

Thèses Pascal Pichonnaz

Du droit national/international au droit transnational. Si le XIXe siècle est marqué par des codifications nationales. C'est donc une époque propice pour les réflexions fondamentales autour du droit suisse, mais aussi pour l'exportation du droit suisse dans d'autres systèmes.

Après le droit international de la première moitié du XXe siècle, on commence à parler d'un droit transnational avec les fameux textes de Philip Jessup en 1956. Les acteurs, les fora, les manières de créer du droit évoluent. On ne parle pas d'un système juridique global (cf. cep. Shaffer/Coyed), mais bien de forces nombreuses et variées qui favorisent le développement organique du droit.

Du droit souple au droit codifié. Le droit privé était particulièrement marqué au XIXe siècle par une interaction entre législateurs et auteurs. Les échanges, les influences et les collaborations étaient intenses et riches. Il suffit de penser au rôle de Eugen Huber ou de Virgile Rossel, qui furent tant professeurs, et même président du Tribunal fédéral pour le second, et tous deux parlementaires au moment de l'adoption du Code civil, ce qui permis de favoriser une adoption raisonnée du code civil suisse, puis son explication et sa mise en œuvre.

Comme le montre la publication des avis de droit de Eugen Huber (par Urs Fasel), l'activité de ces professeurs ne se limitait pas à produire des propositions législatives ou des articles sur des notions fondamentales, mais bien d'assurer ensuite la mise en œuvre de concepts adoptés.

Le glissement d'un droit casuistique, fondé sur des siècles d'évolution à partir de racines romaines communes, vers un droit plus dur, ancré dans des codes, imposait aux auteurs de faire passer les compréhensions dogmatiques jusque dans les travées du Parlement. A cet égard, l'*Anthology of Swiss Legal Culture* est fondamentale pour comprendre cette cristallisation progressive au travers des textes fondamentaux, en droit privé également.

La méthodologie a suivi ce processus de cristallisation. A la fin du XIXe siècle et durant la 1^{ère} moitié du XXe siècle, la méthode d'application du droit a mis de plus en plus l'accent sur le texte comme élément central. "Si un texte est clair, il n'est pas nécessaire de l'interpréter" (*interpretatio cessat in claris*) ; tel était le *mentra* exprimé par le Tribunal fédéral, jusqu'à l'apparition en 2002 (ATF 127 III 444) du *pluralisme pragmatique* qui, du moins initialement, entendait ne pas donner de prééminence au texte de la loi par rapport aux autres canons de l'interprétation. Cette approche renouvelée a permis de mieux intégrer les divers facteurs créateurs de droit, et en quelque sorte, de favoriser en Suisse la reprise d'éléments de droit transnational au travers de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le dernier ouvrage de Susanne Leuzinger peut à cet égard s'avérer révélateur de ces mouvements en profondeur¹.

En droit contractuel plus particulièrement, on peut encore faire les remarques suivantes :

Du droit contractuel autonome au droit contractuel régulé. Le droit contractuel était également marqué par le principe cardinal de l'autonomie de la volonté et un filet de droit dispositif pour soutenir les acteurs privés. Cela signifiait aussi que les acteurs du droit, par définition, avaient la possibilité d'être réceptifs par rapport aux tendances nouvelles et aux influences des auteurs de doctrine.

L'évolution actuelle en droit contractuel est marquée par **deux tendances**.

- D'une part, le droit contractuel de l'Union européenne est essentiellement du droit de la consommation ou du droit de la réglementation (bancaire/marchés financiers/assurances etc.). Ces règles sont marquées par l'importance de règles impératives, issues d'un

¹ SUSANNE LEUZINGER, *Das Schweizerische Bundesgericht im internationalen Kontext* (1052 pages), Berne 2022.

processus à la fois politique et influencé par la société européenne et l'économie. Le rôle de la Suisse, et des auteurs suisses, se développe dès lors dans les interstices (Jessup), par des rôles d'influence dans des organisations non-gouvernementales internationales, dans des *think tanks* internationaux ou au travers de groupes de pressions.

- D'autre part, l'interaction des économies a pour conséquence que les forces d'évolution du droit sont plus souvent portées par les intérêts importants d'acteurs économiques – à travers de l'autoréglementation ou des organismes de réglementation spécialisés (étatiques ou non) – de sorte que l'impact d'un « système juridique » ne plus être ce qu'il était, à moins qu'il soit soutenu par des intérêts économiques spécifiques.

L'*Anthology of Swiss Legal Culture* est à la fois la source d'une meilleure compréhension des forces internes au droit suisse dans une perspective historique, et comme approche phénoménologique d'un droit à la fois pragmatique dont l'impact a souvent été au-delà de la taille du pays. Elle est sans conteste de grande utilité. Que ce soit en droit du sport, de l'arbitrage commercial ou de l'arbitrage d'investissement, mais aussi comme droit choisi par les parties dans des contrats internationaux qui n'impliquent pas la Suisse, le droit suisse montre aujourd'hui encore sa vigueur et son potentiel d'adaptation aux exigences d'un marché en constante évolution.

* * *