

**Dominique Manai, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, préface de Jean-François Perrin, Lausanne, Payot, 1985, 317 pages. ISBN-2-601-02686-3**

Alain-François Bisson

Volume 17, Number 4, 1986

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059236ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059236ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Bisson, A.-F. (1986). Review of [Dominique Manai, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, préface de Jean-François Perrin, Lausanne, Payot, 1985, 317 pages. ISBN-2-601-02686-3]. *Revue générale de droit*, 17(4), 937–939. <https://doi.org/10.7202/1059236ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1986

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>



This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

**Dominique MANAÏ, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, préface de Jean-François Perrin, Lausanne, Payot, 1985, 317 pages. ISBN-2-601-02686-3.**

Le style de ce livre (dont l'éminent préfacier lui-même semble avoir été profondément agacé, p. 8) est sans agrément, à moins qu'on ne veuille trouver de l'agrément au style soixante-huitard de la démystification et de la prise de parole. Il y a donc beaucoup de « paroles », de « discours », d'« interpellations », d'« interrogations », de « récurrences », de « focalisations » et autres « verbalisations » dans l'ouvrage (la thèse?) de madame Manaï, sans compter de lourds préliminaires méthodologiques où l'on entend « tourner le dos à la dichotomie schématique qui enferme le débat juridique contemporain » pour accéder à « une perspective méta-dogmatique et plurale » (voir ce qu'en pense le préfacier, p. 7). Et comme la précision de l'expression ne peut toujours s'accommoder de telles prétentions de vocabulaire (qui n'excluent pas un nombre imposant de coquilles et de fautes ou bizarreries d'orthographe), cela donne un peu partout dans l'ouvrage des phrases du genre de celle-ci : « ... il convient de se pencher, ne serait-ce que brièvement, sur les différentes réponses qui ont été fournies quant à la place des valeurs dans le discours judiciaire en focalisant le regard autour de leurs attitudes face à l'équité » (p. 246). À quoi l'on voit qu'un certain style québécois de « l'expertise » en sciences humaines n'est pas sans pendant européen.

Il faut pourtant surmonter la répugnance que peut inspirer un tel style, car le sujet et le contenu de cet ouvrage sont du plus grand intérêt. Il s'agit en effet d'une étude des tenants et aboutissants pratiques et philosophiques du fameux article 4 du Code civil suisse : « 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 ». C'est, dans les études de droit comparé, une des dispositions les plus souvent citées du Code civil suisse, sans qu'on se préoccupe trop de savoir cependant ce que les Suisses eux-mêmes en pensent et en font. Or que nous apprend madame Manaï à la charnière des deux parties de son ouvrage (p. 139)? Que « la référence aux "règles du droit et de l'équité" fonctionne dans le discours judiciaire de manière rhétorique et sert plus de figure rituelle dans l'art de l'argumentation juridique que de motivation réelle dans le processus de la décision du juge » et qu'elle « puise, dans la jurisprudence, son importance moins de ce qu'elle est que de ce qu'elle permet ».

En réalité, comme le montre amplement la première partie de l'ouvrage, l'article 4, quatre fois reformulé, a été le résultat, malgré la personnalité dominante d'Eugen Huber (que l'auteur démythifie soigneusement, il va de soi), d'un compromis entre des visions divergentes, sinon opposées, de ce sur quoi le juge doit, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, fonder sa décision (p. 52); le législateur suisse, en édictant l'obligation d'appliquer « les règles du droit et de l'équité », loin d'en appeler au sentiment personnel des juges, a entendu au contraire écarter toute appréciation arbitraire de leur part et les renvoyer en tout cas, selon le rapporteur Rossel, à la « culture juridique » (pp. 54-55); lorsque la loi réserve explicitement ou, selon leur avis, implicitement leur pouvoir d'appréciation, les tribunaux suisses accordent parfois une valeur décisive et exclusive aux circonstances du cas particulier, mais ils s'efforcent

généralement de trouver des assises normatives plus étendues à leurs décisions, recourant de façon libre et souvent combinée à la loi, à l'esprit des institutions, aux principes généraux du droit, aux autorités doctrinales et jurisprudentielles, aux normes sociales tirées de la nature des choses, de ce qui est communément regardé comme raisonnable, des traditions notamment professionnelles, du comportement attendu de « l'homme normal moyen » (pp. 86-98). En somme, la pratique suisse ne traite pas le droit et l'équité en opposition (ce qui, semble-t-il, rend problématique le titre même de l'ouvrage) mais considère plutôt « les règles du droit et de l'équité » comme un tout autorisant une grande diversité de motivations qui n'en sont pas moins « juridiques » ou « équitables », selon le cas, parce que l'accent aurait été placé davantage sur les considérations d'espèce ou, à l'autre bout, sur une disposition légale précise. Ceci conduit madame Manai à voir dans les règles du droit et de l'équité « un concept kaléidoscope qui produit plusieurs effets tout en restant le même » (p. 99). À vrai dire, on s'attendrait presque à ce que l'ouvrage s'arrête là et aille directement aux conclusions, tant cette première partie est riche en révélations (et en confirmations) sur la façon dont les juges (et pas seulement les juges suisses, il va sans dire) travaillent sur les sources du droit pour parvenir à leurs décisions.

Mais, ayant ainsi constaté « les différentes rationalités qui composent le discours judiciaire » et que l'article 4 C.C.S. favorise sans en être une clé indispensable (le rapporteur Rossel, encore une fois, l'aurait volontiers considéré comme « superflu, si tous les juges étaient des magistrats possédant une sérieuse culture juridique », p. 54!), madame Manai entreprend, dans une seconde partie, d'en trouver le fondement théorique. Elle le fait sous l'angle quadruple du processus de la décision judiciaire, de la légalité, de la rationalité institutionnelle et des valeurs. L'immense appareil doctrinal déployé ici par l'auteur paraîtra, aux esprits épris de simplicité, un peu lourd pour « valider » le travail consciencieux et compétent d'honnêtes magistrats helvétiques. Mais cela nous vaut la présentation, en capsules et généralement très claire, d'à peu près tout ce qui a pu s'écrire, notamment en langues française et allemande, du plus pénétrant au plus artificiel en passant par le plus platement évident, sur les processus de formation du droit; et, çà et là, des notations plus concrètes, notamment sur l'organisation judiciaire suisse où l'on retrouve, librement et originellement combinés, bien des traits des organisations judiciaires de type français, anglais ou américain (p. 200 et s.).

De cette double plongée dans la pratique judiciaire et les constructions théoriques, madame Manai tire la conclusion (p. 294) que « le droit ne s'avère réductible ni à une idéologie, ni à une mythologie. Bien qu'il relève simultanément de ces deux univers, il les englobe pour représenter de manière spécifique l'imaginaire social auquel il appartient » et à l'égard duquel « les règles du droit et de l'équité », comme tous les concepts juridiques indéterminés, jouent un rôle de puissant révélateur. Elle cite, pour le désapprouver, M. Guy Rocher (qu'elle tient, avec M. Léon Dion, pour l'un des rares auteurs francophones à avoir amorcé les réflexions nécessaires à l'établissement d'une anthropologie juridique) selon qui « il peut paraître téméraire de vouloir relier le droit à l'imaginaire social. S'il est une institution d'où l'imaginaire semble absent, c'est bien le droit ». Avec Giraudoux, homme de théâtre et fin

connaisseur, il faut donner raison à madame Manai : le droit déborde d'imaginaire. Mais il y a ici quelque injustice à « exécuter » M. Guy Rocher sur ces quelques lignes. À le lire en effet, il nous aurait semblé qu'il n'exclut aucunement la possibilité de retrouver de l'imaginaire dans le droit, quoique l'entreprise — réserve vraiment surprenante — lui paraisse constituer un défi de taille ; que ce qu'on peut peut-être plutôt lui reprocher, c'est d'avoir, en ce qui regarde le droit, réduit pour l'essentiel l'imaginaire social aux « projets de société ». Le droit ainsi amputé de ses innombrables rêveries, petites et grandes, sur l'état de société, de tout ce qui fait en somme l'interprétation juridique dans ses aspects les plus quotidiens, la recherche de l'imaginaire dans le droit ne peut effectivement s'annoncer ni évidente ni pleinement fructueuse.

Mais cette réduction de l'objet et du sens de la recherche est au fond significative. Comme l'a écrit M. Lévy-Garboua (cité dans un stimulant ouvrage récent : Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, P.U.F., 1985, p. 168), « l'observateur des faits sociaux, privé des possibilités d'expérimentation offertes à d'autres sciences, a du mal à saisir toutes les informations et sensations immédiatement accessibles à l'acteur le plus primitif ». Plutôt que de se plaindre de l'incompréhension des sociologues, qui ne demanderaient pas mieux que d'être exactement renseignés, les juristes auraient avantage à dire plus souvent ce que réellement ils savent et font. L'ouvrage de madame Manai est à cet égard exemplaire, malgré les réserves qu'appellent son style et, sous certains rapports, sa méthode. En outre, la richesse et la diversité remarquables de sa documentation et des questions abordées en feront un ouvrage des plus utiles pour tous ceux qui, comparatistes ou non de profession, s'intéressent à l'interprétation et à la théorie générale du droit.

**Alain-François BISSON**

Professeur à la Faculté de droit  
de l'Université d'Ottawa