dans le cadre de l'art. 1, 2 CCS.

La seconde méthode consiste, au contraire, à adopter un procédé qu'on pourrait qualifier de casuistique, où le juge prend en considération la singularité et la spécificité du cas pour fonder sa décision. La décision du juge résulte ainsi de l'appréciation des circonstances particulières du cas. Et c'est précisément la méthode préconisée dans le cadre de l'art. 4 CC.

Ces deux méthodes impliquent deux types d'activités judiciaires différentes : alors que dans la première hypothèse, le juge part d'un vide normatif et doit formuler une règle de toutes pièces pour combler la lacune "praeter legem"; dans la seconde, il ne fait que compléter une règle qui figure dans la loi.

Alors que dans la première hypothèse, l'activité du juge consiste essentiellement à fabriquer une norme générale qui lui permettra de juger le cas particulier, et ce faisant il contribue à la formation de ce droit qu'on pourrait qualifier de prétorien; dans la seconde, son activité consiste essentiellement à établir des critères lui permettant de prendre en considération la particularité du cas concret dans la mesure où il se borne à combler le vide d'une disposition légale, vide dont les contours et l'espace sont dessinés par le législateur.

Lucien-Brun radicalise cette différence en distinguant la "libre recherche" (art. 1) de la "libre appréciation" (art. 4). Il écrit : "les deux articles visent des hypothèses entièrement différentes. (...) La libre recherche est un pouvoir supplétif auquel le juge ne recourt que pour combler les lacunes du droit positif; la libre appréciation, au contraire, s'exerce de façon continue, mais sous le contrôle de la loi et pour mettre en oeuvre le droit positif" (32).

En d'autres termes, dans le cadre du comblement d'une lacune "praeter legem", le juge n'examine le cas concret que de manière médiate, c'est-à-dire après la médiation que constitue l'élaboration d'une règle adéquate. Dans son activité d'appréciation en vertu de l'art. 4 CCS, au contraire, le juge apprécie de manière immédiate et directe le cas concret en le cernant dans sa spécificité et sa particularité. En ce sens, on peut parler d'appréciation individualisée.

Et Wolf ne nous contredit pas quand il écrit : "s'il y a une différence entre l'appréciation du juge selon l'art. 4 et la suppléance de lacunes selon l'art. 1, c'est que dans le cas de l'art. 4, le juge tiendra compte dans une large mesure des intérêts des parties dans le cas concret. Cependant, s'agissant de l'art. 1, il recherchera de prim' abord la règle abstraite à formuler pour les intérêts qui s'opposent dans des cas typiques" (33).

Pourtant, il est loisible de se poser la question de savoir comment le juge procède pour prendre une décision individualisée et concrète, selon le procédé casuistique stipulé par l'art. 4.

L'individualisation, à laquelle doit aboutir le pouvoir d'appréciation du juge, implique qu'il tienne compte des circonstances particulières du cas litigieux.

Son rôle n'est donc pas de schématiser les circonstances afin de formuler une norme qui lui permettra d'opérer la subsomption du cas particulier dans cette norme générale et abstraite; une appréciation individualisée, c'est, comme l'écrit Meier-Hayoz, une spécification du cas : "Individualisierung bedeutet also genau genommen maximale Spezialisierung" (34).

Si le juge tient compte des circonstances particulières, il ne doit toutefois pas prendre en considération toutes les circonstances, mais seulement les circonstances essentielles, juridiquement pertinentes, bref les circonstances qu'on peut qualifier d'exemplaires voire d'archétypes.

Cette activité d'appréciation nécessite, pour le juge, une opération de décryptage : prendre en considération les circonstances qu'on juge essentielles, et donc juridiquement pertinentes, parce que précisément elles expriment non seulement le cas singulier mais aussi son exemplarité, sa typicité.

A cet égard, Egger écrit : "Aber stets muss er dabei den Fall ins Typische erheben, auch jedem einzelnen Faktor den Rang zuweisen, der ihm bei grundsätzlicher Betrachtungsweise zukommt" (35).

Dans le même sens, Deschenaux précise : "il doit discerner des éléments typiques, propres à être pris en considération dans des espèces semblables. Sinon, il risque de se laisser gagner par le sentiment, la commisération, l'humeur ou la fantaisie" (36).

Si le juge examine les intérêts concrets et individuels en présence, si l'accent est mis sur la particularité et la singularité du cas, cela ne signifie aucunement qu'il doit faire table rase du droit.

La doctrine rappelle, en effet, que si le juge saisit la spécificité du cas, celle-ci ne devient pas pour autant antinomique au droit. La spécificité du cas concret n'implique pas l'abandon des principes juridiques.

Bürgi affirme en effet : "aber bei diesem Berücksichtigen muss er von den allgemeinen Rechtsgrundlagen des geltenden Gesetzes ausgehen. Deshalb ist der Ermessensentscheid auch zu begründen im Hinblick auf seine Übereinstimmung mit dem Gesetzesinhalt" (37).

Ainsi une appréciation individualisée n'équivaut nullement, au regard de la doctrine, à une décision subjective laissant la porte ouverte à l'arbitraire du juge. De sorte que le juge est contraint, dans sa prise en considération des circonstances particulières du cas, par les principes juridiques qui découlent du droit positif et dans lesquels sa décision doit nécessairement s'insérer.

Dans son appréciation, quand le juge se réfère à l'équité, cela n'entraîne pas une volte-face au droit positif; mais au contraire un complément vivifiant à celui-ci.

German objecte toutefois que la référence à l'équité risque d'aller à l'encontre du principe fondamental qui est l'égalité. Il se demande, en effet, "si l'équité s'adapte à toutes les particularités du cas concret, ne lui manque-t-il pas par contre l'élément d'égalité (élément reconnu fondamental pour la mission du droit) ?" (38)

Meier-Hayoz lui répond : au contraire, la prise en considération de la particularité du cas constitue précisément un moyen indispensable pour garantir l'égalité de droit.

Il écrit : "Dadurch, dass auf alle sachlich wesentlich Umstände abgestellt wird und ungleiche Behandlung nur bei sachlich wesentlicher Ungleichheit zulässig ist, wird der in BV 4 niedergelegte Grundsatz der Rechtsgleichheit, so wie er richtigerweise verstanden werden muss, best möglich verwirklicht" (39).

Ainsi, l'injonction légale contenue dans l'expression droit et équité, que la doctrine explicite comme étant une méthode adressée au juge pour apprécier les circonstances particulières du cas litigieux est contre-balancée, tempérée par d'autres injonctions qui servent de garde-fous afin d'éviter l'arbitraire. Pour ce faire, la doctrine dessine les contours de l'espace dans lequel se déploie l'appréciation du juge quand il se réfère à l'équité, afin de limiter sa subjectivité.

De surcroît, le second élément du mode d'exercice du pouvoir d'appréciation du juge est le caractère "objectif" de son appréciation. Celle-ci doit être non seulement individualisée mais encore objectivement fondée.

b) Une appréciation objectivement fondée

Dans sa référence à l'équité, quand le juge respecte la spécificité du cas et prend en considération ses intérêts particuliers, il court le risque de l'arbitraire en faisant dépendre la décision de sa propre subjectivité qui, bien entendu, varie de juge en juge.

Pour éviter ce risque d'arbitraire et de la fluctuation des décisions, la doctrine a estimé nécessaire de contrebalancer l'appréciation individualisée par l'exigence d'objectivité dans l'appréciation. En effet, elle est unanime à recommander au juge de prendre une décision objectivement fondée.

Ainsi, par exemple, pour Gmür, l'appréciation du juge doit se baser sur des "normes objectives" : "Der Hinweis auf Recht und Billigkeit ist keineswegs als ein Abstellen auf die subjektive Willkür, das einfach Rechtsgefühl aufzufassen. Vielmehr hat die Konkretisierung der Gesetzesrahmen (...) nach objektiven Normen zu geschehen" (40).

Dans la même perspective, Deschenaux reconnaît que l'appréciation du juge doit obéir à certaines normes; il écrit : "le juge est appelé à rechercher, sous sa propre responsabilité, les normes de son appréciation. Il ne saurait favoriser d'emblée certains intérêts, ni s'inspirer de critères subjectifs, ni même se laisser guider par des considérations de pure humanité. Il abuserait alors de son pouvoir (Ermessensmissbrauch)" (41).

Quelles sont alors ces normes qui guident l'activité d'appréciation du juge ? Où le juge les trouvera-t-il ?

D'après Omür, le juge les trouvera dans le droit lui-même interprété à la lumière des conceptions sociales en vigueur. Il écrit, en effet : "Daher ist denn auch in erster Linie das gesetzte Recht, der Gesetzesrahmen in Betracht zu ziehen und der Zweck des Instituts sowie der betreffenden Vorschrift ins Auge zu fassen. (...) kraft des Billigkeitsprinzips sind nur nähern Feststellung des Gesetzesinhalts sog. Erfahrungssätze heranzuziehen, welche der Richter insbesondere aus den gesellschaftlichen und sittlichen Anschauungen zu schöpfen hat" (42).

Pour d'autres auteurs, le principe qui est appelé à guider l'appréciation du juge consiste à ne retenir de la spécificité du cas traité et de ces circonstances particulières que les éléments qui, parce que généralisables ou exemplaires présentent une typicité qui dépasse le cas duquel ils procèdent.

C'est ainsi que German écrit : "selbst innerhalb des Ermessensspielraum soll nicht bloss nach dem Rechtsgefühl entscheiden sondern versucht werden, sich über die wesentlichen Umstände klar zu werden, die dann auch in künftigen Fällen wieder in gleicher Weise berücksichtigt werden können" (43).

S'appuyant sur la version française de l'art. 4, Deschenaux ajoute : "c'est dire que, même sur le terrain de l'art. 4, le juge doit élaborer des critères généralisables, qui ne sont pas autre chose que des règles abstraites, aussi spécifiées soient-elles. A cet égard, le texte français qui parle des "règles" du droit et de l'équité est dans le vrai" (44).

Cela a amené certains auteurs à rapprocher l'art. 4 de l'art. 1 CCS.

En effet, lorsque le juge forme une règle générale selon l'art. 1, 2 CC, celle-ci doit tenir compte des éléments particuliers de la situation litigieuse.

Et inversement, une décision prise selon l'art. 4 CC tend à la généralisation, dans la mesure où elle constitue le point de départ pour la réglementation de cas ultérieurs similaires, ne prenant en considération que les éléments généralisables.

A telle enseigne que, comme l'écrit Wolf, "le juge pour être équitable devra respecter le principe d'égalité devant la loi et ainsi une chaîne de jugements dans des cas similaires finiront par former une jurisprudence constante, une règle créée par le juge" (45).

Toutefois, ces éléments généralisables ne forment pas en eux-mêmes des normes suffisamment explicites et précises pour guider effectivement l'appréciation du juge.

De sorte que l'injonction légale d'appliquer les règles du droit et de l'équité, censée canaliser l'activité du juge, s'avère en réalité peu contraignante. Il n'y a pas un corpus de règles déterminables dans lequel le juge puiserait pour exercer son pouvoir d'appréciation.

De l'examen de la doctrine, il ressort que ce renvoi aux règles du droit et de l'équité est tout au plus un procédé d'appréciation : une appréciation qui, tout en étant individualisée, se veut objective.

Meier-Hayoz partage notre constat quand il écrit : "Wie diese objektive Wertung zu gewinnen sei, darüber lässt sich für den praktischen Gebrauch nicht viel sagen" (46).

L'auteur décompose l'opération mentale qu'effectue le juge quand il se réfère à l'équité. Celle-ci s'avère, à la lumière de cet examen, comme une attitude psychologique, faite d'intuition et de sentiment, préalables à la décision judiciaire elle-même.

Meier-Hayoz écrit, en effet : "Wie bei der regelbildenden Lückenfüllung kommt auch bei der Entscheidung nach Billigkeit primär das ethische, sekundär das realistische Moment in Betracht" (47).

Pour lui, le raisonnement judiciaire se déroule en deux temps : une phase préalable où se forme de manière diffuse la position du litige et le sentiment du résultat à obtenir. Ici, l'équité intervient comme jugement intuitif, comme pré-misse, comme un moule dans lequel se coulera le droit.

Un second temps est celui du raisonnement syllogistique où le juge tente d'enfermer la solution juridique dans un cadre formel.

Au terme de notre examen de la doctrine, il s'avère que l'expression droit et équité que la doctrine, à la suite du législateur, a appliquée comme réglementant, limitant et guidant l'appréciation du juge, une fois dépouillée par l'analyse, apparaît comme une contrainte bien diffuse pour fonctionner comme telle.

Il convient maintenant de confronter la doctrine au discours de la jurisprudence pour l'interroger, à son tour, quant au mode d'exercice du pouvoir d'appréciation du juge.

C./ Les "règles du droit et de l'équité" au regard de la jurisprudence : un concept-kaléidoscope

Comme nous l'avons fait pour la doctrine, nous allons interroger la jurisprudence en lui posant la question suivante : l'expression "règles du droit et de l'équité" couvre-t-elle un seul concept ou renvoie-t-elle à deux notions distinctes ?

Si la jurisprudence ne s'interroge pas explicitement sur ce point, la manière dont elle mentionne cette expression "droit et équité" est révélatrice de la réponse qu'elle donne implicitement à cette question.

En effet, la jurisprudence quantitativement dominante et largement majoritaire conçoit les termes de cette expression comme inséparables et indistinctement elle se réfère quasi automatiquement au droit et à l'équité.

Toutefois, un examen attentif de cette jurisprudence nous a permis de trouver quelques formulations qui attestent que parfois la jurisprudence conçoit cette expression comme renvoyant à deux concepts distincts l'un de l'autre.

Voici à titre d'exemples, les quelques formulations qui attestent que le droit et l'équité sont perçus comme deux notions distinctes et séparées : le TF utilise "les exigences du droit et de l'équité" (48); ou encore : "les règles

légales et (...) l'équité" (49); ailleurs, le TF est plus explicite : "dans ces conditions, ni le droit ni l'équité (...)" (50); ou aussi "Ici comme là, il doit appliquer les règles du droit et de l'équité, mais pas les unes sans les autres" (51).

Par ailleurs, à travers le dépouillement de la jurisprudence, il apparaît que cette expression droit et équité ouvre la voie à plusieurs types de logiques, balise la route au cheminement de plusieurs rationalités, autorisant à l'intérieur du discours judiciaire de multiples argumentations qui se réfèrent toutes au droit et à l'équité.

En adoptant une analyse systématique de la jurisprudence on peut découvrir à partir de l'examen de la référence au droit et à l'équité quatre sortes d'argumentations juridiques que tient le juge en exerçant son pouvoir d'appréciation.

En effet, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, le juge fonde concrètement sa décision en donnant sens au concept droit et équité par une argumentation juridique qui s'articule tantôt sur la légalité elle-même, tantôt sur la doctrine et la jurisprudence, tantôt sur l'invocation d'une norme sociale, tantôt enfin sur une casuistique dictée par la spécificité du cas concret.

Remarquons, à ce propos, que dans le discours du juge ces raisonnements ne s'excluent pas les uns les autres; ils sont souvent tenus de manière concomittante et complémentaire.

a) La référence au légalisme

L'argumentation la plus fréquente que tient le juge pour fonder son appréciation consiste à invoquer la loi.

Toutefois cette référence au système légal présente plusieurs factures et s'effectue selon plusieurs modalités.

Nous avons pu les regrouper en quatre séries :

- Le juge table sur une disposition légale précise qui lui sert de support pour déterminer et caractériser les "règles du droit et de l'équité". Pour donner

substance à ce concept indéterminé et pour le rendre opératoire dans le discours judiciaire, le juge se réfère à une disposition légale précise en invoquant soit sa "genèse" (52), soit son "sens" (53), soit son "but" (54).

- Une autre modalité de se référer à la légalité pour préciser ce que sont les règles du droit et de l'équité est le renvoi à la systematique de la loi ou à l'esprit de l'institution qui autorise le juge à exercer son pouvoir d'appréciation (55).

- Dans une troisième modalité selon laquelle le juge se réfère à la légalité il ne déduit pas les règles du droit et de l'équité d'une disposition légale précise, ni même de la systematique de la loi mais plus largement d'un principe général du droit, tel que "la convention des parties (...) fait règle" (56), "la liberté des contractants ne doit pas être entravée" (57), "le principe fondamental de la fidélité aux contrats" (58).

- Une dernière modalité de référence à la légalité dans l'exercice du pouvoir d'appréciation consiste à se référer d'une manière abstraite au droit envisagé globalement, pris comme une entité et fonctionnant comme un postulat (59).

b) La référence à l'autorité de la doctrine et de la jurisprudence

Une autre constante de la jurisprudence se repère dans un second registre où, pour fonder son appréciation selon le droit et l'équité, le juge table sur la doctrine et la jurisprudence (60).

Et même lorsqu'il ne suit pas l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence, le juge les consulte, il les utilise comme référant même si c'est pour s'en distancer et fonder son appréciation sur une autre base, par exemple sur la loi (61).

c) La référence à une norme sociale

Pour donner un contenu sémantique au concept droit et équité, le juge déploie son discours sur un troisième registre, à savoir la référence à certaines valeurs, constituant une norme sociale. C'est ainsi que le juge pour concrétiser

le droit et l'équité s'attribue la fonction d'être le porte-parole d'un homme "moyen", "ordinaire" et "raisonnable", d'un homme qui sait écouter la "nature des choses".

Cette troisième modalité discursive place le juge au confluent des courants ordinaires de la vie sociale afin d'en exprimer une moyenne qui lui sert de paramètre d'appréciation et de critère d'évaluation.

Partant de cette position qui se veut la traduction de la ligne médiane des pratiques sociales, le juge en arrive à formuler un critère qui, s'appuyant sur la fréquence de ces manifestations, est associé dès lors à une véritable norme.

Cette norme sociale constituera, par la suite, un principe directeur dans son appréciation. De sorte que ce procédé dessine en creux, implicitement, le statut de déviance à toutes pratiques sociales qui, parce qu'insolites, singulières ou marginales, ne rentrent pas dans le moule ainsi fabriqué.

La jurisprudence corrobore ce constat. Elle révèle en plus que le juge se réfère à différents points d'appui pour formuler cette norme sociale.

- En effet, tantôt les règles du droit et de l'équité sont dégagées par induction de la "nature de la chose" (62) ou de "l'expérience de la vie" (63). Elles sont alors aux termes du discours judiciaire l'expression d'une "appréciation correcte et équitable des choses" (64) et de "l'expérience générale de la vie" (65), allant dans le "cours ordinaire des choses" (66).

- Tantôt les règles du droit et de l'équité se basent sur une évaluation morale et entendent être l'expression de ce qui est communément admis comme "raisonnable" (67).

Toutefois, le "raisonnable" n'est pas ce qui est conforme aux canons d'une raison logicienne. Mais plutôt d'une raison non spéculative, une raison qui prend en compte les différents intérêts en cause (68).

- Tantôt cette norme sociale peut tabler sur la tradition c'est pourquoi elle prendra en considération telle ou telle pratique locale qu'elle sélectionnera du foisonnement des pratiques collectives spécifiques et régionales (69).

- Tantôt pour permettre au juge d'exercer son pouvoir d'appréciation, cette norme sociale se réfère à ce que le discours judiciaire appelle "l'homme normal"

moyen" (70). "Homme normal moyen" que les juges ne peuvent jamais rencontrer concrètement, puisqu'il n'est pas observable empiriquement dans l'espace réel des pratiques sociales. Au contraire, il ne correspond qu'à une construction formelle qui confond observation et prescription. Car cet "homme normal moyen" n'est en réalité qu'une image construite permettant de servir de paramètre d'appréciation et de critère d'évaluation. Bref, il ne s'agit que d'un homme-étalon-abstrait et fictif qui permet d'apprécier de manière normative l'agir des hommes réels dans la diversité de leurs conditions sociales et dans la pluralité de leurs pratiques individuelles.

Il nous semble intéressant de constater d'abord que cette norme sociale est une construction du discours judiciaire.

Ensuite, elle ne se réfère qu'aux seules pratiques sociales qui lui permettent de se donner la légitimité d'une position médiane; à ce point au confluent des pratiques sociales, qu'elle peut servir de principe directeur de comportement. Ainsi construite, elle condamne à la déviance tout ce qui s'écarte de cette moyenne.

Ce faisant, elle balise la route aux comportements jugés conformes à la norme servant ainsi non seulement d'appui pour l'appréciation du juge, mais aussi de support implicite pour une qualification injonctive quant aux comportements désirables et ceux qui ne le sont pas. Il s'agit donc d'un paramètre fabriqué par le discours judiciaire non seulement pour apprécier ce qui est mais pour solliciter et prescrire ce qui doit être.

De surcroît, cette norme nous paraît à la fois sélective et exclusive : sélective, dans la mesure où elle sélectionne les pratiques sociales qui la corroborent; exclusive, dans la mesure où elle exclut tout ce qui dépasse les contours du moule d'appréciation que le discours judiciaire a façonné.

d) La référence à la casuistique

En examinant les différentes argumentations que tient le discours judiciaire dans sa référence au droit et à l'équité, nous découvrons une quatrième modalité qui se déploie autour de la prise en considération de la spécificité du cas.

Il est surprenant que cette modalité se manifeste à travers la lecture de la jurisprudence de manière subsidiaire, ponctuelle, et quantitativement moins fréquemment.

Sans doute est-ce parce que la référence à la spécificité du cas semble aller de soi puisqu'elle est inhérente de manière intrinsèque à l'opération judiciaire et qu'elle s'effectue inéluctablement dans l'acte de juger.

Toujours est-il que les cas où se formule explicitement ce type d'argumentation sont rares (71).

De notre examen de la jurisprudence, il ressort que le concept droit et équité fonctionne dans le discours judiciaire comme un concept-pivot, une notion charnière.

En effet, n'ayant pas de contenu sémantique propre, n'ayant pas de signification caractérisée et close, ce concept occupe une place importante dans le discours judiciaire dans la mesure où il autorise à l'intérieur du même discours plusieurs argumentations juridiques en adoptant et en assimilant le sens que lui confère le raisonnement juridique pour le cas d'espèce.

C'est pourquoi nous l'avons vu puiser sa signification en s'articulant tantôt sur la légalité, tantôt sur la doctrine et la jurisprudence, tantôt sur une norme sociale, tantôt sur la casuistique de la spécificité du cas, permettant ainsi au discours judiciaire d'utiliser plusieurs rationalités diverses voire antagonistes, tout en demeurant cohérent.

La référence au droit et à l'équité fonctionne dans le discours judiciaire tel un concept-clé qui ne tire pas son importance de ce qu'il est mais de ce qu'il permet. Concept-clé dans la mesure où il tire son enjeu théorique non de lui-même mais des différentes perspectives qu'il ouvre pour que se déploient les quatre sortes de rationalités juridiques que nous avons examinées précédemment.

De notre analyse, il ressort que l'art. 4 constitue une disposition dynamique dans le système juridique puisqu'il lui permet d'être fidèle à lui-même tout en variant, tout en tenant des argumentations différentes voire opposées.

C'est précisément cette disposition, en tant que concept flou, qui permet au système juridique de s'ouvrir au méta-juridique voire de l'intégrer, comme nous

l'avons vu à propos de la référence à une norme sociale.

C'est encore cette disposition qui, par sa polyvalence, permet le déploiement de plusieurs rationalités juridiques qui sauvegardent le légalisme tout en lui assurant un ancrage social, permettant au système juridique d'être conforme à la tradition et à la volonté légaliste tout en composant avec des éléments exogènes au système légal en les intégrant de manière harmonieuse et non contradictoire dans son fonctionnement.

Plus qu'un concept-clé qui ouvre plusieurs optiques pour l'argumentation juridique, il s'agit d'un concept-kaléidoscope qui produit plusieurs effets tout en restant le même.

NOTES

- (1) A. Martin, Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le CCS, Genève, Georg, 1909 : "La libre recherche s'exerce encore dans une autre hypothèse que celle prévue par l'art. 1,2..." (p. 25) et plus loin : "ainsi, le juge apprécie librement..." (p. 26); quant à Lucien-Brun, il écrit : "La libre appréciation ne doit pas être l'arbitraire" (P. Lucien-Brun, Le rôle et les pouvoirs du juge, Lyon-Genève, Georg, 1920, p. 60).
- (2) A. Egger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, Einleitung, Zurich, Schulthess, 2e éd., 1930, art. 4, p. 89, no 10.
- (3) H. Deschenaux, Le titre préliminaire du code civil, traité de droit civil suisse, t. II, I, Fribourg, Ed. universitaires, 1969, p. 127.
- (4) Ibid., p. 128.
- (5) E. Diener, Das Ermessen (art. 4), Zurich, Buchd. W. Hess, Wald, 1920, pp. 50-51.
- (6) Ibid., p. 54.
- (7) ATF 70 I 216 = JT 1945 296, ici p. 300.
- (8) ATF 98 II 164 = JT 1973 226, ici p. 227.
- (9) ATF 100 II 187, ici pp. 188-189.
- (10) ATF 81 II 408 = JT 1956 361.
- (11) ATF 93 I 561 = JT 1968 646; cela le TF l'avait déjà affirmé en 1903 cf. ATF 29 I 133, en particulier p. 136.
- (12) ATF 63 I 264 = JT 1938 156, ici p. 158.
- (13) ATF 73 IV 75 = JT 1947 IV 66, ici p. 67; ATF 73 IV 82 = JT 1947 IV 102, en particulier p. 105.
- (14) V. Rossel et F.H. Mentha, Manuel du droit civil suisse, Lausanne-Genève, Payot, 1923, t. I, p. 69.
- (15) E. Diener, Das Ermessen, op. cit., p. 83.
- (16) cf. A. Egger, Kommentar..., op. cit., pp. 90-91 no 13; W. Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben" und "Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht, Berne, Stämpfli, 1939, p. 65; H. Deschenaux, "Le traitement de l'équité en droit suisse", Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe congrès international de droit comparé, Bâle, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1970, p. 31; P. Tuor et B. Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zurich, Schulthess, 1979, p. 43.

II.

- (17) A. Martin, Observations..., op. cit., p. 26.
- (18) W. Bürgi, Ursprung..., op. cit., p. 65.
- (19) W. Bürgi, Equité, F.J.S., 1942, no 250.
- (20) M. Gmür, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, Einleitung, Berne, Stämpfli, 1919, p. 65, no 12b.
- (21) P. Lucien-Brun, Le rôle..., op. cit., p. 60
- (22) H. Deschenaux, Le titre préliminaire..., op. cit., p. 123.
- (23) H. Deschenaux, "Le traitement...", op. cit., p. 31.
- (24) P. Tuor et B. Schnyder, Das schweizerische..., op. cit., p. 43.
- (25) A. Egger, Kommentar..., op. cit., pp. 89-90, no 11.
- (26) E. Diener, Das Ermessen, op. cit., p. 84.
- (27) Ibid., p. 83.
- (28) Ibid., pp. 83-84.
- (29) W. Bürgi, Equité, op. cit., ce qu'il a déjà démontré dans son ouvrage "Ursprung..." : "Auf alle Fälle bleibt ein weiter Spielraum bestehen, der es ermöglicht, die geltenden Ansichten über das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft zu berücksichtigen, unter gleichzeitiger Wahrung des Gesetzes" (p. 95).
- (30) O. A. Germann, "Méthodes d'interprétation et problèmes fondamentaux du droit", Extrait de O.A. Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Berne, Stämpfli, 1964, pp. 403-404.
- (31) A. Meier-Hayoz, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, art. 1-10 ZGB, Berne, Stämpfli, 1966, p. 425, nos 12 et 13.
- (32) P. Lucien-Brun, Le rôle..., op. cit., p. 62.
- (33) E. Wolf, "Les lacunes en droit et leur solution en droit suisse", in Le problème des lacunes en droit, études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, Et. Emile Bruylant, 1968, p. 120.
- (34) A. Meier-Hayoz, Schweizerisches..., op. cit., p. 434, no 46.
- (35) A. Egger, Kommentar..., op. cit., p. 90, no 12.
- (36) H. Deschenaux, Le titre préliminaire, op. cit., p. 124.
- (37) W. Bürgi, Ursprung..., op. cit., p. 91.
- (38) O. A. Germann, Méthode d'interprétation..., op. cit., p. 404.

III.

- (39) A. Meier-Hayoz, Schweizerisches..., op. cit., p. 436, no 51.
- (40) M. Gmür, Kommentar..., op. cit., p. 65, no 12.
- (41) H. Deschenaux, Le traitement..., op. cit., p. 36.
- (42) M. Gmür, Kommentar..., op. cit., p. 65, no 12a.
- (43) O. A. Germann, "Zur Problematik der Ermessensentscheide", in O. A. Germann, Probleme und Methoden des Rechtsfindung, Berne, Stämpfli, 1965, p. 353.
- (44) H. Deschenaux, Le titre préliminaire..., op. cit., p. 124.
- (45) E. Wolf, Les lacunes..., op. cit., p. 119.
- (46) A. Meier-Hayoz, Schweizerisches..., op. cit., p. 436, no 49.
- (47) Ibid., p. 436, no 50.
- (48) ATF 68 II 169 = JT 1943 99, ici p. 104.
- (49) ATF 100 II 187, ici p. 189.
- (50) ATF 52 II 68 = JT 1926 294, ici p. 299.
- (51) ATF 60 II 205 = JT 1934 626, p. 631.
- (52) JT 1941 626, ici p. 630.
- (53) ATF 55 II 11 = JT 1929 578, ici p. 580; ATF 98 II 164 = JT 1973 226, ici p. 227.
- (54) ATF 88 II 511 = JT 1963 597; ATF 89 I 8, ici p. 9.
- (55) cf. ATF 60 II 205 = JT 1934 626, en particulier p. 631
ATF 80 II 378 = JT 1955 450, en particulier p. 458
ATF 98 II 164 = JT 1973 226, en particulier p. 227
ATF 73 IV 75 = JT 1947 IV 66, en particulier p. 68
ATF 68 IV 79 = JT 1943 IV 22, en particulier p. 23
ATF 95 II 143, en particulier p. 153
ATF 61 I 455 = JT 1936 573, en particulier pp. 574-575
ATF 63 I 264 = JT 1938 155, en particulier p. 158.
- (56) ATF 68 II 169 = JT 1943 99, ici p. 104.
- (57) ATF 63 II 245, ici p. 249.
- (58) ATF 95 II 532 = JT 1971 40, ici p. 47; cf. aussi ATF 84 II 529 = JT 1959 332.
- (59) cf. ATF 89 II 396, en particulier p. 398
ATF 90 II 83 = JT 1964 445.

- (60) cf. ATF 70 I 216 = JT 1945 296, en particulier p. 300
ATF 96 I 425, en particulier p. 429
ATF 99 Ia 561 = JT 1974 325, notamment pp. 327-328
ATF 98 Ia 455, en particulier p. 458
ATF 91 II 372 = JT 1966 322, en particulier p. 334
ATF 80 II 378 = JT 1955 450, p. 457.
- (61) cf. ATF 101 Ia 545, pp. 549-550
ATF 100 II 187.
- (62) ATF 100 II 187.
- (63) ATF 95 II 411, ici p. 419
ATF 98 II 164 = JT 1973 226, ici p. 227.
- (64) ATF 70 I 216 = JT 1945 296, ici p. 300.
- (65) ATF 89 II 396, ici p. 398
ATF 90 II 83 = JT 1964 445.
- (66) ATF 93 II 22 = JT 1968 148, ici p. 155.
- (67) ATF 68 II 169 = JT 1943 99, ici p. 105.
- (68) ATF 99 Ia 561 = JT 1974 325, ici p. 327
ATF 63 II 245, en particulier pp. 249-250
ATF 95 II 532 = JT 1971 40, en particulier p. 47
ATF 91 II 372 = JT 1966 322, en particulier p. 334
ATF 82 II 142 = JT 1957 101, en particulier p. 104.
- (69) ATF 84 II 628 = JT 1959 362, en particulier p. 365 où le TF se réfère aux
"usages locaux".
- (70) ATF 79 II 47 = JT 1954 294, ici pp. 298-299.
- (71) cf. néanmoins ATF 97 II 123, en particulier p. 131
98 II 164 = JT 1973 226, en particulier p. 227
51 II 162, en particulier p. 170
96 II 218, en particulier p. 235
95 II 143, en particulier p. 153
91 II 153, en particulier p. 155
101 Ia 545, en particulier p. 550.