

Yann Grandjean



---

## Le rôle du juge dans le cycle des politiques publiques

---

---

Cahier de l'IDHEAP 274/2012

---

Chaire Légistique



Institut de hautes études en administration publique  
Swiss Graduate School of Public Administration

L'Université pour le service public

## Résumé

Le juge est un acteur jusqu'ici sous-estimé des politiques publiques. Son interprétation de la loi peut avoir des effets très importants sur le déroulement du cycle des politiques publiques.

La présente étude se propose de mettre en lumière ces effets.

La partie théorique propose d'abord une grille d'analyse des rapports entre le droit et la politique pour mieux décrire le champ d'activité dans lequel le juge évolue. Ensuite, elle formule une théorie explicative du comportement du juge en le présentant comme un acteur essentiellement libre, mais soumis à des contraintes factuelles qui le canalisent.

L'analyse de deux cas concrets (la lutte contre le hooliganisme et les naturalisations aux urnes) permet de tester les modèles élaborés dans la partie théorique.

## Zusammenfassung

Der Richter ist ein bisher unterschätzter Akteur der öffentlichen Politiken. Die richterliche Auslegung des Gesetzes kann bedeutende Auswirkungen auf den zyklischen Verlauf der öffentlichen Politiken haben.

Die vorliegende Studie will die Rolle des Richters im politischen Prozess näher beschreiben.

Der erste Teil bietet zunächst eine Theorie der Beziehung zwischen Recht und Politik, um das richterliche Arbeitsfeld darzustellen, und daran anschliessend eine erläuternde Theorie des Verhaltens des Richters, der grundsätzlich ein freier, aber tatsächlich ein nicht juristischen Sachzwängen unterworfenen Akteur ist.

Am Beispiel von zwei konkreten Fällen (Massnahmen gegen Hooliganismus und Einbürgerungen an der Urne) werden die Modelle, die im theoretischen Teil ausgearbeitet wurden, in der Praxis erprobt.

**Yann Grandjean**

# **Le rôle du juge dans le cycle des politiques publiques**

Cahier de l'IDHEAP 274/2012

Chaire Légistique

Travail de mémoire

Rapporteur : Prof. Luzius Mader

© 2012 IDHEAP, Chavannes-Lausanne

ISBN 978-2-940390-52-6



**Institut de hautes études en administration publique**

Swiss Graduate School of Public Administration

Quartier UNIL Mouline – CH-1015 - Lausanne

T : +41(0)21 557 40 00 – F : +41(0)21 557 40 09

idheap@idheap.unil.ch – www.idheap.ch



*« [Le travail du juge] devient à la fois et l'organe d'établissement  
et l'instrument d'exercice de la suprématie politique  
du pouvoir judiciaire. »*

Édouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges  
et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*,  
Paris 1923, p. 220 s.

*« [...] nous souhaitons éviter la création de ce que l'on a appelé  
une « république des juges », qui doivent dire le droit  
– fût-il constitutionnel – et non le faire. »*

Jean CAVADINI, in : *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale /  
Conseil des États – Réforme de la Constitution*, Berne 1998, p. 118.



## REMERCIEMENTS

Aux membres du jury, Messieurs les Professeurs Luzius MADER et Andreas LADNER et Madame la Juge fédérale Florence AUBRY GIRARDIN. Leurs remarques, leurs questions et leurs doutes ont enrichi chaque étape de ma réflexion.

À Monsieur le Professeur Yves LE ROY, à Monsieur le Juge Christian ROTEN et à Madame Marie-Bernadette SCHOENENBERGER pour le temps qu'ils m'ont laissé pour mener à bien cette étude.

À mon père et à nos discussions innombrables et passionnées qui m'ont toujours incité à aller voir derrière les choses.

À ma mère et à Mademoiselle Johanna GAPANY pour leur relecture attentive de mon mémoire. Leur courage mériterait plus que deux ou trois lignes.

À l'IDHEAP enfin pour m'avoir offert l'opportunité de tant apprendre et de publier ce livre.



## TABLE DES MATIÈRES

Table des matières.....	I
Table des abréviations.....	VI
Résumé.....	XII
Introduction.....	1
1.    Enjeux et objectifs.....	1
2.    Définitions.....	2
2.1    Le cycle des politiques publiques.....	2
2.2    Le juge.....	4
3.    Délimitations.....	5
4.    Question de recherche.....	7
5.    Méthodologie.....	8
6.    Plan du mémoire.....	11
Première partie - Partie théorique.....	13
Chapitre 1    Le droit et la politique.....	13
1.1    Prémisses.....	13
1.1.1    Qu'est-ce que le droit ? Qu'est-ce que la politique ?.....	13
1.1.2    Droit et politique, des « rationalités divergentes » ?.....	16
1.1.3    Dégagement des rapports entre le droit et la politique.....	19
1.1.3.1    Sciences du droit et de la politique, entre indifférence et tumulte.....	20
1.1.3.2    Les visions croisées des relations entre droit et politique.....	23

1.2	Le droit comme moyen de la politique (le droit politise) .....	27
1.3	Le droit comme contrainte de la politique (le droit dépolitise).....	29
1.4	Le droit comme opportunité de la politique.....	31
1.4.1	Une relation double.....	31
1.4.2	La politique judiciarise .....	34
1.4.3	La politique « déjudiciarise » .....	35
1.5	Entre droit-contrainte et droit-opportunité : une question de reconnaissance .....	35
1.5.1	Prémises .....	36
1.5.2	Définition et caractéristiques de la reconnaissance du droit .....	37
1.5.3	La reconnaissance comme critère de distinction entre droit-moyen et droit-contrainte.....	43
1.6	Résumé .....	45
Chapitre 2	Le juge comme acteur .....	47
2.1	Prémises.....	47
2.1.1	Les moments de l'intervention du juge .....	48
2.1.2	Les différentes théories sur le rôle du juge.....	53
2.2	Le juge comme acteur lié (la théorie légaliste).....	56
2.2.1	Une théorie de l'interprétation comme acte de connaissance .....	56
2.2.1.1	La loi comme prétention à la rationalité et à l'égalité .....	56
2.2.1.2	Les méthodes d'interprétation comme prétentions à l'objectivité .....	64
2.2.2	Une théorie ou une vulgate ?.....	71

2.3	Le juge comme acteur libre (la théorie réaliste) .....	85
2.3.1	Une théorie de l'interprétation comme acte de volonté .....	85
2.3.1.1	La crise de la loi .....	85
2.3.1.2	La théorie réaliste de l'interprétation .....	87
2.3.2	Une théorie peu opératoire .....	95
2.4	Le juge comme acteur micropolitique.....	100
2.4.1	Le juge est libre.....	101
2.4.2	... mais le juge est contraint.....	103
2.4.2.1	La notion de contrainte .....	103
2.4.2.2	La contrainte de réponse.....	106
2.4.2.3	La contrainte d'argumentation .....	107
2.4.2.4	La contrainte de coercition .....	115
2.4.3	... comme le législateur .....	118
2.5	Résumé.....	121
Deuxième partie - Études de cas.....		123
Chapitre 3 La lutte contre le hooliganisme.....		123
3.1	Le cas.....	123
3.1.1	La situation avant l'intervention du juge .....	124
3.1.2	L'intervention du juge .....	125
3.1.3	La situation après l'intervention du juge.....	125
3.2	Son appréciation.....	126
3.2.1	Un « juge » politique.....	126
3.2.2	La question de la compétence, des arguments juridico-politiques .....	129
3.2.2.1	Le problème de la compétence.....	130

3.2.2.2	La faiblesse des arguments retenus.....	132
3.2.2.3	Un autre fondement à la compétence de la Confédération ? .....	137
3.2.3	La question de la compétence, une lutte pour la reconnaissance du droit.....	141
3.2.3.1	Un débat politique pour la reconnaissance du droit.....	141
3.2.3.2	Un droit finalement reconnu .....	143
3.2.4	Le concordat, une solution plus favorable au dialogue normatif .....	145
3.3	Résumé.....	146
Chapitre 4	Les naturalisations par les urnes .....	148
4.1	Le cas.....	148
4.1.1	La situation avant l'intervention du juge.....	148
4.1.2	L'intervention du juge.....	149
4.1.3	La situation après l'intervention du juge.....	151
4.2	Son appréciation.....	153
4.2.1	L'acteur principal : le Tribunal fédéral.....	154
4.2.1.1	La recevabilité, comme condition de participation du juge .....	154
4.2.1.2	Une mise à l'agenda par le juge .....	155
4.2.2	Retour sur deux institutions, entre droit et politique.....	156
4.2.2.1	L'acte de souveraineté.....	156
4.2.2.2	Le revirement de jurisprudence.....	157
4.2.3	De la contrainte argumentative au dialogue normatif .....	159

4.2.3.1	Le Tribunal fédéral soumis à la contrainte d'argumentation .....	159
4.2.3.2	Un dialogue autour de la norme .....	159
4.2.4	Une analyse critique de l'argumentation du Tribunal fédéral .....	161
4.2.4.1	Acte juridique ou de souveraineté, une motivation autoréférentielle ? .....	162
4.2.4.2	Les « faits », un travail sur la mineure ou la majeure du syllogisme ? .....	164
4.2.4.3	Droit de vote vs non-discrimination, quelle règle de conflit ? .....	166
4.2.4.4	Le risque de discrimination, un raisonnement syllogistique ? .....	167
4.2.5	L'initiative populaire, entre droit et textualité du droit .....	168
4.2.6	La reconnaissance de l'argumentation judiciaire .....	169
4.3	Résumé .....	172
Conclusion .....		174
1.	Le droit, la politique et le juge .....	174
2.	Le juge dans le cycle des politiques publiques .....	176
3.	Les différences entre les deux cas examinés .....	178
4.	Le dialogue autour de la norme .....	181
BIBLIOGRAPHIE .....		184

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

a	ancien (avec le sigle d'un acte législatif, précise qu'il s'agit d'un texte abrogé)
aCst.	(ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aRS 1 p. 3 ss)
al.	alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
aRS	(ancien) Recueil systématique des lois et ordonnances 1848-1947
art.	article
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaKomm.	Basler Kommentar
BGC/FR	Bulletin officiel des séances du Grand Conseil du canton de Fribourg
BO + CN/CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
c.-à-d.	c'est-à-dire
CAJ	Commission des affaires juridiques
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel
CCDJP	Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
CD	Les Cahiers du Droit
CE	Conseil des États
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CEDR	Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104)
cep.	cependant
CERCOP	Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques
ch.	chiffre
CIP	Commission des institutions politiques
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne

CN	Conseil national
Conc. VMS	Concordat du 15 novembre 2007 instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives (not. RS/FR 559.71)
consid.	considérant
Conv. VMS	Convention européenne du 19 août 1985 sur la violence et les débordements de spectateurs lors de manifestations sportives et notamment de matches de football (RS 0.415.3)
CoRo	Commentaire romand
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst./BE	Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (RS/BE 101.1)
Cst./FR	Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (RS/FR 10.1)
Cst. RF	Constitution de la République française du 4 octobre 1958 ( <a href="http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution">http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution</a> [consulté le 30 avril 2012])
CURAPP	Centre universitaire de recherches administratives et politiques en Picardie
DC	déclaration de conformité (indique, à propos d'une décision du Conseil constitutionnel français, que celle-ci porte sur le contrôle de constitutionnalité)
digma	digma – Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit
disp. cst.	disposition constitutionnelle
disp. trans.	dispositions transitoires
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
et al.	et alii (et autres)
etc.	et caetera

FF	Feuille fédérale
fedpol	Office fédéral de la police
fondapol	Fondation pour l'innovation politique
FSA	Fédération suisse des avocats
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>id.</i>	<i>idem</i>
in. cant.	initiative cantonale
in. parl.	initiative parlementaire
ip.	interpellation parlementaire
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux
JJG	Justice-Justiz-Giustizia – Die Schweizer Richterzeitung ( <a href="http://www.richterzeitung.ch">www.richterzeitung.ch</a> )
JP	Jus Politicum – Revue de droit politique ( <a href="http://www.juspoliticum.com">www.juspoliticum.com</a> )
jusletter	jusletter – Revue juridique d'actualité ( <a href="http://www.jusletter.ch">www.jusletter.ch</a> )
LAVS	LF du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LeGes	Législation d'aujourd'hui – Bulletin de la Société suisse de législation (SSL) et de la Société suisse d'évaluation (SEVAL)
LF	Loi fédérale
LFPC	LF du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (RS 138.1)
let.	lettre
LOGA	LF du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)
LMSI	LF du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (RS 120)
LN	LF du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (Loi sur la nationalité ; RS 141.0)

LParl	LF du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement ; RS 171.11)
LPubl	LF du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles ; RS 170.512)
LTF	LF du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
MCF	Message du Conseil fédéral
n	nouveau, nouvel(le) (avant le sigle d'un acte législatif, indique les textes ayant abrogé des actes portant une abréviation identique)
n.	note
N.B.	nota bene
n.p.	non publié
n <sup>o(s)</sup>	numéro(s)
not.	notamment
O	Ordonnance
OFJ	Office fédéral de la justice
OJ	(ancienne) LF d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (aRS 3 p. 521 ss) ; abrogée par l'art. 131 al. 1 LTF
OMSI	(ancienne) O du 21 juin 2001 sur les mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (RO 2001 p. 1829 ss) ; abrogée par l'annexe 4 de l'O du 4 décembre 2009 sur le Service de renseignement de la Confédération (OSRC ; RS 121.1)
Org DFJP	O du 17 novembre 1990 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (RS 179.213.1)
p.	page(s)
p.ex.	par exemple
Pacte II ONU	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2)
par.	paragraphe(s)
PDF	portable document format
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique juridique actuelle

plädoyer	plädoyer : das Magazin für Recht und Politik
PME	petite(s) et moyenne(s) entreprise(s)
qst.	question
QO	question ordinaire
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
REC	Revue de l'état civil
recht	recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS/BE	Recueil systématique des lois bernoises
RS/FR	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RS/GE	Recueil officiel systématique de la législation genevoise
RS/VD	Recueil systématique de la législation vaudoise
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RTF	Règlement du 20 novembre 2006 du Tribunal fédéral (RS 173.110.131)
S&D	Sécurité et droit
s.	et suivant(e)
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SJ	La Semaine judiciaire
ss	et suivant(s/es)
SSP	Bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires
t.	tome
TA	Tribunal administratif
TAF	Tribunal administratif fédéral
TDP	Traité de droit privé
TF	Tribunal fédéral suisse
trad.	traduction
UDC	Union démocratique du centre
UE	Union européenne

UEFA	Union des associations européennes de football
v.	voir
vol.	volume
VOX	VOX – Analyse des votations fédérales
vs	versus
www	World Wide Web
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

## RÉSUMÉ

### Première partie

Quel est le rôle du juge dans le cycle des politiques publiques ?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord s'intéresser au champ d'activité du juge. Celui-ci se situe au confluent du droit et de la politique et on peut observer que des relations se nouent entre ces deux rationalités.

Le droit est d'abord un moyen de la politique : c'est la politique qui « fait » le droit (droit-moyen). À cette occasion, on assiste à une politisation du débat public par le droit (1<sup>ère</sup> relation).

Ensuite, le droit rétroagit sur la politique et la conditionne (droit-contrainte). On observe alors une dépolitisation par le droit (2<sup>e</sup> relation).

Dans le même temps, le droit offre à la politique des opportunités (droit-opportunité). La rigidité du droit permet à la politique de se manifester à nouveau. Pour faire valoir ses intérêts propres, la politique peut soit mobiliser l'argument juridique (la politique judiciarise ; 3<sup>e</sup> relation), soit écarter l'argument juridique (la politique « déjudiciarise » ; variante de la 3<sup>e</sup> relation). C'est la reconnaissance de la règle comme règle juridique par les sujets régis par le droit (ou lecteurs) qui distingue le droit-contrainte du droit-opportunité.

Pris dans ce jeu de relations, le juge peut être vu comme un acteur lié par le droit qu'il ne fait qu'appliquer. Il demeure alors un acteur neutre, car totalement prévisible (théorie légaliste). Pourtant, une analyse des méthodes utilisées par le juge révèle que celui-ci dispose de davantage de pouvoir que la vulgate juridique voudrait le faire croire. Est-il pour autant tout puissant (théorie réaliste) ? La réponse est négative. Libre par principe, le juge est soumis à un réseau de contraintes factuelles qui le canalise (théorie micropolitique). Ces contraintes sont de trois ordres : le juge doit répondre au justiciable (contrainte de réponse) ; le juge doit s'expliquer (contrainte d'argumentation) ; le juge doit tenir compte des réactions des lecteurs de ses jugements (contrainte de coercition).

Ni « pouvoir neutre », ni « auteur de la norme », le juge participe au cycle des politiques publiques. Le juge doit ainsi être décrit comme un acteur moins lié qu'on ne l'affirme et plus contraint qu'on ne le soupçonne.

### **Deuxième partie**

Deux cas concrets (la lutte contre le hooliganisme et les naturalisations par les urnes), choisis en raison de leur dissemblance du point de vue juridique, servent à corroborer les concepts développés dans la partie théorique.



## INTRODUCTION

Notre étude s'intéresse au rôle du juge dans le cycle des politiques publiques<sup>1</sup>. L'introduction nous permettra de préciser les enjeux et les objectifs de notre travail (*infra* 1.), de poser quelques définitions (*infra* 2.), de faire quelques délimitations (*infra* 3.), de formuler la question de recherche (*infra* 4.), de présenter la démarche méthodologique (*infra* 5.) et d'exposer le plan de notre mémoire (*infra* 6.).

### 1. ENJEUX ET OBJECTIFS

Notre sujet présente un enjeu théorique et un enjeu pratique.

L'*enjeu théorique* est de démontrer que le juge est un acteur généralement sous-estimé du cycle des politiques publiques. Le juge n'est en effet pas un « pouvoir neutre ». Pour autant, il n'a ni « pouvoir de dernier mot » ni vocation à se substituer au législateur, comme des expressions telles que « gouvernement des juges » le suggèrent. Du point de vue théorique et à l'aide de cas concrets, nous tenterons de mieux décrire le rôle que joue le juge.

L'*enjeu pratique* est de développer des arguments dans un débat politique et juridique permanent (et toujours plus intense) sur les rapports entre le droit et la politique<sup>2</sup>.

Dès lors, les *objectifs* de notre travail sont les suivants :

---

<sup>1</sup> Notre sujet de thèse de doctorat (« Le souverain et son juge – Du légicentrisme au constitutionnalisme en France et en Suisse », en cours de rédaction à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg) compare l'essor du constitutionnalisme en France et en Suisse. Il y a une proximité entre le sujet de notre thèse et le sujet proposé ici.

<sup>2</sup> De plus en plus souvent, la question de la conformité au droit supérieur de l'objet soumis au vote s'invite dans les débats qui précèdent une votation populaire. Cela vaut aussi bien pour les initiatives fédérales où l'argument de la conformité au droit international revient régulièrement que pour les initiatives cantonales où la question de la conformité au droit fédéral pose celle de leur validité. Entre autres : sur les « naturalisations démocratiques » (*infra* Chapitre 4) ; sur l'interdiction des minarets (CONSEIL FÉDÉRAL, *Message minarets*, not. p. 6949 ss) ; sur l'expulsion des criminels étrangers (CONSEIL FÉDÉRAL, *Message renvoi*, not. p. 4580 ss). TORNAY a recensé par moins de cinq cent dix arrêts des juges cantonaux et fédéraux, entre 1990 et 2007, en matière de démocratie directe (TORNAY, p. 4) !

- poser le cadre théorique des rapports entre le droit et la politique et du juge comme acteur du cycle des politiques publiques<sup>3</sup> ;
- invalider les théories radicales sur le comportement du juge<sup>4</sup> ;
- formuler et corroborer une théorie intermédiaire<sup>5</sup>.

## 2. DÉFINITIONS

Notre travail est interdisciplinaire. Il se situe au confluent du droit et de la science politique. Sa bonne compréhension exige donc que l'on définisse les notions de cycle des politiques publiques (*infra* 2.1) et de juge (*infra* 2.2).

### 2.1 Le cycle des politiques publiques

L'*analyse des politiques publiques* est une branche de la science politique. Elle cherche « à *décrire, comprendre et expliquer* le fonctionnement du système politico-administratif dans son ensemble et ses interactions avec les acteurs privés »<sup>6</sup>. Elle consiste à en expliquer les produits ou les prestations (« *outputs* ») et les effets de ces prestations sur les groupes sociaux concernés (« *impacts et outcomes* »)<sup>7</sup>.

Une *politique publique* est « un enchaînement de décisions ou d'activités, intentionnellement cohérentes, prises par différents acteurs, publics et parfois privés, dont les ressources, les attaches institutionnelles et les intérêts varient, en vue de résoudre de manière ciblée un problème défini politiquement comme collectif [...] »<sup>8</sup>.

Le *cycle des politiques publiques* est le « schéma type du déroulement des processus décisionnels et de mise en œuvre des politiques publiques »<sup>9</sup>. Ce cycle se compose de quatre étapes : la mise à l'agenda, la programmation, la mise en œuvre et l'évaluation. Il est permis de parler de cycle car les résultats d'une étape sont directement influencés par les

---

<sup>3</sup> *Infra* Chapitre 1.

<sup>4</sup> *Infra* 2.2 et 2.3 et Deuxième partie.

<sup>5</sup> *Infra* 2.4 et Deuxième partie.

<sup>6</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 13. Soulignements d'origine. V. ég. COHEN / LACROIX / RIUTORT, p. 313 ss.

<sup>7</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 13 s.

<sup>8</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 29.

<sup>9</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 36.

décisions et les actions prises lors des phases précédentes<sup>10</sup>. Nous reviendrons et détaillerons ces éléments dans la partie théorique<sup>11</sup>.

L'*espace des politiques publiques* se définit alors comme le « cadre, plus ou moins structuré, plus ou moins formalisé, plus ou moins peuplé par des acteurs publics en interactions plus ou moins forte avec des acteurs privés, permettant des stratégies d'action alternatives »<sup>12</sup>. Il s'agit donc d'un espace dont les frontières sont difficiles à cerner (« plus ou moins »), mais dont on sait qu'il est peuplé d'*acteurs*. Dans un sens large<sup>13</sup>, est acteur celui qui « par sa simple existence, [...] appartient au champ social considéré comme pertinent pour l'analyse »<sup>14</sup>. Cela peut être aussi bien un individu, plusieurs, une personne morale ou un groupe social<sup>15</sup> si « son comportement, plus ou moins actif, influence la manière dont est conçue et appliquée l'intervention publique en question »<sup>16</sup>. Il y a un « noyau dur »<sup>17</sup> facilement identifiable et une nébuleuse plus incertaine. La typologie des acteurs distingue les acteurs selon qu'ils appartiennent au champ politico-administratif (acteurs publics) ou aux sphères socio-économique et socioculturelle (acteurs privés)<sup>18</sup>.

Si l'on se concentre sur les acteurs publics, le rôle que jouent les parlements et le secteur gouvernemental (gouvernements, Offices fédéraux, Départements ou Directions au niveau cantonal, etc.), apparaît assez clairement. En revanche, le rôle du juge et des autres interprètes du droit reste mal défini.

---

<sup>10</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 128.

<sup>11</sup> *Infra* 2.1.1.

<sup>12</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 52.

<sup>13</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 47. Les auteurs rejettent l'opposition entre « acteur » et « non-acteur ».

<sup>14</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 46.

<sup>15</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 45 s.

<sup>16</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 46.

<sup>17</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 53.

<sup>18</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 51.

## 2.2 Le juge

La doctrine définit le *juge* comme « tout magistrat, professionnel ou non, chargé de juger »<sup>19</sup>. Cette définition, d'ailleurs tautologique, mêle une dimension organique et une dimension fonctionnelle.

Selon une définition organique, un juge est un magistrat, appartenant au pouvoir judiciaire, soumis au droit et jouissant d'une indépendance, à la fois dans son activité, son organisation et quant à sa personne (art. 191c Cst.)<sup>20</sup>.

Selon une définition fonctionnelle, un juge est tout organe investi de la fonction de juger, c'est-à-dire d'exercer un raisonnement syllogistique<sup>21</sup> produisant des effets juridiques<sup>22</sup>. On englobe ainsi les autorités non juridictionnelles dont la tâche est d'évaluer des arguments juridiques<sup>23</sup>.

Notre étude retiendra une *définition fonctionnelle* du juge, car cette approche permet de *saisir l'ensemble des statuts que peuvent revêtir les interprètes du droit*<sup>24</sup>. En effet, le juge (au sens organique) n'est pas le seul organe qui est censé suivre un raisonnement syllogistique et les autres techniques de la logique juridique et dont les conclusions ont des effets juridiques. Les organes administratifs et politiques (Conseil fédéral, Assemblée fédérale) interprètent également le droit dans leurs activités et, à ce titre, sont les premiers « juges » de la conformité au droit de leurs actions. De plus, certains de ces organes sont dans une position institutionnelle telle que leurs décisions bien que dictées par le droit ne peuvent pas être soumises à un juge (au sens organique). C'est le cas si aucune voie de recours n'est prévue ou si le juge examine la question

---

<sup>19</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 223.

<sup>20</sup> KIENER, *Unabhängigkeit*, not. p. 53 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 40 n° 11 ss.

<sup>21</sup> PERROT, n° 2. Sur la notion de syllogisme : *infra* 2.2.1.1.

<sup>22</sup> Pour une telle approche : TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 157 s.

<sup>23</sup> TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 158.

<sup>24</sup> L'approche organique ne le permet pas, car certains organes de l'État exercent des tâches qui ne correspondent pas à leur fonction caractéristique (TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 27 n° 8). En Suisse p.ex., l'Assemblée fédérale légifère, mais elle statue sur les recours en matière d'élections du Conseil national ; le Conseil fédéral exécute les lois, mais adopte lui-même des ordonnances ; le Tribunal fédéral rend la justice, mais certaines de ses jurisprudences tiennent lieu de loi (AUER / MALINVERNI / HOTTELLIER, vol. I, n° 1721 s.). Il s'ensuit que des fonctions judiciaires sont exercées par les organes législatifs et exécutifs.

sous un angle restreint. L'interprète applique alors le droit sans qu'il y ait de sanction judiciaire en cas de violation de sa part<sup>25</sup>. Notre étude veut également s'intéresser à cette situation, car notre approche accordera une grande importance à la position institutionnelle de l'acteur<sup>26</sup>.

Cette approche implique que le même organe (l'Assemblée fédérale notamment) peut être dans la position fonctionnelle du législateur aussi bien que dans celle du juge.

**Exemples.** – L'Assemblée fédérale doit invalider les initiatives populaires qui ne respectent pas les « règles impératives du droit international » (art. 139 al. 3 Cst.). Aucun recours juridictionnel n'est cependant prévu. Ainsi, de par sa position institutionnelle, l'Assemblée fédérale est unique « juge » du contenu et des conséquences qu'il convient de donner à cette norme. On relèvera à cette occasion que la protection de la constitution peut être confiée aussi bien à une autorité judiciaire qu'à une autorité politique<sup>27</sup>.

Les autorités administratives indépendantes peuvent également être dans une position similaire<sup>28</sup>. Si ces autorités sont effectivement indépendantes<sup>29</sup>, ce critère ne peut plus servir à distinguer le juge au sens organique des autres interprètes du droit.

### 3. DÉLIMITATIONS

**Les politiques publiques substantielles et les politiques publiques institutionnelles.** – L'analyse des politiques publiques distingue les politiques publiques *substantielles* des politiques publiques *institutionnelles*. Les premières sont celles qui visent la résolution de problèmes collectifs ; les secondes sont « l'ensemble des décisions et des activités publiques qui ont pour objet de garantir ou d'améliorer le fonctionnement de l'appareil étatique »<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 9.

<sup>26</sup> *Infra* not. 2.2.2 et 2.3.

<sup>27</sup> HALLER / KÖLZ / GÄCHTER, p. 119 s.

<sup>28</sup> P.ex. BELLANGER, p. 9 ss.

<sup>29</sup> BELLANGER, p. 11 s.

<sup>30</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 115.

*Notre analyse porte sur une question institutionnelle.* C'est le juge en tant qu'acteur de l'appareil institutionnel qui nous intéresse. Pourtant, les cas que nous retiendront relèvent de politiques publiques substantielles<sup>31</sup>. Il faut souligner que les politiques publiques institutionnelles servent à la conduite des politiques publiques substantielles<sup>32</sup>. C'est donc dans l'analyse de ces dernières que l'on peut lire les aspects institutionnels qui se révèlent alors.

**Le contexte national.** – Les cas que notre étude retient viennent de la Suisse ; une partie des éléments théoriques vient de la doctrine française. Nos conclusions sont valables pour ces deux pays, mais sont généralisables aux pays ayant en partage le système continental de droit écrit. Rien n'interdit de penser que le rôle du juge dans un système de *common law* est essentiellement le même<sup>33</sup>.

**Le droit constitutionnel et le droit en général.** – De la même manière, dans les relations entre droit et politique, c'est le droit constitutionnel qui nous servira de champ d'investigation. Nos conclusions sont extensibles aux autres domaines du droit (droit administratif certainement, droit privé sans doute).

**Les rapports entre notre sujet et d'autres phénomènes.** – Les rapports entre droit et politique ne doivent pas être confondus avec d'autres (épi-, pseudo-?)phénomènes : l'inflation législative (prolifération et diversification des lois), la dégradation de la norme (dévaluation et « bavardage » de la loi), la judiciarisation<sup>34</sup> du social et de la politique, la constitutionnalisation du droit (directe, quand on élève des normes au rang constitutionnel ; indirecte, quand la jurisprudence applique des conceptions constitutionnelles aux relations privées [égalité de traitement, effet horizontal des droits fondamentaux])<sup>35</sup>, l'essor du constitu-

<sup>31</sup> *Infra* Introduction, 5.

<sup>32</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 115 s.

<sup>33</sup> Une partie des auteurs qui nous avons retenus a travaillé dans le contexte de la *common law* (SERVERIN, p. 71 ss).

<sup>34</sup> Nous préférons « judiciarisation » à « juridicisation » car « judiciaire » renvoie aussi bien à « juridique » qu'à « juridictionnel ». Or, notre approche du droit (judiciaire) et de l'acteur (juridictionnel) combine les deux notions. Synonymes : « juristocratie », « gouvernement des juges ».

<sup>35</sup> Dans le cas français : POIRMEUR, p. 21 ss.

tionnalisme (multiplication des cours constitutionnelles), l'internationalisation du droit ou les « affaires » juridico-politiques (opérations « mains propres »).

Ces phénomènes ne sont pas sans lien avec la question qui nous intéresse, car tous sont des manifestations des rapports entre le droit et la politique. Ils sont autant de variations de l'intensité des rapports de contrainte et d'opportunité entre ces deux rationalités. Ainsi, le constitutionnalisme (comme les affaires « juridico-politiques », mais d'une autre manière) a facilité la montée en puissance des juges et a offert des possibilités nouvelles d'intervention du droit dans la politique<sup>36</sup> ; il a aussi mis en évidence les rapports de force entre droit et politique<sup>37</sup>. Dans ce sens, on peut dire que notre étude tend à expliquer ces phénomènes et propose une grille d'analyse pour ce faire.

#### 4. QUESTION DE RECHERCHE

Si l'on s'interroge sur le rôle du juge dans le cycle des politiques publiques, on peut émettre les deux hypothèses radicales et une hypothèse médiane :

- le juge est lié par le droit<sup>38</sup> (le juge ne fait qu'appliquer le droit, donc il est un acteur neutre) ;
- le juge est libre par rapport au droit (le juge peut s'en écarter, donc il est un acteur politique) ;
- le juge, en principe libre, est soumis à un réseau de contraintes (le juge dispose d'une certaine marge de manœuvre, donc il est un acteur micropolitique<sup>39</sup>).

Les deux premières hypothèses, les plus extrêmes, mais aussi les plus classiques, sont celles que nous tenterons d'invalider. La troisième sera celle que nous chercherons à corroborer.

---

<sup>36</sup> CHEVALLIER, *Les interprètes*, p. 279.

<sup>37</sup> CAILLOSSE, *Droit et politique*, p. 140.

<sup>38</sup> Le sens de ce mot peut rester, à ce stade, indéterminé.

<sup>39</sup> Sur la genèse de ce terme : *infra* Chapitre 2 (partie introductive).

## 5. MÉTHODOLOGIE

Nous poserons un cadre théorique, puis nous en testerons la robustesse dans deux cas concrets.

Analyser le rôle d'un acteur exige de s'intéresser à son champ d'activité et à la manière dont cet acteur se meut dans ce champ. S'agissant du rôle du juge dans le cycle des politiques publiques, le champ d'analyse est le rapport entre le droit et la politique<sup>40</sup> ; des théories comportementales du juge nous aideront à décrire le rapport du juge à son environnement<sup>41</sup>.

Une approche interdisciplinaire (entre le droit et la science politique) est nécessaire, car l'analyse de la fonction de juge ne peut se satisfaire d'une approche strictement juridique. D'une part, décrire le droit et ses acteurs nécessite une prise de distance par rapport au langage juridique. D'autre part, la théorie générale du droit et la philosophie du droit font souvent appel à la philosophie, à la sociologie ou à la psychologie, qui sont extérieures au droit.

La sélection des cas pratiques est importante, car ils serviront à illustrer les concepts théoriques. Nous avons besoin de cas dans lesquels un juge est intervenu et où son intervention a eu une influence sur l'environnement normatif de la politique publique considérée. Pour ce faire, nous avons choisi de nous appuyer sur les critères retenus par la doctrine juridique pour catégoriser les interventions du juge en matière de contrôle des normes. Nous faisons ce choix, car le contrôle de constitutionnalité des normes permet de bien mettre en évidence les rapports entre droit et politique<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> *Infra* Chapitre 1.

<sup>41</sup> *Infra* Chapitre 2.

<sup>42</sup> TROPER, *Le constitutionnalisme*, *passim*.

<b>Critère<sup>43</sup></b>	<b>Description</b>
1. Niveau de la norme / décision <sup>44</sup> querellée	
<i>a)</i> niveau fédéral	La norme ou la décision querellée peut être adoptée au niveau de la Confédération.
<i>b)</i> niveau cantonal	La norme ou la décision querellée peut être adoptée au niveau des cantons (ou des communes).
2. Niveau de la norme de référence	
<i>a)</i> norme nationale (constitutionnelle)	Traditionnellement, ce sont des normes nationales, notamment les constitutions, qui sont les normes suprêmes que l'on doit faire respecter.
<i>b)</i> norme internationale	C'est au niveau supranational, européen notamment, que l'on a cherché à garantir les droits fondamentaux (p.ex. la CEDH).
3. Objet de la norme de référence <sup>45</sup>	
<i>a)</i> répartition des compétences	La Constitution fédérale comprend différents types de norme. Certaines concernent la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.
<i>b)</i> garantie des droits fondamentaux	D'autres normes portent sur les droits fondamentaux que l'on garantit à chacun.
4. Autorité de contrôle	
<i>a)</i> autorité politique ou administrative	Le « juge » peut être une autorité politique ou administrative. Dans le dernier cas, des garanties peuvent assurer l'autonomie de ce « juge ».

<sup>43</sup> V. not. HALLER / KÖLZ / GÄCHTER, p. 283 ss.

<sup>44</sup> V. la distinction suivante entre contrôle préventif et abstrait et contrôle répressif et concret.

<sup>45</sup> Pour être complet, il faudrait préciser que l'on distingue traditionnellement le contrôle interne et le contrôle externe. Le premier est celui qui porte sur le contenu matériel des normes (c'est celui qui est visé ici). Le second est celui qui porte sur la procédure formelle d'adoption de ces normes, mais ce second contrôle est rare en Suisse.

Critère <sup>43</sup>	Description
b) autorité juridictionnelle	Le « juge » peut être une autorité juridictionnelle (un magistrat). L'indépendance est alors intrinsèque à la fonction.
5. Système de contrôle	
a) contrôle préventif et abstrait	Le contrôle s'exerce avant l'application de la norme, avant sa promulgation voire avant son vote. Le contrôle porte donc sur la norme.
b) contrôle répressif et concret	Le contrôle s'exerce au moment de l'application de la norme. Le contrôle porte donc sur la décision, prise en application de la norme. Si la norme a été correctement appliquée et c'est alors, indirectement, la norme qui est contrôlée.
c) contrôle répressif et abstrait	Le contrôle s'exerce après la promulgation de la norme, mais il porte sur celle-ci et non un cas d'application <sup>46</sup> . (Néanmoins, dans notre contexte, cette catégorie est inutile.)

**Légende : Ce tableau présente les différents types de contrôles de constitutionnalité que le juge opère, selon les critères retenus par la doctrine juridique.**

Notre choix se porte sur deux cas récents. Il s'agit de *la lutte contre le hooliganisme* et des *naturalisations par les urnes*. Les politiques publiques considérées sont donc, par certains de leurs aspects, le maintien de la sécurité intérieure et l'intégration des étrangers<sup>47</sup>. Nous renvoyons aux parties concernées pour davantage de détails<sup>48</sup>.

Nous choisissons des cas qui n'ont pour ainsi dire rien à voir. Deux interventions du juge, dans des contextes très différents, mais permettant les mêmes constatations devraient permettre mieux encore de renverser

<sup>46</sup> En France, la question prioritaire de constitutionnalité en est un exemple (art. 61-1 Cst. RF ; HAMON / TROPER, p. 845 ss ; GRANDJEAN, *La question*, p. 1325 ss).

<sup>47</sup> Sur le lien entre intégration et naturalisation : BIANCHI, p. 155 ss.

<sup>48</sup> *Infra* Chapitres 3 et 4.

les hypothèses à invalider et de renforcer l'hypothèse à corroborer. Comme le montre le tableau ci-après, les deux cas retenus recouvrent chacun des critères que pose la théorie du droit pour cataloguer les différentes interventions du juge.

	La lutte contre le hooliganisme	Les naturalisations par les urnes
1. Niveau de la norme / décision querellée	niveau fédéral	niveau cantonal
2. Niveau de la norme de référence	norme nationale (constitution)	norme nationale et internationale (constitution, CEDH et CEDR)
3. Objet de la norme de référence	répartition des compétences	garantie des droits fondamentaux
4. Autorité de contrôle	autorité administrative, puis politique	autorité juridictionnelle
5. Système de contrôle	contrôle préventif et abstrait	contrôle répressif et concret

**Légende :** Ce tableau met en regard les critères présentés dans le tableau précédent avec les deux cas pratiques retenus. Ces deux cas sont complémentaires, car ils diffèrent sur presque tous les critères.

## 6. PLAN DU MÉMOIRE

Notre mémoire comprendra une partie théorique (*infra* Première partie) et une analyse des deux cas que l'on vient de présenter (*infra* Deuxième partie). Le plan des deux parties sera présenté en tête de chacune d'elles et au fur et à mesure de leur développement.



## PREMIÈRE PARTIE - PARTIE THÉORIQUE

Comme nous l'avons annoncé, la partie théorique va s'intéresser à deux questions :

- Quels sont les rapports entre le droit et la politique (*infra* Chapitre 1) ?
- Quel rôle joue le juge dans ces rapports ? En d'autres termes, quel type d'acteur est le juge (*infra* Chapitre 2) ?

### CHAPITRE 1 LE DROIT ET LA POLITIQUE

Avant de décrire les rapports entre le droit et la politique, il faut les dégager (*infra* 1.1). Le droit sera ensuite présenté successivement comme un moyen (*infra* 1.2), une contrainte (*infra* 1.3) et une opportunité de la politique (*infra* 1.4). Nous expliquerons également comment distinguer ces deux dernières relations (*infra* 1.5). Nous terminerons par un résumé (*infra* 1.6).

#### 1.1 PRÉMISSSES

Un travail d'approche s'impose. Après avoir défini ce que sont le droit et la politique (*infra* 1.1.1), nous nous interrogerons sur la nature des rapports qui se tissent entre eux (*infra* 1.1.2) pour mieux les mettre en évidence (*infra* 1.1.3).

##### 1.1.1 Qu'est-ce que le droit ? Qu'est-ce que la politique ?

**Une nécessaire autonomie.** – Si le droit et la politique sont une seule et même chose<sup>49</sup>, il n'y a pas de rapports à dégager. S'intéresser aux rapports entre le droit et la politique suppose donc que l'on postule l'autonomie, au moins relative, du droit et de la politique<sup>50</sup>. Pour autant, cette autonomie n'est pas synonyme d'indépendance. Des liens existent entre eux. Pour les dégager, commençons par voir comment les juristes voient le droit et comment les politistes voient la politique.

---

<sup>49</sup> Une telle idée a été énoncée not. par les marxistes (not. FRYDMAN / HAARSCHER, p. 36 s. ; TROPER, *Le constitutionnalisme*, p. 91).

<sup>50</sup> CHEVALLIER, *Présentation*, p. 5 ; BATIFFOL, p. 1.

**Une définition juridique du droit.** – Pour les juristes, « droit » est polysémique<sup>51</sup>. Il peut être un sentiment de justice (agir « à bon droit »), un impôt (« le droit de douane »), une attitude normale (« il a le droit de... »), une aptitude (« le droit de vote ») ou l'objet de la science juridique (« étudier le droit », « la Faculté de droit »). Dans ce dernier sens, le droit est « l'ensemble des règles générales et abstraites indiquant ce qui doit être fait dans un cas donné, édictées ou reconnues par un organe officiel, régissant l'organisation et le déroulement des relations sociales et dont le respect est assuré par des moyens de contrainte organisés par l'État »<sup>52</sup>.

Cette définition englobe aussi bien le droit écrit (constitution, lois, ordonnances, etc.) que le droit jurisprudentiel (les règles dégagées par les tribunaux). En Suisse, bien que le principe veuille ne pas faire de la jurisprudence une source du droit<sup>53</sup>, les décisions du Tribunal fédéral notamment sont un élément essentiel dans l'explicitation du droit et son développement<sup>54</sup>.

**Une définition politiste de la politique.** – La politique, selon les politistes, est plus insaisissable.

Une approche philosophique retiendra que la politique est un rapport d'altérité. Selon Hannah ARENDT, la politique repose sur la pluralité humaine. Pour elle, la politique ne naîtrait pas en l'homme, mais dans « l'espace-qui-est-entre-les-hommes », donc comme quelque chose de profondément extérieur à l'homme<sup>55</sup>. L'inconvénient est alors d'englober des relations qui échappent à la question, telle que nous l'avons définie, des politiques publiques.

Comme pour le droit auparavant, tentons une approche par l'objet d'analyse des politistes<sup>56</sup>. Ceux-ci peuvent s'intéresser à l'appareil insti-

<sup>51</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 3 ss.

<sup>52</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 5.

<sup>53</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 190 ; *infra* 2.2.1.

<sup>54</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 199 s. ; pour ce qui est du droit constitutionnel : CHIARIELLO, *Der Richter, passim*.

<sup>55</sup> ARENDT, p. 42.

<sup>56</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 27 ; RHINOW, *Politische Funktionen*, p. 183 ; BALL / DAGGER / DES LAURIERS, p. 9 s.

tutionnel (*polity*, selon la terminologie anglophone, ou *le* politique), au processus décisionnel (*politics*, ou *la* politique) ou au produit de ce processus (*policies*, ou *les* politiques publiques). L'objet d'étude des politistes recouvre ainsi les acteurs (dirigeants politiques, administration publique, partis et groupes d'intérêts, citoyens) et les processus (de socialisation politique, de mobilisation collective, les processus électoraux et décisionnels)<sup>57</sup>. La difficulté de cette approche est de multiplier les objets et de faire perdre de vue ce qu'est exactement la politique.

On connaît par ailleurs la définition wébérienne de la politique comme « la quête du pouvoir ou bien l'influence sur la distribution du pouvoir »<sup>58</sup>. La politique devient ainsi un « processus d'*affrontement*, dans le contexte d'un certain *rapport de forces sociales* [...] entre des projets [...] développés par des *acteurs* dont l'*action* provient, produit et module à la marge des *représentations* du monde entretenant des liens avec des *doctrines* politiques »<sup>59</sup>. Autrement dit, c'est « la scène [...] où s'affrontent des individus et des groupes en compétition pour l'exercice du pouvoir »<sup>60</sup>. Si l'on s'approche d'une définition acceptable, on peut difficilement réduire la politique au pouvoir sans définir ce qu'est le pouvoir.

Pour éviter cet écueil, nous posons que la politique – nous retiendrons la définition de Jean CARBONNIER avant d'en proposer une autre plus loin – est un « ensemble de tactiques et de stratégies en vue de *remporter la victoire* dans un conflit d'intérêts »<sup>61</sup>.

Une remarque sémantique s'impose enfin. Nous écrirons dorénavant *la* politique et non *le* politique. Traditionnellement, *le* politique fait référence à l'aménagement du pouvoir dans une société organisée, au gouvernement et à l'État et *la* politique renvoie à l'art, à la manière et à la pratique du gouvernement des sociétés humaines. *La* politique semble ainsi mieux correspondre à la définition que nous avons retenue.

---

<sup>57</sup> BRAUD, p. 41 ss. V. ég. COHEN / LACROIX / RIUTORT, not. p. 9 s.

<sup>58</sup> WEBER, p. 4 (trad.). V. ég. COHEN / LACROIX / RIUTORT, p. 13 ; RAMPNOUX, p. 490.

<sup>59</sup> PAYE, p. 176. Soulignements d'origine.

<sup>60</sup> BRAUD, p. 6.

<sup>61</sup> CARBONNIER, p. 59. Nous soulignons.

### 1.1.2 Droit et politique, des « rationalités divergentes » ?

**L'approche classique.** – Une fois posées les premières définitions du droit et de la politique, nous pouvons en venir aux rapports qui s'établissent entre eux. Ces rapports sont conditionnés par les caractéristiques de chacun des domaines.

Classiquement, la rationalité juridique se distingue de la rationalité politique. Jean CARBONNIER, dans sa *Sociologie juridique*, le dit ainsi : le droit et la politique « sont des modes d'action du pouvoir, mais tandis qu'ici, dira-t-on, le pouvoir agit par des normes, là il agit par décisions discontinues en exécution d'un plan. [...] Une sociologie du droit constitutionnel peut ressembler beaucoup à une sociologie politique. *Il n'est pas impossible, néanmoins, de tailler à celle-ci un domaine qui lui soit propre*, pourvu que l'on prenne soin de se tenir en-dehors des structures juridiques »<sup>62</sup>.

Autrement dit : est *juridique*, ce « qui n'est pas l'expression de la volonté de son auteur, mais qui résulte d'une connaissance d'une découverte, dans un texte ou dans un ensemble de textes [...] ». Au contraire est *politique* tout ce qui est l'expression de la volonté, c'est-à-dire des valeurs, des préférences des hommes qui forment une autorité publique »<sup>63</sup>. Le droit est rationnel, prévisible, stable et obéit à une logique scientifique, alors que la politique est irrationnelle, imprévisible, irrégulière et obéit à une logique d'opportunité. Le droit a pour référence le mal (à réparer, à punir ou à interdire) quand la politique a pour référence le bien à faire advenir. À ce stade, les deux catégories s'excluent mutuellement : ce qui n'est pas juridique est politique et réciproquement<sup>64</sup>.

**Une indissociable proximité.** – Cette approche classique ne résiste pas à une analyse sommaire. « L'homme de la rue » verra la proximité du juridique et du politique comme une « évidence »<sup>65</sup>. Il percevra

<sup>62</sup> CARBONNIER, p. 55 s. Nous soulignons.

<sup>63</sup> TROPER, *Le constitutionnalisme*, p. 84. V. ég. BATIFFOL, p. 2 s.

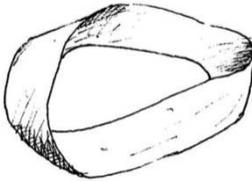
<sup>64</sup> Jean CARBONNIER, cité par : COMMAILLE, *Le juridique*, p. 271.

<sup>65</sup> COMMAILLE, p. 478.

l'imbrication du droit et de la politique<sup>66</sup>, il y dénoncera même une *combinazione*.

Il y a toutes sortes d'explications à cette constatation. La philosophie politique moderne par exemple est axée sur la notion de souveraineté. Celle-ci est définie, au moins depuis Jean BODIN, comme un monopole du droit positif<sup>67</sup>. Pour que le souverain ait cette maîtrise sur le droit, le droit ne doit plus venir de la coutume, mais de la loi écrite. Ce faisant, le droit et la loi deviennent des instruments de régulation à disposition de l'État et donc de la politique. Un nouveau lien se crée entre le juridique et la politique qui se rapprochent un peu plus encore<sup>68</sup>. Et ce lien ne fera que se renforcer avec l'avènement de l'État de droit.

Sociologiquement, les professionnels du droit ont été, sont et seront sans doute des acteurs de l'histoire et de l'espace politiques<sup>69</sup>. Ce voisinage contribue aussi à l'image incestueuse du droit et de la politique.



**Légende : Le ruban de Möbius a été décrit en 1858 par le mathématicien allemand August Ferdinand MÖBIUS (1790-1868).**

**La métaphore du ruban de Möbius.** – Quoi qu'il en soit, le droit et la politique sont deux champs qu'il est illusoire de vouloir séparer<sup>70</sup>. Ce sont deux « sphères inséparables »<sup>71</sup>, car tous deux s'intéressent au même objet<sup>72</sup>. Ce sont « des visions partielles et fragmentaires »<sup>73</sup> du phénomène social. Le droit constitutionnel et la science politique se penchent ainsi sur le même sujet : l'État, un sujet politique *et* juridique.

<sup>66</sup> La doctrine la voit aussi (CHEVALLIER, *Science du droit*, p. 257 ss ; RAYNAUD, *Le droit*, p. 6).

<sup>67</sup> Nous y reviendrons lorsqu'il s'agira de définir la loi au sens moderne (*infra* n. 257).

<sup>68</sup> LE DIVELLEC, p. 3. L'auteur y conteste l'opposition entre « constitution juridique » et « constitution politique ».

<sup>69</sup> COMMAILLE / DUMOULIN, p. 218.

<sup>70</sup> CHEVALLIER, *Présentation*, p. 9.

<sup>71</sup> RHINOW, *Politische Funktionen*, p. 185 (trad.). CHEVALLIER et GUSY recourent à la même métaphore géométrique (CHEVALLIER, *Présentation*, p. 6 ; GUSY, p. 1).

<sup>72</sup> COMMAILLE, *Le juridique*, pp. 269 et 273 ss.

<sup>73</sup> MASPETIOL, p. 37.

Droit et politique sont les deux faces d'une même réalité. Comme avec un ruban de Möbius (v. ci-avant), on est dans une figure *a priori* double. En réalité, celle-ci n'a qu'une seule face et qu'un seul bord. Chacune des deux réalités (le droit et la politique) se situe sur un plan différent (leurs rationalités divergent). Cependant, quand on suit chacune des faces, on constate que les deux se rejoignent, sans que l'on parvienne à établir quand on passe de l'une à l'autre. Parfois, on est clairement dans le droit (ou dans la politique). Souvent, on est entre les deux. C'est seulement en fonction de la position de l'observateur que l'on peut affirmer être dans ce qui est juridique ou politique.

Dès lors, des approches uniquement juridiques ou politistes ne peuvent pas saisir la complexité de l'objet considéré<sup>74</sup>. Comme le dit Julien FREUND, « [i]l est impossible de rendre compte entièrement du droit en le considérant uniquement pour lui-même », sans tenir compte notamment de la politique<sup>75</sup>. « La dimension politique des phénomènes juridiques doit être prise en compte par la science du droit [et] la dimension juridique des phénomènes politiques doit être prise en compte par la science du politique. »<sup>76</sup>

**Exemples.** – Deux exemples peuvent illustrer l'incapacité pour une science comme pour l'autre de saisir totalement certains phénomènes.

Consacrés par les constitutions modernes<sup>77</sup>, les *partis politiques* sont des sujets pour le droit constitutionnel (ils sont l'objet de règles)<sup>78</sup> comme pour la science politique, car leur rôle s'analyse sous l'angle de leurs programmes, de leur fonctionnement et de leurs relations. Les partis politiques sont tributaires des modes de scrutin<sup>79</sup>. Or, ces algorithmes de transformation de nombres (des suffrages) en nombres (des sièges) sont fixés par des règles de droit. Ces règles sont produites par la politique et

<sup>74</sup> COMMAILLE, *La juridicisation*, p. 200 ; CHEVALLIER, *Science du droit*, *passim*.

<sup>75</sup> FREUND, p. 21.

<sup>76</sup> CHEVALLIER, *Science du droit*, p. 258. L'auteur ajoute que leurs points de vue sont « différents, mais complémentaires » (*id.*, p. 259).

<sup>77</sup> L'art. 137 Cst. prévoit que « [l]es partis politiques contribuent à former l'opinion et la volonté populaires ».

<sup>78</sup> TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 1 n° 27.

<sup>79</sup> On pense ici aux lois de Duverger, même si celles-ci peuvent être critiquées (COHEN / LACROIX / RIUTORT, p. 451 s.).

modifient la politique en faisant varier la composition des assemblées parlementaires.

Continuons avec la désormais historique *formule magique*. La répartition des sièges du Conseil fédéral entre les principaux partis gouvernementaux a été un élément essentiel du système politique suisse de 1959 à 2003. Laquelle de la science politique ou de la science juridique dispose des meilleurs outils pour saisir la formule magique ?

<b>Formule magique</b>	
Explication politiste	Explication juridique
Pratique politique, accord de coalition, système directorial, système consociatif, etc. <sup>80</sup> .	Convention, coutume ou pratique constitutionnelle, voire règle constitutionnelle non écrite <sup>81</sup> .

**Légende : Ce tableau présente comment les sciences politique et juridique saisissent la formule magique.**

Nul ne peut contester la présence d'éléments juridiques. La composition du Conseil fédéral, fixée à sept membres, est certes un choix politique – souvent, il est question de porter ce nombre à neuf ou davantage – mais il est matérialisé dans un support normatif (l'art. 175 al. 1 Cst.)<sup>82</sup>. Seulement, une fois le texte posé, la pratique politique va s'en saisir et l'éloigner du terrain juridique. Plus encore, la figure de la règle non écrite (ou de la coutume constitutionnelle)<sup>83</sup>, en tant que tentative des juristes de ressaisir un phénomène qui leur échappe, montre l'insuffisance d'une approche unilatérale. Un même phénomène peut donc être saisi aussi bien par le droit que par la science politique, sans épuiser le sujet.

### 1.1.3 Dégagement des rapports entre le droit et la politique

Puisque le droit et la politique sont en relation, il convient de décrire les rapports qui se tissent entre eux. Pour ce faire, nous nous intéresserons

<sup>80</sup> P.ex. KRIESI, pp. 226 s. et 339 ss.

<sup>81</sup> P.ex. TSCHANNEN, § 3 n° 23 et § 37 n° 11 ; LE ROY / SCHOENENBERGER, n. 719 ; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. I, n° 130.

<sup>82</sup> AUBERT, *Observations*, n° 3.

<sup>83</sup> GUSY, p. 8.

aux regards croisés de la science du droit et de la science politique (*infra* 1.1.3.1). Nous tenterons ensuite de voir sur quels points ces sciences s'accordent (*infra* 1.1.3.2).

#### 1.1.3.1 Sciences du droit et de la politique, entre indifférence et tumulte

**Des regards croisés sur le droit et la politique.** – Nous avons posé des définitions juridiques du droit et politistes de la politique. Celles-ci ont été décevantes, car il est difficile, voire impossible, pour un objet de se définir lui-même. Nous nous proposons maintenant de comparer les différents points de vue pour voir si des perspectives apparaissent.

Les juristes et les politologues portent un regard souvent sévère sur la science de leurs *alter egos*. Au nom d'un « idéalisme des normes »<sup>84</sup>, les manuels de droit accordent peu de place à la « politique »<sup>85</sup>. De son côté, la science politique, dominée par un « matérialisme des forces »<sup>86</sup>, « réserve, d'une manière générale, peu de place au droit et à la dimension juridique dans ses analyses des politiques publiques »<sup>87</sup>.

Des raisons historiques<sup>88</sup> expliquent ce « dialogue de sourds »<sup>89</sup>, entre indifférence polie et ignorance délibérée, qui peut carrément devenir une « rivalité »<sup>90</sup>. L'organisation des études de droit et de science politique incite les intéressés à considérer leurs domaines comme antagonistes<sup>91</sup>. L'enseignement du « droit » et celui de la « science politique » sont généralement séparés et l'interdisciplinarité est peu encouragée. Les périmètres de recherche (normes *vs* réalité politique), les méthodes (méthode déductive partant des normes *vs* méthode inductive basée sur

<sup>84</sup> RAYNAUD, *Le droit*, p. 5.

<sup>85</sup> V. p.ex. AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. I, n° 23 ss ; HÄFELIN / HALLER / KELLER (pas de mention) ; RHINOW / SCHEFER, n° 439 ss ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 1 n° 15. V. ég. DUMOULIN / ROBERT, p. 22. Moins sévère : KLEY, p. 5 et les références citées.

<sup>86</sup> RAYNAUD, *Le droit*, p. 5.

<sup>87</sup> DUMOULIN / ROBERT, pp. 10 s. et 22. Les politiques publiques sont en effet un terrain d'analyse de l'efficacité, de l'effectivité et de l'efficiencia du droit.

<sup>88</sup> CHEVALLIER, *Droit constitutionnel*, p. 185 ss.

<sup>89</sup> CAILLOSSE, *À propos*, p. 53.

<sup>90</sup> RAYNAUD, *Le droit*, p. 2.

<sup>91</sup> COMMALLE, *De la « sociologie juridique »*, p. 34 ; CAILLOSSE, *Droit et politique*, p. 135.

l'observation du réel<sup>92</sup>) et les paradigmes (passage du général au particulier vs rapports de force)<sup>93</sup>, tout semble éloigner la science du droit de la science politique.

**Comment les juristes voient la politique.** – À cause de ce prisme, les juristes voient le monde comme « vidé de ses acteurs, de leurs jeux et de leurs stratégies » au profit d'un objet « entièrement fabriqué par des règles et des principes conditionnés et finalisés par les exigences supérieures de l'intérêt général »<sup>94</sup>. Les juristes ignorent notamment les « politiques publiques », car elles ne sont pas des objets juridiques, contrairement à la norme, à la décision administrative, au recours, au contrat, à la faute, etc.<sup>95</sup>.

Le normativisme, kelsenien notamment, conçoit le droit comme un ensemble de normes « comme suspendues en l'air ». Cette approche occulte les rapports sociaux (donc politiques) qui sous-tendent les lois<sup>96</sup>. Elle confine les juristes dans une opposition binaire<sup>97</sup> – ils les affectionnent ! – entre droit et non-droit et cette dernière catégorie ne les intéresse pas. En posant le droit comme un système de normes et comme un système « pur », théorique, on dégage le droit de tout lien avec la réalité ou avec la morale<sup>98</sup>.

On peut naturellement objecter. D'abord, la théorie kelsenienne n'est pas aussi « plate et sans nuance »<sup>99</sup> que la plupart des lectures qui en sont faites. Ensuite, la distinction entre droit et morale permet à la morale de mieux juger un objet qui lui est distinct, dès lors que l'on aura préalablement posé ce qu'était le droit<sup>100</sup>. Cependant, dire que le crime est un fait qui entre en contradiction avec une norme revient, si l'on ne

---

<sup>92</sup> Encore pourrait-on objecter que le droit, surtout le *case law*, mais aussi partiellement le droit suisse, raisonne beaucoup sur la base de cas jurisprudentiels, et que l'épistémologie poppérienne condamne le raisonnement par induction...

<sup>93</sup> CHEVALLIER, *Science du droit*, p. 257.

<sup>94</sup> CAILLOSSE, *À propos*, p. 61 s.

<sup>95</sup> CAILLOSSE, *À propos*, p. 66.

<sup>96</sup> COMMAILLE, *De la « sociologie juridique »*, pp. 30 et 34.

<sup>97</sup> CAILLOSSE, *À propos*, p. 68 ; CHEVALLIER, *Science du droit*, p. 254 s.

<sup>98</sup> OPPETIT, p. 20. V. ég. FREUND, p. 21 s.

<sup>99</sup> CAILLOSSE, *Droit et politique*, p. 143. L'auteur partage au surplus notre analyse.

<sup>100</sup> TROPER, *La philosophie*, p. 20 s.

fait pas l'effort simultané du jugement moral, à oublier pourquoi la norme doit réprimer ce comportement en particulier et pas un autre. Le normativisme conduit à un appauvrissement de la pensée juridique. Il amène le juriste à ne penser qu'à la règle et non au pourquoi de la règle, c'est-à-dire à son fondement politique (au sens large)<sup>101</sup>.

**Comment les politistes voient le droit.** – La science politique commet quant à elle deux erreurs par rapport au droit<sup>102</sup>. La première erreur est d'intégrer sans autre le discours juridique. Le droit est alors négligé par l'analyste au motif que les normes juridiques existeraient objectivement<sup>103</sup>. Cela n'amène pas le politiste à occulter le droit, mais à le voir comme un invariant, « un cadre neutre »<sup>104</sup>, insusceptible de modifier les rapports de force sur lesquels il se focalise<sup>105</sup>.

La seconde erreur de la science politique à l'égard du droit est inverse. Probablement influencés par la sociologie, les politologues ont travaillé sur la production de normes sociales sans remarquer les spécificités du caractère obligatoire de la norme juridique<sup>106</sup>. En effet, quand des politologues, marxistes<sup>107</sup> ou non, dénoncent « l'illusion juridique »<sup>108</sup>, ils passent à côté de quelque chose. Deux choses l'une : soit les arguments juridiques ne sont que des arguments parmi d'autres (économiques, idéologiques, émotionnels, etc.), mais alors on n'explique pas leur poids particulier (leur efficacité spécifique), soit on prend en compte ce poids et alors les arguments juridiques acquièrent un statut à part dans le champ politique.

**Une certaine complémentarité.** – La fameuse formule de Louis FAVOREU, selon laquelle « la politique est saisie par le droit » a le mérite

---

<sup>101</sup> FREUND, p. 21 s.

<sup>102</sup> CHEVALLIER, *Science du droit*, p. 256.

<sup>103</sup> TROPER, *Le constitutionnalisme*, p. 86. V. ég. COMMAILLE, *De la « sociologie juridique »*, p. 34.

<sup>104</sup> TROPER, *Le constitutionnalisme*, p. 91.

<sup>105</sup> Nous nous permettons de relever qu'un ouvrage tel que KNOEPFEL / LARRUE / VARRONE appartient à cette catégorie.

<sup>106</sup> CHEVALLIER, *Droit constitutionnel*, p. 184.

<sup>107</sup> *Supra* n. 49.

<sup>108</sup> CHEVALLIER, *Présentation*, p. 9.

d'« affirmer hautement la nécessité d'une approche juridique »<sup>109</sup> des problèmes politiques.

Droit et science politique présentent ainsi « une certaine complémentarité »<sup>110</sup>. En quoi ? La sociologie gagnerait à être éclairée par une analyse juridique (« la science du droit est donc une science politique »<sup>111</sup>). Le politiste ne devrait pas faire l'économie de l'étude des règles institutionnelles. À défaut, son pouvoir explicatif demeurera limité par une méconnaissance du droit<sup>112</sup>.

Le droit quant à lui pourrait s'approfondir par une approche sociologique, notamment pour comprendre les niveaux de production de normes<sup>113</sup>. On pense ici aux phénomènes que l'on nomme pudiquement « interprétation » ou « revirement de jurisprudence », car le juriste sait – l'expérience le lui rappelle – que « tout n'est pas dans les textes »<sup>114</sup>. On y reviendra.

Pour résumer, disons que « ce n'est pas parce que les juristes sont tentés de vider le monde de ses acteurs pour n'y voir que les formes du droit pur, qu'on doit, pour décrire valablement l'action publique, la priver de toute substance juridique »<sup>115</sup>.

1.1.3.2 Les visions croisées des relations entre droit et politique  
Nous pouvons maintenant nous intéresser au regard que portent la science du droit sur la politique et la science politique sur le droit.

**Comment la science du droit voit ses rapports avec la politique.** – René RHINOW par exemple identifie ce qu'apporte le droit à la politique et la société. Sa liste, qui comprend six éléments, est la suivante<sup>116</sup> :

---

<sup>109</sup> CHEVALLIER, *Présentation*, p. 7.

<sup>110</sup> RAYNAUD, *Le droit*, p. 5. V. ég. COMMAILLE, *Le juridique*, p. 281.

<sup>111</sup> Gérard TIMSIT, cité par : CAILLOSSE, *Droit et politique*, p. 137.

<sup>112</sup> RAYNAUD, *Le droit*, pp. 7 et 9. V. ég. CAILLOSSE, *Droit et politique*, p. 137 s.

<sup>113</sup> RAYNAUD, *Le droit*, p. 8.

<sup>114</sup> Georges VEDEL, cité par : RAYNAUD, *Le droit*, p. 7.

<sup>115</sup> CAILLOSSE, *À propos*, p. 68. V. ég. COMMAILLE / DUMOULIN, p. 211.

<sup>116</sup> RHINOW, *Politische Funktionen*, p. 188 ss. L'auteur liste les mêmes fonctions en ce qui concerne la constitution (RHINOW / SCHEFER, n° 46 ss).

Fonction du droit	Description
Constitution ( <i>Konstituierung</i> )	Le droit « constitue » les fondements et les bases de l'organisation politique. Telle est en particulier la mission de la constitution.
Limitation ( <i>Limitierung</i> )	Le droit limite le pouvoir de l'État (séparation des pouvoirs, droits fondamentaux, fédéralisme).
Expression de valeurs ( <i>Wertverwirklichung</i> )	Le droit exprime les conceptions philosophiques dominantes chez ceux qui le forment.
Stabilisation et prévisibilité ( <i>Stabilisierung und Berechenbarkeit</i> )	Le droit apporte une sécurité aux justiciables en donnant des contours solides à l'existence humaine. Le droit permet au justiciable d'anticiper le comportement de l'autorité et d'adapter son propre comportement en fonction de celui de l'autorité <sup>117</sup> .
Pilotage ( <i>Steuerung</i> )	Le droit cherche à ordonner le « vivre-ensemble » dans les différents domaines de la vie et les relations sociales. Dans le même temps, le droit est porteur de grandes aspirations sociales (transformation sociale, régulation économique, égalitarisme).
Intégration et légitimation ( <i>Integration und Legitimation</i> )	Le droit, parce qu'il répète et consigne les valeurs, structure la société. La prévisibilité censée accompagner la décision soumise au droit la rend indiscutable (et ainsi légitime). Il s'agit là de la dimension idéologique du droit <sup>118</sup> .

**Légende : Ce tableau présente les fonctions du droit selon RHINOW.**

<sup>117</sup> V. ég. MOOR, *Pour une théorie*, p. 55 s.

<sup>118</sup> V. ég. TROPER, *Le constitutionnalisme*, p. 91.

La dernière série de fonctions est intéressante. En faisant du droit une source de légitimation par les valeurs qu'il véhicule, on intègre au droit les valeurs et les rapports politiques qui l'ont généré. On souligne encore une fois que le droit ne saurait être pensé en-dehors des rapports politiques qui le sous-tendent.

Ces énumérations, si elles se veulent précises, sont insatisfaisantes par leurs répétitions et leurs chevauchements<sup>119</sup>. Par exemple, le système n'est-il pas stable parce que les organes ont un but assigné et que le régime est légitime<sup>120</sup> ? D'autres fonctions sont circulaires. La limitation et la prévisibilité sont elles-mêmes des sources de légitimation. Plutôt que de proposer une nouvelle énumération, synthétisons cette liste et concentrons-nous sur les fonctions décisives pour notre sujet. Retenons que le droit (constitutionnel) entretient au moins avec la politique un rapport double. Le droit est *l'expression* de choix politiques. Il est le *cadre* et la *limite* de ces choix.

**Comment la science politique voit le droit.** – Si l'on s'intéresse maintenant au regard que porte la science politique sur le droit, cela apparaît mieux encore. Généralement, les politologues diront que « [l]e droit est [...] tout à la fois un mode de structuration du pouvoir, et le produit de cette structuration »<sup>121</sup>. Prenons l'analyse des politiques publiques comme exemple. La grille utilisée propose que l'on identifie les acteurs des politiques publiques<sup>122</sup> et les ressources dont ils disposent. Une ressource se définit comme « les moyens d'action propres à chacun des acteurs concernés par le problème collectif à résoudre »<sup>123</sup>. C'est ici que l'on trouve le droit, présenté comme une *ressource*<sup>124</sup> au même titre que la force, le personnel, l'argent, l'information, l'organisation, le consensus, le temps, l'infrastructure (patrimoine) et le soutien politique.

---

<sup>119</sup> AUBERT, lui-même, nous met en garde contre les inventaires qui se recouvrent à force de se vouloir exhaustifs (AUBERT, *Notion*, n° 38).

<sup>120</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 226.

<sup>121</sup> Patrice DURAN, cité par : DUMOULIN / ROBERT, p. 15.

<sup>122</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 45 ss.

<sup>123</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 68.

<sup>124</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 71.

Si cette approche permet de relativiser la place du droit dans les politiques publiques, en mettant en évidence les autres moyens d'intervention publique, elle rend mal une réalité : la transversalité du droit. Toutes les ressources des politiques publiques sont soumises au principe de la légalité et à l'exigence d'une base légale (art. 5 al. 1 Cst.). Ainsi, le recours à la force est soumis à des règles de droit, tout comme le personnel, l'argent ou l'information<sup>125</sup>. Même le temps est gouverné par des règles de droit (délai de recours, prescription, durée de la législature). Ce faisant, le droit devient une *contrainte* pour les acteurs des différentes politiques publiques. Ainsi, du cadre constitutionnel aux détails de la réglementation, en passant par les règles institutionnelles qui régissent les organisations administratives, le droit est tantôt un *moyen*, tantôt une *contrainte* pour les acteurs<sup>126</sup>.

Enfin, « [s]i le droit est un produit et un enjeu politiques, il exerce en retour des effets sur la politique, à la fois comme cadre plus ou moins contraignant et comme ressource dans les jeux de pouvoir et les stratégies des acteurs »<sup>127</sup>. On trouve cette idée de droit comme ressource stratégique dans plusieurs ouvrages<sup>128</sup>. Le terme ressource recouvre ainsi aussi bien le moyen que *l'opportunité* qu'offre le droit à la politique.

**La superposition des deux visions.** – Plus synthétiquement : « [L]e droit apparaît [...] comme le *produit*, le *cadre* et l'*enjeu* de processus de décision politique [...] »<sup>129</sup>. On voit donc en superposant les visions juridiques et politiques que trois éléments apparaissent :

- un moyen (*infra* 1.2) ;
- une contrainte (*infra* 1.3) ;

<sup>125</sup> V. p.ex. la LF du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (loi sur l'usage de la contrainte ; LUSC ; RS 364), la LF du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.22) ou la LF du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (loi sur les finances ; LFC ; RS 611).

<sup>126</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 110 ss.

<sup>127</sup> DUMOULIN / ROBERT, p. 21.

<sup>128</sup> Pour une recension : COMMAILLE, *De la « sociologie juridique »*, p. 35.

<sup>129</sup> PAYE, p. 176. Soulignement d'origine. Cette idée a été thématifiée par Pierre BOURDIEU (*ibid.*). V. ég. COMMAILLE, *De la « sociologie juridique »*, p. 35.

- une opportunité (*infra* 1.4).

## 1.2 LE DROIT COMME MOYEN DE LA POLITIQUE (LE DROIT POLITISE)

**La notion de droit-moyen.** – Historiquement, le droit est un marqueur de la tradition et de l'identité politique occidentales<sup>130</sup>, car le droit est décision politique<sup>131</sup>. Le droit est le langage du pouvoir, « l'expression du pouvoir »<sup>132</sup>. Le mode d'édiction du droit est politique, sa légitimation aussi ; le droit est le résultat de la politique dans une certaine forme<sup>133</sup>. Filles de la politique, les règles de droit sont une forme d'expression de choix<sup>134</sup> politiques<sup>135</sup>. Le droit est une décision politique en ce sens qu'il est le produit d'un processus politique, c'est-à-dire de l'interaction humaine : le droit coutumier est généré par la multitude ; le droit écrit (les lois au sens formel en particulier) est délibéré par des assemblées politiques.

Des mécanismes informels par lesquels débute le processus législatif (réunions de responsables politiques, discussions « à bâton rompu », campagnes médiatiques, etc.) jusqu'à l'application d'une loi, en passant par les travaux préparatoires et les délibérations parlementaires, toute la production législative est un indicateur du processus de décision politique<sup>136</sup>. La jurisprudence – on y reviendra très longuement – et la doctrine ont aussi quelque chose de politique. Autrement dit : *pas de droit sans politique*<sup>137</sup>. Que ce soit dans les cénacles parlementaires ou l'universalité des citoyens, le législateur, député ou citoyen, se fonde sur des motifs politiques pour arrêter sa décision : intérêt privé ou collectif, régional ou national, conservateur ou progressiste, religieux ou culturel, généreux ou égoïste. Sans qu'il soit besoin ici de détailler les subtils

---

<sup>130</sup> P.ex. CAILLOSSE, *À propos*, p. 56 ss.

<sup>131</sup> GUSY, p. 4 ; MADER, *Législation*, p. 195 s. ; AUBERT, *Observations*, n° 8 ss.

<sup>132</sup> COMMAILLE, *De la « sociologie juridique »*, p. 36.

<sup>133</sup> GUSY, p. 4.

<sup>134</sup> AUBERT, *Observations*, n° 3. V. ég. FREUND, p. 23.

<sup>135</sup> MADER, *Législation*, p. 193 s. L'auteur cite comme autres moyens juridiques la décision, le contrat, le traité international, la directive interne à l'administration et l'acte matériel.

<sup>136</sup> PAYE, p. 177 ss.

<sup>137</sup> RHINOW, *Politische Funktionen*, p. 185.

mécanismes des décisions collectives<sup>138</sup>, ce mélange de motivations, agrégées ou annulées, additionnées ou soustraites, produit des constitutions, des lois, des ordonnances, voire des coutumes, qui traduisent le résultat de ce processus collectif en règles dont la prétention est de s'insérer dans l'univers normatif<sup>139</sup>. Le droit « traduit, entérine et donne à voir l'état d'un rapport de force entre des visions du monde divergentes »<sup>140</sup>. Pour le dire autrement, la quête du pouvoir (légitime) se manifeste dans l'édition du droit. Tout le droit résulte des conceptions sociales dominantes qui se voient formalisées. C'est ce qui est censé lui donner sa légitimité<sup>141</sup>.

**Le droit-moyen et le principe de la légalité.** – Le principe de la légalité comprend deux aspects. Le premier est l'exigence d'une base légale (ou réserve de la loi). Ce principe signifie que « l'autorité ne peut agir [...] que si une loi valable l'y autorise. Elle doit faire ce que la loi prescrit, rien que cela et rien de plus »<sup>142</sup>. Inversement, cela signifie que l'autorité (politique) qui veut agir *doit* élaborer une « base légale ». Qu'elle veuille agir sur le contenu matériel des politiques publiques, l'appareil institutionnel ou le processus décisionnel, la politique doit presque toujours modifier un support normatif (constitution, loi, ordonnance).

Autrement dit, la politique doit faire du droit pour être politique. Certes, il se peut qu'une décision politique ne pose pas une règle de droit<sup>143</sup> : ce n'est pas une relation automatique, mais une relation généralement constatée. Ainsi, toute politique, quelle qu'en soit l'orientation, suppose une production normative. Même la vague néo-libérale véhiculant des idées de dérégulation ne s'est pas accompagnée d'un amaigrissement du tissu normatif<sup>144</sup>.

---

<sup>138</sup> Pour une typologie : URFALINO, *L'esprit*, p. 199 ss.

<sup>139</sup> MADER, *Législation*, p. 201.

<sup>140</sup> DUMOULIN / ROBERT, p. 15.

<sup>141</sup> Cela correspond aussi bien aux observations sociologiques (Max WEBER et sa domination légale-rationnelle) qu'aux constatations juridiques (not. celles relevées plus haut de RHINOW, *Politische Funktionen*, p. 194).

<sup>142</sup> KNAPP, n° 468.

<sup>143</sup> BATIFFOL, p. 3 s.

<sup>144</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 30.

**Le droit-moyen, une relation du droit vers la politique.** – Dire que le droit est un moyen de la politique met en évidence une relation qui va du droit *vers* la politique. Dire que la politique se saisit de l'instrument juridique reflète une modification de la politique par le droit. Le droit devient alors un « révélateur d'enjeux politiques »<sup>145</sup> en même temps que l'occasion (le lieu et le moment) d'une « montée en charge » de la politique<sup>146</sup>. Dans un cas de droit-moyen, *le droit politise*. L'exigence d'une base légale fait que les acteurs politiques doivent agir et, donc, (se) politiser au moment de l'élaboration de la norme. Mettre un sujet à l'agenda politique, c'est ouvrir un débat public, obliger les (autres) acteurs à se positionner et à déterminer comment atteindre le but qu'ils se proposent de poursuivre.

### 1.3 LE DROIT COMME CONTRAINTE DE LA POLITIQUE (LE DROIT DÉPOLITISE)

**La notion de droit-contrainte.** – Présenter le droit comme produit de la politique n'est toutefois pas suffisant. En effet, les rapports entre droit et politique ne s'épuisent pas dans le droit-moyen, car ces rapports ne sont pas unilatéraux. Si la politique fabrique le droit, le droit, en retour, limite, voire bloque, la politique<sup>147</sup>. En tant qu'instrument de régulation sociale, le droit rétroagit sur la politique en l'« orientant », en la « calibrant »<sup>148</sup>. La politique, qui produit du droit, *se* modifie ainsi de manière caractéristique<sup>149</sup>. Ici, le droit est donc porteur de réduction de la charge politique.

Le caractère obligatoire du droit vient de la forme juridique. Cette forme fournit une certaine stabilité – les processus législatifs sont longs – et transforme la politique en lui donnant transparence et prévisibilité<sup>150</sup>. L'irrationalité, l'instabilité et l'imprévisibilité de la politique sont alors « domestiquées » par le droit. C'est ce que rend notamment l'expression

---

<sup>145</sup> COMMAILLE, *Droit et politique*, p. 478.

<sup>146</sup> GUSY, p. 6 s.

<sup>147</sup> GUSY, p. 6.

<sup>148</sup> DUMOULIN / ROBERT, p. 20. V. ég. CROZIER / FRIEDBERG, p. 88.

<sup>149</sup> GUSY, p. 4.

<sup>150</sup> GUSY, p. 4 s.

de « jeu politique » qui renvoie à l'idée d'un monde régulé par des conventions.

**Le droit-contrainte et le principe de la légalité.** – La relation de droit-contrainte peut ici se lire dans le second aspect du principe de la légalité : la suprématie de la loi (le premier était l'exigence d'une base légale). Ce principe signifie que l'autorité doit respecter toutes les lois, celles qui émanent d'un autre organe, d'une autre collectivité, supérieure ou inférieure, y compris les lois qu'elle a elle-même posées<sup>151</sup>.

Si les instances qui font le droit ignorent les règles posées par elles ou d'autres, elles courent le risque d'une sanction. Cette sanction peut être juridique ou politique. Ainsi, les parlementaires qui votent une loi inconstitutionnelle courent le risque d'une sanction juridique (censure du juge constitutionnel) ou d'une sanction politique (référendum législatif en Suisse ou non-réélection).

Finalement, on peut dire : *pas de politique sans droit*<sup>152</sup>. Le fait juridique modifie la politique en diminuant la charge politique. Le droit dépolitise la politique. Dans le droit-contrainte, *le droit dépolitise*<sup>153</sup>.

**Les effets du droit-contrainte.** – Le droit-contrainte prend différentes formes<sup>154</sup>. Le droit peut limiter la politique :

- quant au contenu matériel des politiques publiques (principes directeurs) ;
- quant aux compétences (séparation des pouvoirs, fédéralisme) ;
- quant à la forme de décision (procédure législative).

Le droit-contrainte dépolitise le débat public quand l'action politique (on parle alors d'action « administrative » pour en souligner le côté mécanique) est déterminée (limitée ou guidée)<sup>155</sup>. Ainsi, au moins selon une vision légaliste<sup>156</sup>, plus une norme est exigeante<sup>157</sup> ou précise, plus la

<sup>151</sup> KNAPP, n° 463 s.

<sup>152</sup> RHINOW, *Politische Funktionen*, p. 185.

<sup>153</sup> Sur cette idée : GUSY, p. 6 s.

<sup>154</sup> P.ex. AUBERT, *Notion*, n° 42. L'auteur parle de la constitution, mais son propos peut être étendu au droit dans sa totalité.

<sup>155</sup> GUSY, p. 7 s.

<sup>156</sup> *Infra* 2.2.

marge des autorités d'application est étroite, moins les considérations politiques n'ont de place. À l'inverse, moins la norme est exigeante ou précise, moins elle déterminera le contenu de la décision administrative ou judiciaire, plus l'espace politique est vaste.

La dépolitisation n'est cependant jamais intégrale<sup>158</sup>. D'abord, le droit n'a pas pour vocation de prédéterminer la totalité des actions politiques<sup>159</sup>. Ainsi, si le Conseil fédéral décidait de réactiver la demande d'adhésion à l'Union européenne, il n'agirait sur le fondement d'aucune règle de droit, excepté celle qui lui donne des compétences en matière de politique étrangère. S'agissant du juge, nombreuses sont les décisions d'application critiquées par la doctrine. Ensuite, une décision judiciaire peut faire remonter la charge politique, si la décision ne correspond pas à la volonté politique. Le législateur peut vouloir « corriger » la décision du juge. Enfin, une (re)mise à l'agenda, due à d'autres facteurs que la décision judiciaire, reste toujours possible si une norme demeure contestée<sup>160</sup>. Cela sera possible si le contenu des normes ne permet pas la dépolitisation, ne serait-ce que parce que ces normes n'ont pas acquis le niveau de reconnaissance suffisant pour y parvenir.

Ainsi, même contrainte, la politique ne meurt pas avec le droit ; elle vit toujours.

## 1.4 LE DROIT COMME OPPORTUNITÉ DE LA POLITIQUE

Le droit offre une double opportunité à la politique (*infra* 1.4.1). Le droit permet à la politique de judiciaireiser le débat (*infra* 1.4.2) et de le « déjudiciariser » (*infra* 1.4.3).

### 1.4.1 Une relation double

**Un nouvel espace, entre droit-moyen et droit-contrainte.** – Abordons maintenant une relation qui apparaît surtout dans les études qui s'intéressent au jeu politicien<sup>161</sup>. « Affirmer [que le droit] est une *référence* ne suffit pas : il faut ajouter qu'il est aussi une *ressource* dans des

---

<sup>157</sup> GUSY, p. 7.

<sup>158</sup> GUSY, p. 7.

<sup>159</sup> BATIFFOL, p. 3 ss.

<sup>160</sup> GUSY, p. 11.

<sup>161</sup> COMMAILLE, *De la « sociologie juridique »*, p. 35.

jeux d'acteurs sociaux et politiques. »<sup>162</sup> Avec d'autres mots : « Le droit ne saurait être envisagé dans une dimension purement et exclusivement contraignante<sup>[163]</sup> [...] il doit être confronté au jeu des acteurs. »<sup>164</sup> En effet, le droit énonce des valeurs générales et ne dicte pas les comportements individuels dans leurs moindres détails. En raison des « effets symboliques de la règle [...] ]le droit est saisi comme une ressource mobilisée et convoquée stratégiquement par les acteurs »<sup>165</sup>.

Le jeu entre le droit-moyen et le droit-contrainte crée un nouvel espace. Affirmer que le droit peut limiter ceux qui le produisent est une idée paradoxale. De ce paradoxe naît une troisième dimension. Le droit, par ses qualités de rigidité, se retourne soudain contre lui-même et sa prétention à la stabilité. Il vient offrir des opportunités à la politique grâce à un effet miroir. C'est toujours la même figure qui se reflète, mais sa perception est différente. En même temps que le droit-moyen politise le débat public et que le droit-contrainte le dépolitise, la politique se permet de faire varier à son tour l'intensité de l'argument juridique dans le débat. On appellera cette relation le droit-opportunité. Le droit devient alors un argument politique, au même titre que les considérations idéologiques, économiques, culturelles et autres.

Puisque le droit est (censé être) contraignant et obligatoire, les acteurs peuvent s'appuyer sur lui (voire le détourner) pour tenter d'influencer le déroulement d'une politique publique. En effet, dire que le droit est une ressource de la politique signifie qu'il est l'instrument de la majorité politique, mais aussi celui de la minorité politique. Des acteurs minorisés (comme ceux qui ne veulent pas le devenir) peuvent instrumentaliser les règles et exploiter ainsi des ressources pour faire valoir leurs intérêts<sup>166</sup>. Ainsi, un « bon politicien » sera celui qui invoquera des règles

---

<sup>162</sup> COMMAILLE / DUMOULIN, p. 212. Soulignements d'origine. V. ég. *id.*, p. 216 s.

<sup>163</sup> *Supra* 1.3.

<sup>164</sup> DUMOULIN / ROBERT, p. 20.

<sup>165</sup> DUMOULIN / ROBERT, p. 21. Ici, le terme « ressource » n'est pas employé dans le même sens que précédemment.

<sup>166</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 128 s.

institutionnelles pour faire obstacle à une politique substantielle qu'il juge inopportune<sup>167</sup>.

Dire que le droit est une opportunité de la politique revient à dire que le droit est un lieu d'expression de la politique et que son existence incite la politique à s'en emparer pour agir.

**Exemples.** – Ainsi, tel politicien tiendra la tribune aussi longtemps que le règlement du parlement le lui permet, soit pour s'adresser à ses électeurs, soit pour empêcher que l'on passe au vote<sup>168</sup>, et non pour enrichir le débat. De même, on lancera une initiative populaire autant pour résoudre un problème public (droit-moyen) que pour mettre à l'agenda une idée politique ou mobiliser ses sympathisants (droit-opportunité)<sup>169</sup>, et non pour modifier la Constitution (ce qui est le but premier de l'initiative populaire).

**Vers une réconciliation du droit et de la politique.** – La notion de droit-opportunité permet d'en finir avec l'image du droit et de la politique comme deux sphères séparées ; elle permet de rasséréner ceux qui voient ces deux notions comme antagonistes<sup>170</sup>. En effet, reprenant la métaphore du ruban de Möbius, on peut dire que les deux faces sont à leur point indéfinissable de confusion. Les acteurs utilisent le langage juridique, mais ce sont leurs motivations politiques qui parlent.

Le rapport de droit-opportunité perd sa connotation négative si l'on se rappelle que politistes et juristes observent un même objet (l'État ou le pouvoir) et que les arguments politiques et les arguments juridiques ne sont pas d'une nature radicalement différente. Le droit n'est qu'une traduction de la politique et de ses valeurs dans une autre grammaire. Le droit est l'une des formes que prend la quête d'un optimum social, économique et culturel (c'est-à-dire la politique). La constatation est d'autant plus vraie s'agissant du droit constitutionnel.

---

<sup>167</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 116 s. Les auteurs parlent de « *policy killing institution* » pour qualifier cette situation où les règles institutionnelles engendrent une perte d'efficacité, voire la disparition d'une politique substantielle.

<sup>168</sup> À propos du « *filibuster* » au Sénat des États-Unis : HAMON / TROPER, p. 265.

<sup>169</sup> LINDER, *Schweizerische Demokratie*, p. 265 s.

<sup>170</sup> GUSY, p. 1 et les références citées (à propos de l'Allemagne).

### 1.4.2 La politique judiciarise

**La notion.** – Quelles formes peut prendre cette instrumentalisation du droit ? Cela dépend de la position de l'acteur qui la pratique. Ce dernier peut d'abord présenter le droit comme une vérité absolue ou un horizon indépassable.

Ce cas doit être distingué de celui du droit-contrainte. Ici, l'argument juridique est évoqué, mais il masque une intention politique. Dans un cas du droit-contrainte, il y a une dimension routinière, logique, imperceptiblement banale. On applique le droit parce qu'il est reconnu, sans contestation, par les sujets. Dans un cas de droit-opportunité en revanche, la politique mobilise un argument juridique pour faire valoir son point de vue<sup>171</sup> ; *la politique judiciarise*. Elle augmente la charge juridique. (On majore l'argument juridique, on le magnifie.)

Dans le jeu politique, les acteurs invoquent la rigidité du droit et la croyance dans son caractère obligatoire pour faire triompher leurs intérêts et non le droit en tant que tel.

**Exemples**<sup>172</sup>. – Un chef de gouvernement accepte un amendement provenant d'un groupe extrémiste appartenant à sa coalition parlementaire. Il y est opposé, mais s'attire ainsi les bonnes grâces du groupe en question, tout en sachant que le juge constitutionnel censurera cette disposition.

Un préfet annule une décision communale matériellement fondée, mais non motivée et n'indiquant pas les voies de recours. Il sait que la décision sera « reprise » par l'exécutif communal « dans les formes », mais veut ainsi envoyer aux communes un message démontrant à la fois son

---

<sup>171</sup> Le meilleur exemple de la résurgence de la politique par le droit est sans doute offert par le contrôle de constitutionnalité. Contester l'adoption d'une norme, à la tribune du parlement, par des arguments politiques, peut être vain ; il faut alors tenter d'en obtenir la neutralisation devant un juge, par des arguments juridiques. En France, la saisine du Conseil constitutionnel tendant à faire « censurer » une disposition législative nouvellement adoptée est devenue, non seulement une étape à part entière du processus législatif, mais aussi un moyen privilégié de l'opposition pour obtenir une victoire que la logique majoritaire lui refuse et faire « trébucher » le Gouvernement not. devant l'opinion (POIRMEUR, p. 18 ; MERCUZOT, *passim*).

<sup>172</sup> Les cas sont librement inspirés de cas réels que le lecteur s'amusera à identifier...

autorité (motivation purement politique) et ses exigences en matière de procédure administrative (motivation juridique).

### 1.4.3 La politique « déjudiciarise »

**La notion.** – Le droit peut ensuite n’être qu’un élément relatif pour l’acteur politique. Comme dans le cas précédent, on assiste à une modification de l’intensité du débat juridique. Maintenant, la politique minimise l’argument juridique afin d’éviter d’en faire un obstacle à des vues qui lui sont propres ; *la politique « déjudiciarise »*. Elle diminue la charge juridique. (On minore l’argument juridique, on le relègue.)

Dans les cas extrêmes, le droit-opportunité parvient à anéantir les règles qu’avait posées le droit-moyen. Les juristes parleront de « situation illégale » et les politologues de « défaut d’effectivité ». Peu importe : quand une règle est ignorée, c’est que « les acteurs ont fait le choix délibéré de nouer des rapports malgré le droit ou contre lui »<sup>173</sup>.

**Exemples**<sup>174</sup>. – Un gouvernement fait adopter une mesure discriminatoire, mais très populaire. Le juge constitutionnel la censure – ce que le gouvernement avait anticipé – et le gouvernement fait campagne sur le thème du pouvoir des juges, « menaces » pour la volonté populaire... (Un parti politique suisse peut lancer une initiative populaire pour user du même ressort.)<sup>175</sup>

Un préfet accorde un permis de construire qu’il sait contraire au droit de l’aménagement du territoire. Il peut ainsi assurer « ses » administrés de son soutien, tout en renvoyant la « faute » à des tribunaux cantonaux trop « tatillons »...

## 1.5 ENTRE DROIT-CONTRAÎTE ET DROIT-OPPORTUNITÉ : UNE QUESTION DE RECONNAISSANCE

Comment distinguer le droit-contrainte et le droit-opportunité (*infra* 1.5.3) ? On y parvient à l’aide d’un concept essentiel : celui de *reconnaissance* (*infra* 1.5.2). Avant cela, il faut préciser les fondements de ce concept (*infra* 1.5.1).

---

<sup>173</sup> CAILLOSSE, À *propos*, p. 64.

<sup>174</sup> *Supra* n. 172.

<sup>175</sup> V. ég. PASQUINO, *Contraintes*, n. 25.

### 1.5.1 Prémisses

L'idée de reconnaissance comme élément central de la théorie générale du droit vient d'une recherche en voie de rédaction, notamment dans la revue *Jus Politicum*<sup>176</sup>. Cette recherche part des travaux de H.L.A. HART qui privilégie l'approche sociologique de l'objet juridique<sup>177</sup>.

Pour HART, le droit peut être vu comme l'ensemble des règles dont on peut constater l'existence et le respect dans le milieu social considéré<sup>178</sup>. Le philosophe anglais décrit le droit comme un ensemble de règles primaires et de règles secondaires<sup>179</sup>. Les règles primaires « prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements »<sup>180</sup>. Ce sont les règles de droit au sens habituel<sup>181</sup>. Les règles secondaires sont celles qui permettent d'« introduire de nouvelles règles de type primaire »<sup>182</sup>. Ce sont des règles institutionnelles parmi lesquelles HART distingue les règles de reconnaissance (sources du droit), de changement (modification ou abrogation du droit) et de décision (compétences des juridictions)<sup>183</sup>. En somme, les règles primaires imposent des obligations, les règles secondaires confèrent des pouvoirs<sup>184</sup>. Les premières s'adressent en quelque sorte aux justiciables, les secondes aux institutions.

Une règle de reconnaissance suprême et ultime permet de fonder la validité de l'ensemble du système. (En Suisse, on pourrait à la rigueur dire que le vote du peuple et des cantons correspond à cette règle ultime.) Or, cette règle ne peut être établie que par un jugement *externe* au droit, c'est-à-dire que cette règle est factuelle et non juridique. (En

<sup>176</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 1 ss et n. 1 ; *id.*, *Avènement*, p. 1 ss ; LE DILLEVEC, p. 1 ss. V. ég. la présentation de la revue *Jus Politicum* (p. « [http://www.juspoliticum.com/ Qui-sommes-nous.html](http://www.juspoliticum.com/Qui-sommes-nous.html) » [consulté le 30 avril 2012]).

<sup>177</sup> HART parle du « point de vue externe » pour évoquer la position de l'observateur qui ne cherche pas à respecter les règles de droit, mais à en comprendre le fonctionnement (HART, p. 113 ss ; BILLIER / MARYIOLI, pp. 271 et 278).

<sup>178</sup> MILLARD, *Théorie*, p. 81 ss ; SERVERIN, p. 83 ss.

<sup>179</sup> HART, not. pp. 105 et 116 ss.

<sup>180</sup> HART, p. 105 (trad.).

<sup>181</sup> *Supra* 1.1.1.

<sup>182</sup> HART, p. 105 (trad.).

<sup>183</sup> HART, p. 120 ss (trad.).

<sup>184</sup> Sur toute cette question : MILLARD, *Théorie*, p. 82 ss ; BILLIER / MARYIOLI, p. 271 ss ; FRYDMAN / HAARSCHER, p. 87 s.

Suisse, cette règle suprême est établie par la Constitution, mais la Constitution repose elle-même sur cette règle... N'est-elle pas dès lors plus factuelle que juridique ?) On doit se borner à constater qu'elle constitue la règle de reconnaissance effectivement admise et qu'« elle est simplement acceptée comme appropriée à un tel usage »<sup>185</sup>. Contrairement à la norme fondamentale de Hans KELSEN, le droit, selon HART, repose sur un fait et non une norme (même fictive)<sup>186</sup>.

La théorie de la reconnaissance qui nous intéresse veut aller plus loin que HART et s'interroger sur l'avènement non seulement des règles substantielles (règles primaires), mais aussi des règles constitutives du système juridico-politique (règles secondaires), au-delà de l'explication trop simple de la règle de reconnaissance ultime<sup>187</sup>. Le problème réside dans le fait que l'on comprend mal ce qui distingue, au fond, les règles primaires des règles secondaires. Même si les règles secondaires ont des objets et des destinataires différents, elles doivent bien « devenir règles » elles-aussi. En d'autres termes, HART s'arrête à la reconnaissance des règles primaires (substantielles) par les règles secondaires, sans vraiment s'interroger sur la reconnaissance des règles secondaires (institutionnelles)<sup>188</sup>. Pourquoi seule la règle de reconnaissance ultime, et non toutes les règles de reconnaissance, serait-elle factuelle ?

Nous pensons qu'il faut recourir à un élément extérieur au droit pour expliquer ce phénomène. C'est le rôle qu'est censée jouer la *théorie de la reconnaissance*.

### 1.5.2 Définition et caractéristiques de la reconnaissance du droit

**Une première définition de la reconnaissance.** – La doctrine a pu dire que la force du droit « réside d'abord dans la croyance en l'existence de la règle de droit »<sup>189</sup>. La théorie de la reconnaissance affirme que « le droit n'a pas d'existence en dehors des consciences des sujets qu'il ré-

---

<sup>185</sup> HART, p. 137 (trad.).

<sup>186</sup> BILLIER / MARYIOLI, p. 277.

<sup>187</sup> PIMENTEL, *Avènement*, p. 2 ss.

<sup>188</sup> PIMENTEL, *Avènement*, p. 3.

<sup>189</sup> Daniel GAXIE, cité par : CAILLOSSE, *Droit et politique*, p. 142. V. ég. CHEVALLIER, *Présentation*, p. 6 ; AUBERT, *Observations*, n° 7.

git »<sup>190</sup>. Une constitution n'a par exemple aucune réalité si le principe du gouvernement par cette constitution n'est pas reconnu. Autrement dit : « [l']État n'est pas l'État parce qu'il est obéi : il n'est obéi que parce qu'il est collectivement reconnu »<sup>191</sup>.

La reconnaissance peut être définie ainsi : « il dépend de la reconnaissance de faire exister les faits dans le monde du droit, de les faire advenir à l'existence collective »<sup>192</sup>. Sur le terrain normatif, « *ce qui constitue le droit, c'est le fait qu'il soit reconnu* »<sup>193</sup>.

**Les auteurs et les sources de la reconnaissance.** – La reconnaissance est le fait des *sujets* régis par le droit qui voient certaines règles comme juridiques (ils qualifient certaines règles de juridique et les font advenir comme telles)<sup>194</sup>. Nous appellerons plus loin ces sujets des « lecteurs » du juge<sup>195</sup>.

La reconnaissance peut avoir pour *source* le libre consentement, l'habitude, la tradition (la culture juridique classique en est une) ou la croyance politique (la théorie démocratique) ou religieuse<sup>196</sup>. L'histoire, les pratiques sociales, les discours parlementaires, la doctrine et les œuvres philosophiques sont autant d'explications qui s'agrègent pour fonder cette reconnaissance<sup>197</sup>. Ces phénomènes sont essentiellement sociaux et rarement formalisés<sup>198</sup>. Tous participent néanmoins d'un processus de légitimation du droit<sup>199</sup>.

La reconnaissance est un phénomène collectif et non individuel. Elle s'apprécie globalement. Donc, ce n'est pas parce qu'un individu ne reconnaît pas le droit (ou son auteur) que le droit n'est pas contraignant ou obligatoire pour lui.

---

<sup>190</sup> PIMENTEL, *Avènement*, p. 20.

<sup>191</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 3.

<sup>192</sup> PIMENTEL, *Avènement*, p. 12.

<sup>193</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 1. Nous soulignons. V. ég. *id.*, *Avènement*, p. 23.

<sup>194</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 1 ; *id.*, *Avènement*, p. 19 ss.

<sup>195</sup> *Infra* 2.4.2.3.

<sup>196</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 2.

<sup>197</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 5.

<sup>198</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 2.

<sup>199</sup> PIMENTEL, *Avènement*, p. 19 ss.

Le lien entre le droit et la politique se trouve ici, car la reconnaissance est un phénomène essentiellement social, donc politique, et participe ainsi d'un processus d'affrontement en vue de trancher un conflit d'intérêts spécifique<sup>200</sup> : l'établissement du droit.

**La reconnaissance du droit et le droit écrit. En général.** – Dans un système de droit écrit, il faut s'arrêter sur le rapport qu'entretient la reconnaissance avec la loi rédigée.

L'écriture du droit ne peut pas être assimilée à sa reconnaissance. La question est plus complexe. Pourquoi ? Les juristes font appel à l'idée de densité normative<sup>201</sup>. Une norme est dense si son application concrète est la reproduction pure et simple du sens qu'elle a complètement défini dans l'abstrait<sup>202</sup>. Or, il ne suffit pas qu'une loi soit précise ni même écrite pour faire taire tout débat politique.

Peu de discussions sont possibles lorsque par exemple la Constitution dispose que le Conseil fédéral comprend sept membres (art. 175 al. 1 Cst.). La densité normative est forte et il n'y a pas de place pour l'interprétation. Cependant, on pourrait tenir un raisonnement inverse et affirmer que c'est parce que la reconnaissance (le consensus) est forte que la formulation des textes est précise. Les constituants avaient une position très claire sur le nombre de conseillers fédéraux et ils ont opté pour une formulation fermée. En revanche, la garantie d'un droit fondamental ou les principes directeurs d'une politique publique sont peut-être formulés de manière moins dense, parce que le consensus à leur propos est moindre. Autrement dit, la légitimité démocratique que confère la codification d'une règle ne suffirait pas à assurer son effectivité (sa reconnaissance).

**La reconnaissance du droit et le droit écrit. Deux limites.** – Deux cas-limites permettent de mieux comprendre cette dernière affirmation : d'un côté, des règles écrites dites claires demeurent inappliquées ; de

<sup>200</sup> Voir la première définition de la politique (*supra* 1.1.1).

<sup>201</sup> P.ex. MOOR, *Pour une théorie*, pp. 14 et 64 ss.

<sup>202</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 64. C'est le « degré de détail et de spécialisation d'une réglementation » (PIAGET, n. 6 et les références citées).

l'autre, des règles *a priori* floues (voire pas codifiées) jouissent d'une reconnaissance juridique forte.

Prenons un **exemple** pour chaque cas.

L'art. 168 Cst. dispose que « [l']Assemblée fédérale élit les membres du Conseil fédéral [...] ». Cependant, la pratique politique (la formule magique, les quotas cantonaux, géographiques, linguistiques, sexuels, voire religieux) limite considérablement la marge d'appréciation des Chambres fédérales. Ainsi si le terme « élit » est lu dans le sens « procède à l'élection », le texte constitutionnel est respecté. En revanche, si on le lit dans le sens « choisit librement », alors le texte normatif, *a priori* clair, est violé, mais avec l'accord (ou la reconnaissance) de l'ensemble de la communauté<sup>203</sup>. On est confronté à un problème similaire lorsque l'on constate que la pratique ou la jurisprudence en vient à modifier une loi écrite (coutume abrogatoire ou désuétude des lois)<sup>204</sup>.

À l'inverse, dire que « [l]e Conseil fédéral prend ses décisions en autorité collégiale » (art. 177 al. 1 Cst.) ne signifie pas grand-chose en soi. Tous les systèmes politiques connaissent le principe de la solidarité gouvernementale ; le mot « collégialité » est polysémique. En Suisse néanmoins, ces mots renvoient à un corpus de règles relativement établies<sup>205</sup>, dont la compréhension aboutit à une condamnation par principe des violations de la collégialité<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> On renvoie également à une intéressante étude sur « [l]a manifestation entre droit et politique » qui démontre que les règles juridiques qui régissent les démonstrations publiques s'effacent et sont remplacées par des normes ignorées des juristes (FAVRE, *La manifestation, passim*).

<sup>204</sup> Sur l'ensemble du sujet : LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 168 ss.

<sup>205</sup> P.ex. TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 36 n° 8 ss.

<sup>206</sup> C'était aussi le cas des droits constitutionnels non écrits qui ont été reconnus en l'absence d'un fondement textuel explicite (CHIARIELLO, p. 18 s.). On citera chronologiquement la garantie de la propriété, la liberté d'opinion, la liberté personnelle, la dignité humaine, la liberté de la langue, la liberté de réunion, le droit de vote (les garanties de son exercice) et le droit à un minimum d'existence. On peut citer aussi les principes dégagés de l'art. 4 aCst. : l'interdiction de l'arbitraire, les droits généraux de procédure (interdiction du déni de justice, droit d'être entendu, etc.), le droit à l'assistance judiciaire. On en passe (CHIARIELLO, p. 11 ss). Ces droits ont été codifiés dans la Constitution de 1999 (art. 7 ss Cst.), alors que les chartes précédentes ne comportaient pas de « déclaration des droits ».

De même, une norme peut s'imposer alors qu'elle n'a pas été écrite. Elle ne l'a pas été souvent parce qu'elle est si évidente que nul n'a songé à l'écrire<sup>207</sup>. La règle de majorité<sup>208</sup> est ainsi rarement écrite, car elle est spontanément reconnue.

Ces deux phénomènes montrent que l'approche qui veut qu'une norme ne soit ni vraie ni fausse est insuffisante. La séparation radicale entre le devoir-être (*Sollen*) et l'être (*Sein*) ne permet pas de saisir le droit dans sa complexité. Au contraire, en admettant notamment que la juridicité ne se résume pas à l'écriture du droit, que des règles interstitielles existent, on explique que des règles écrites demeurent inappliquées et que des règles appliquées ne soient pas écrites. Les premières ne sont pas reconnues alors que les secondes le sont.

**La reconnaissance du droit et le droit écrit. Synthèse.** – Il ne suffit pas de codifier une règle, de l'écrire, pour lui donner sa juridicité. La codification d'une règle n'est qu'un indice (et non une preuve) de sa reconnaissance.

**Exemple.** – Jean-François AUBERT, à propos du Conseil fédéral, explique que l'élection d'un huitième conseiller fédéral est impossible, car juridiquement nulle<sup>209</sup>. Ce scénario est certainement incongru. Une crise politique d'une extraordinaire ampleur pourrait néanmoins conduire à l'élection d'un ministre surnuméraire et nul ne peut prétendre que le texte constitutionnel pourrait quoi que ce soit en ces circonstances. Il ne peut y avoir aujourd'hui de huitième conseiller fédéral plus parce que ce nombre fait l'objet d'un consensus très fort que parce que la rédaction de l'art. 175 al. 1 Cst. est précise.

**Le moment de la reconnaissance.** – La reconnaissance du droit est généralement postérieure à son édicition si les lecteurs reconnaissent une légitimité traditionnelle (par exemple au législateur) ou institutionnelle (par exemple au juge) ou s'ils constatent l'efficacité de ce droit. Une

---

<sup>207</sup> On pense aussi au cas dans lequel le tribunal écarte l'application d'une loi au nom de principes supérieurs (p.ex. le principe de la bonne foi : ATF 108 Ib 377, JdT 1984 I 533).

<sup>208</sup> *Infra* 1.5.2.

<sup>209</sup> AUBERT, *Observations*, n° 6.

nouvelle loi ou une nouvelle jurisprudence va ainsi être soumise aux sujets régis par le droit (les lecteurs) et on mesurera alors la reconnaissance, sans garantir pour autant qu'elle sera acquise.

La reconnaissance peut également être antérieure. Tel est le cas par exemple lorsqu'on écrit une pratique déjà établie (codification de la jurisprudence). Le droit a été reconnu *avant* d'être officialisé.

**Les limites de la reconnaissance ?** – La théorie de la reconnaissance doit résister à la tentation de qualifier de non-droit toutes les règles non appliquées et de voir du droit dans ce qui ne serait que des voies de fait (comme l'élection d'un conseiller fédéral surnuméraire). La théorie de la reconnaissance doit qualifier de juridique ce qui fait l'objet d'une reconnaissance telle que les lecteurs vont exiger du juge une (ré)action juridique. Si cette (ré)action ne vient pas, si le juge applique une norme non reconnue ou écarte une norme reconnue, son jugement devra être qualifié d'illégal et critiqué.

**La reconnaissance et les autres sciences.** – La théorie de la reconnaissance permet de sortir des questions classiques de la philosophie du droit. L'opposition n'est plus entre le jusnaturalisme<sup>210</sup> et le positivisme<sup>211 et 212</sup>. En renonçant à analyser le droit dans un rapport entre l'individu et État, mais dans un rapport entre la communauté et l'État, le

---

<sup>210</sup> La philosophie du droit comprend deux écoles : le jusnaturalisme et le positivisme juridique. Au sein du jusnaturalisme, on distingue le *jusnaturalisme classique* (ARISTOTE ou Thomas D'AQUIN) qui voit le droit comme une chose, un équilibre que la loi doit (re)constituer et le *jusnaturalisme moderne* (Hugo GROTIUS ou Samuel PUFENDORF) qui pense que la nature (ou la raison) confère à l'être humain des droits que la loi doit consacrer (références à la n. suivante).

<sup>211</sup> Au sein du positivisme, on distingue le *normativisme* (Hans KELSEN) qui voit le droit comme un ensemble des normes (c.-à-d. des entités idéales) et le *réalisme* (Oliver W. HOLMES, Alf ROSS, Michel TROPER) qui le voit comme un ensemble de faits (c.-à-d. des objets empiriques). V. FRYDMAN / HAARSCHER, p. 69 ss ; TROPER, *La philosophie*, p. 15 ss ; *id.*, *Le droit et la nécessité*, p. 185 ss.

<sup>212</sup> Notre travail s'inscrit dans une tradition positiviste. Selon nous, le droit naturel doit être écarté du travail du juriste pour que la morale (re)prenne sa juste place. Pour autant, nous rejetons l'approche normativiste pour lui préférer une approche réaliste (*supra* n. précédente). Il n'est cependant pas certain qu'une théorie de la reconnaissance puisse être qualifiée de strictement positiviste (BRUNET, *Irrationalisme*, p. 210), car elle intègre quelque chose d'extérieur au droit. Cela étant, la question n'a pas une portée pratique décisive...

droit désormais « [s'intéresse] moins à la décision du juge, prise en elle-même, ou au contenu normatif de la loi, qu'à leur *reconnaissance* par les organes politiques et les sujets de droit »<sup>213</sup>.

On peut également sortir des problèmes lancinants de la théorie du droit que sont la sanction et l'obéissance (ou le commandement). Une coutume comme la formule magique peut acquérir un statut quasi-juridique sans sanction juridique (aucun texte ne la prescrit ; aucune instance ne peut en exiger le respect). C'est la reconnaissance et non la sanction qui donne à la pratique sa juridicité<sup>214</sup>. De même pour l'obéissance : « on peut désobéir à la règle sans pour autant désavouer la compétence de celui qui l'édicte, et un simple fraudeur fiscal ne saurait être assimilé à un rebelle. Inversement, on peut obéir à l'État sans pour autant le reconnaître pour légitime »<sup>215</sup>.

La théorie de la reconnaissance permet également de réconcilier les juristes et les politistes. Elle met toutes les normes sur le même plan, mais reconnaît que certaines règles sont vues comme juridiques par les lecteurs. Autrement dit, le droit est une convention, c'est-à-dire qu'il est soumis à une perpétuelle remise en cause, à une discussion dont le juge est un acteur central, sous le regard de ses lecteurs.

Cette théorie permet enfin de saisir le droit dans sa dimension historique. Le droit était coutumier et non écrit avant qu'on le couche sur le papier. Ainsi, le droit est celui qui est reconnu, quel que soit son support, l'oralité ou le papier.

### **1.5.3 La reconnaissance comme critère de distinction entre droit-moyen et droit-contrainte**

**L'utilisation du critère de la reconnaissance.** – La question de la reconnaissance permet de distinguer le droit-contrainte du droit-opportunité. En effet, elle permet de différencier ce qui est perçu comme

<sup>213</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 4. Nous soulignons.

<sup>214</sup> PIAGET, pp. 292 ss et 303 et les références citées.

<sup>215</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 3. Ainsi, à l'échelle individuelle, la reconnaissance est « constatative ». Le pouvoir normatif existe indépendamment de la reconnaissance individuelle. Elle est « constitutive » à l'échelle collective. L'État n'a pas d'existence en dehors de sa reconnaissance par la communauté qu'il régit. (PIMENTEL, *Contribution*, p. 4 s.)

juridique et ce qui est perçu comme politique. Le droit-contrainte dépolitise quand la règle jouit d'une reconnaissance suffisante auprès des lecteurs. Il l'emporte alors sur la volonté politique et ne se prête pas à une (nouvelle) politisation. À l'inverse, le droit-opportunité permet l'expression de la politique quand sa reconnaissance n'est pas suffisante.

En d'autres termes, plus la règle sera reconnue, moins la politisation sera possible (droit-opportunité faible) et plus elle contraindra la politique (droit-contrainte fort).

Si des acteurs parviennent à faire reconnaître (à imposer) leur vision juridique, le droit-opportunité deviendra du droit-contrainte. En ce sens, *la politique est une lutte pour la reconnaissance des règles juridiques*.

**Exemple.** – On peut illustrer cela en raisonnant avec la règle de majorité<sup>216</sup>. Ainsi, quand une assemblée (une constituante ou les fondateurs d'une association de quartier) se réunit, elle doit choisir une règle de décision. Ce sera généralement la règle de majorité. Dès lors, de deux choses l'une : soit la règle est reconnue par tous y compris ceux qui seront dans la minorité et le groupe peut prospérer, fixer d'autres règles, trancher des conflits, etc., soit la règle n'est pas reconnue et il n'y a plus de communauté<sup>217</sup> (car celle-ci est incapable de fonctionner). La règle de majorité ne peut cependant pas s'imposer d'elle-même : elle doit être reconnue. Si elle est reconnue, elle devient du droit et il faut s'y plier (la règle devient du droit-contrainte ; il y a dépolitisation). Si la règle n'est pas (suffisamment) reconnue, une partie du groupe invoquera la légitimité du vote tandis qu'une autre en appellera à une autre légitimité (la règle reste du droit-opportunité ; il n'y a pas dépolitisation).

---

<sup>216</sup> PIMENTEL, *Avènement*, p. 6.

<sup>217</sup> PIMENTEL, *Contribution*, p. 3.

## 1.6 RÉSUMÉ

On peut résumer les rapports entre politique et droit dégagés jusqu'ici dans le tableau suivant :

Nom de la relation	Action	Description	Principe et / ou expression « juridique » <sup>218</sup>
Droit-moyen	Le droit politise	La politique fait le droit ; le fait juridique augmente la charge politique.	Le droit est la base de l'activité de l'État. « Pas de droit sans politique »
Droit-contrainte	Le droit dépolitise	Le droit limite la politique ; le fait juridique diminue la charge politique.	Le droit est la limite de l'activité de l'État. « Pas de politique sans droit »
Droit-opportunité	La politique judiciarise	La politique invoque le droit ; le fait politique augmente la charge juridique.	« Obstacle juridique insurmontable »
Droit-opportunité (variante)	La politique « déjudiciarise »	La politique récuse le droit ; le fait politique diminue la charge juridique.	« Formalisme excessif », « juri-disme étroit », etc.

**Légende :** Ce tableau présente les différents rapports entre le droit et la politique. Pour chacun, il indique l'effet du droit ou de la politique sur l'autre élément. Il décrit cet effet et rappelle un principe ou une expression qui le caractérise.

<sup>218</sup> Les expressions entre guillemets dans cette colonne du tableau sont empruntées à : MADER, *Le rôle*, p. 518 ss et RHINOW, *Politische Funktionen*, p. 181 ss (trad.).

C'est la *reconnaissance* de la règle comme juridique qui distingue le droit-contrainte du droit opportunité. La politique s'empare de l'argument juridique (droit-opportunité) pour tenter de l'imposer ou de l'écarter. Si elle y parvient, le droit deviendra du droit-contrainte et il y aura dépolitisation. La *politique* peut donc se définir comme *la lutte pour la reconnaissance du droit*.

## CHAPITRE 2 LE JUGE COMME ACTEUR

**Plan.** – Après un travail d’approche (*infra* 2.1), nous allons, comme annoncé, présenter les deux visions les plus extrêmes du rôle du juge dans le cycle des politiques publiques : le juge comme un acteur lié par le droit (théorie légaliste ; *infra* 2.2), puis comme acteur libre par rapport au droit (théorie réaliste ; *infra* 2.3). La tentation sera grande de proposer un modèle intermédiaire<sup>219</sup> : le juge comme acteur qui dispose d’une certaine marge de manœuvre (théorie micropolitique ; *infra* 2.4). Nous terminerons par un résumé (*infra* 2.5).

**Deux remarques terminologiques.** – Le terme *réaliste* appelle une précision : il ne signifie pas « qui témoigne d’une réalité » ; il renvoie aux *réalités* empiriques, aux faits, qui servent de base à cette théorie, à savoir les décisions des juges. Le courant réaliste de la théorie du droit s’intéresse au droit comme un ensemble de faits, de décisions judiciaires, et non comme un ensemble de normes, comme traditionnellement<sup>220</sup>. On parle également de courant « décisionniste ».

Quant au terme *micropolitique*, nous l’empruntons à Pierre MOOR<sup>221</sup>. Nous lui donnons cependant notre propre définition. En effet, aussi brillantes que soient les analyses de cet auteur, nous ne les suivrons pas toutes, en particulier, son attachement à la textualité dans le travail du juge<sup>222</sup>.

### 2.1 PRÉMISSSES

Le juge intervient dans chacune des phases du cycle des politiques publiques (*infra* 2.1.1). Pourtant, la nature de cette intervention ne diffère pas d’une phase à l’autre. Ainsi, on pourra présenter les différentes théories comportementales sur le rôle du juge sans distinguer les phases du cycle des politiques publiques (*infra* 2.1.2).

---

<sup>219</sup> Pour une approche semblable : AGUILA, p. 40 ss.

<sup>220</sup> *Supra* n. 211.

<sup>221</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 52 ss.

<sup>222</sup> Not., il ne récuse pas la notion de « textes clairs », tout en reconnaissant que ces textes sont « rarissimes » (MOOR, *Pour une théorie*, p. 170 ss ; *id.*, *Dynamique*, p. 71 ss).

### 2.1.1 Les moments de l'intervention du juge

**Les phases du cycle des politiques publiques.** – Commençons par rappeler en quoi consiste le cycle des politiques publiques.

Étape <sup>223</sup>	Produit et description
Étape 1 : La mise à l'agenda	Produit 1 : La <i>définition du problème public</i> comprend « la délimitation du périmètre du problème public à résoudre [et] l'identification des causes probables de celui-ci et des modalités de l'action publique envisagée ».
Étape 2 : La programmation	Produit 2 : Le <i>programme politico-administratif</i> « recouvre toutes les décisions législatives ou réglementaires [...] nécessaires à la mise en œuvre de la politique publique ».  Produit 3 : L' <i>arrangement politico-administratif</i> « fixe les compétences, les responsabilités et les principales ressources des acteurs publics pour l'exécution du programme politico-administratif ».
Étape 3 : La mise en œuvre	Produit 4 : Les <i>plans d'action</i> « établissent les priorités de mise en œuvre dans l'espace géographique et social, et dans le temps ».  Produit 5 : Les <i>actes de mise en œuvre</i> « recouvrent toutes les activités et les décisions administratives d'application, y compris les éventuelles <i>décisions des tribunaux administratifs</i> » <sup>224</sup> .
Étape 4 : L'évaluation	Produit 6 : Les <i>énoncés évaluatifs sur les effets de la politique publique</i> « visent à mettre en évidence les (éventuels) changements de comportement des groupes cibles (impacts) et les effets induits auprès des bénéficiaires finaux ( <i>outcomes</i> ) et à apprécier

<sup>223</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 124 ss. Nous renonçons à situer l'emplacement de chacune des étapes.

<sup>224</sup> Nous soulignons.

Étape <sup>223</sup>	Produit et description
	scientifiquement et / ou politiquement la pertinence, l'effectivité, l'efficacité et l'efficience de la politique publique (plus ou moins) appliquée ».

**Légende : Les quatre étapes du cycle des politiques publiques génèrent six produits, c'est-à-dire les résultats substantiels et institutionnels de l'action publique.**

Ces quatre phases forment un cycle, car les résultats d'une étape (variables à expliquer) sont directement influencés par les décisions et les actions prises lors des phases précédentes (variables explicatives)<sup>225</sup>. Cette constatation s'applique y compris après la phase d'évaluation, car le cycle peut reprendre par une mise à l'agenda en vue d'adapter la politique publique aux conclusions tirées de l'évaluation<sup>226</sup>.

**Le juge dans le cycle des politiques publiques. En général.** – Les interventions du juge sont politiques en ce sens que le juge intervient dans chacune des étapes du cycle des politiques publiques<sup>227</sup>.

Ces interventions du juge prennent essentiellement la forme de décisions, de jugements ou d'arrêts. Que l'intervention du juge déclenche une séquence politique (mise à l'agenda), qu'elle pose un principe juridique nouveau (programmation) ou qu'elle définisse les droits et obligations d'un particulier (mise en œuvre), elle revêtira la même forme : une démarche intellectuelle syllogistique, dotée d'effets juridiques. Cela dit, il n'est pas exclu de trouver des formes plus marginales d'intervention du juge<sup>228</sup>. Ici ou là, on trouve des interventions non formalisées qui n'obéissent pas à la logique syllogistique. Mais même dans ces cas particuliers, le juge aura à l'esprit sa culture juridique et se projettera déjà dans l'application des normes en discussion. *Il s'ensuit que l'intervention du juge ne connaît pas de différence de nature selon la phase du cycle des politiques publiques que l'on considère.*

<sup>225</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 128.

<sup>226</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 140.

<sup>227</sup> TROPER, *Le pouvoir*, p. 5 ; *id.*, *Pour une théorie*, p. 100.

<sup>228</sup> P.ex. STEINMANN, p. 369 ss (L'approche est très spécifique, mais aisément généralisable.).

On peut cependant faire quelques remarques quant à l'intervention du juge dans chacune des phases du cycle des politiques publiques.

**Le juge dans la phase de mise à l'agenda.** – Le juge ne peut normalement pas s'autosaisir. Il ne devrait donc pas pouvoir mettre une question à l'agenda politique. Cependant, une décision de justice peut révéler le besoin de réglementation. Soit elle peut mettre à jour une lacune que le législateur peut vouloir combler, soit la solution trouvée par le juge peut ne pas convenir au législateur qui voudra la renverser. Cette mise à l'agenda nécessite certes que d'autres acteurs se saisissent de la question, par exemple, par des interventions parlementaires. Il n'en demeure pas moins que ce sont les décisions judiciaires qui auront donné l'opportunité (droit-opportunité) aux acteurs de politiser la question. On reviendra sur cette question avec les naturalisations aux urnes<sup>229</sup>.

**Le juge dans la phase de programmation.** – Le juge intervient de plusieurs manières dans l'élaboration d'une politique publique. On citera, sans prétention d'exhaustivité :

- la participation à des commissions d'experts ou à des auditions par des commissions parlementaires (des juges s'expriment parfois publiquement sur une politique publique en cours d'élaboration) ou lors de la procédure de consultation<sup>230</sup> ;
- des contributions informelles, notamment des contacts personnels ;
- des contributions plus contraignantes, comme des avis de droit<sup>231</sup> ;
- le contrôle juridique préventif (celui exercé par les unités de l'administration dotées de compétences transversales, notamment l'OFJ, en Suisse<sup>232</sup>) ;
- *beaucoup plus importantes* : les exigences que le juge pose (constitutionnalité, conformité à la CEDH, respect des principes généraux du droit) et qui s'imposent aux acteurs (soit comme contrainte, soit

<sup>229</sup> *Infra* Chapitre 4, not. 4.2.1.2.

<sup>230</sup> FAVRE, *Le juge*, p. 54.

<sup>231</sup> STEINMANN, pp. 369 et 377 s.

<sup>232</sup> MADER parle à propos du contrôle de l'OFJ d'une fonction « quasi-juridictionnelle » (MADER, *Le rôle*, p. 520 ss). V. ég. CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport contrôle juridique préventif*, p. 2005 ss ; GRANDJEAN, *Le contrôle*, n° 11 ss.

comme opportunité)<sup>233</sup>. On parle d'effet prophylactique de la jurisprudence<sup>234</sup> ;

- enfin, le droit prétorien<sup>235</sup>, c'est-à-dire le droit élaboré par le juge qui vient compléter le programme politico-administratif.

**Le juge dans la phase de mise en œuvre.** – C'est là *l'essentiel des interventions du juge*, à l'occasion du règlement du contentieux de chaque politique publique. Le juge intervient sur recours : des acteurs traditionnels des politiques publiques (groupes cibles, bénéficiaires finaux) le saisissent pour trancher des litiges<sup>236</sup>. Le travail du juge consiste à fixer les droits et obligations des groupes cibles et concourt ainsi à la réalisation de la politique publique considérée.

Le juge peut cependant, en interprétant les textes normatifs, contribuer à l'énonciation du programme politico-administratif<sup>237</sup>. Il faut alors être précis : cette intervention a lieu dans la phase de mise en œuvre, mais elle concerne bien un produit de la phase précédente, la phase de programmation.

On aboutit soit au démantèlement<sup>238</sup>, soit à la réorientation d'une politique publique (directement si le juge pose une norme nouvelle<sup>239</sup> ou indirectement si le législateur doit compléter le dispositif<sup>240</sup>).

On peut présenter schématiquement les effets du travail judiciaire d'interprétation ainsi<sup>241</sup> :

---

<sup>233</sup> Sur la dimension stratégique d'une nouvelle jurisprudence : TROPER, *Pour une théorie*, p. 341 ss.

<sup>234</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport contrôle juridique préventif*, p. 2027 s.

<sup>235</sup> *Infra* 2.2.1.1.

<sup>236</sup> On pense ici en particulier au recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) et au recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF).

<sup>237</sup> KNOEPFEL / LARRUE / VARONE, p. 182 s.

<sup>238</sup> P.ex. dans les cas où une norme est jugée inconstitutionnelle.

<sup>239</sup> P.ex. dans les cas où le juge pratique une interprétation conforme ou pose des réserves d'interprétation.

<sup>240</sup> On pense ici au cas de la « lex Duvalier ». La LF du 1<sup>er</sup> octobre 2010 sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (Loi sur la restitution des avoirs illicites ; LRAI ; RS 196.1) a été adoptée suite notamment aux arrêts du TAF (ATAF 2008/36) et du TF (ATF 136 IV 4, JdT 2011 IV 187) dans le cas Duvalier, mais aussi dans le cas Mobutu (ATF 132 I 229 [n.p. au JdT]).

Type d'interprétation	Description
Interprétation neutralisante	Le juge rend une disposition inopérante en lui refusant toute portée juridique. On peut citer les cas dans lesquels le juge s'appuyant sur la notion d'arbitraire <sup>242</sup> ou d'erreur manifeste d'appréciation <sup>243</sup> met un terme à une politique publique (ou à une mesure) jugée sans rapport avec le but que le législateur poursuivait. Il s'agit d'une forme de contrôle en opportunité, donc politique <sup>244</sup> .
Interprétation constructive	Le juge modifie une norme soit en restreignant son champ d'application soit en complétant le dispositif législatif.
Interprétation directive	Le juge soit tranche une question laissée ouverte par le législateur, soit donne des instructions détaillées à l'adresse de l'administration quant à la manière dont une disposition devra être appliquée.

**Légende : Ce tableau présente les différents effets que peut produire l'interprétation du juge.**

**Le juge dans la phase d'évaluation.** – L'intervention du juge est ici plus marginale. On peut cependant relever deux situations. Les décisions administratives et de justice peuvent servir d'indicateurs pour l'évaluation des politiques publiques. Elles peuvent mettre en lumière l'efficacité ou l'inefficacité d'une politique publique. À proprement parler, il ne s'agit pas d'une intervention du juge. Cependant, le juge

<sup>241</sup> HAMON / TROPER, p. 859. La typologie, établie dans le contexte du droit français, peut aisément être généralisée.

<sup>242</sup> P.ex. ATF 133 I 259, JdT 2008 I 585 (trad.).

<sup>243</sup> P.ex. dans le cas où le Conseil constitutionnel français estime à propos de la taxe carbone que « par leur importance, les régimes d'exemption totale institués par [...] la loi déferée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique » (Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009 consid. 82).

<sup>244</sup> HAMON / TROPER, p. 863.

peut, dans ses décisions, souligner l'insuffisance ou l'inopportunité d'un dispositif qu'il applique (par exemple dans un *obiter dictum*<sup>245</sup>).

On peut également évoquer les cours des comptes<sup>246</sup>, dont les membres ont un statut proche de celui des magistrats (on pense à l'indépendance<sup>247</sup>), qui participent à l'évaluation des politiques publiques.

### 2.1.2 Les différentes théories sur le rôle du juge

Le juge est un élément « quasi indispensable »<sup>248</sup> du droit. Cette affirmation ne signifie pas que le droit n'existe que s'il y a sanction juridictionnelle, mais tend à rappeler que c'est dans sa mise en œuvre que le droit trouve toute sa contenance.

La question du rôle du juge a fait l'objet d'une littérature abondante qu'il serait ici vain d'essayer de recenser<sup>249</sup>. Dans son remarquable *How judges think*, Richard A. POSNER identifie neuf théories comportementales développées dans la littérature<sup>250</sup>. Présentons-les brièvement<sup>251</sup> :

Théorie	Description
Attitudinale ( <i>attitudinal</i> )	Les décisions des juges s'expliquent par leurs préférences politiques. Un juge « de gauche » tranchera en faveur des travailleurs, des consommateurs, des victimes d'infractions, des syndicats d'employés, des défenseurs de l'environnement ou des droits fondamentaux, un juge « de droite » tranchant inversement.

<sup>245</sup> Littéralement « les choses dites en passant », ce sont des arguments exposés par le juge, sans rapport avec la solution du litige qu'il tranche (LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 195 s.).

<sup>246</sup> P.ex. les art. 3 ss de la loi cantonale vaudoise du 21 novembre 2006 sur la Cour des comptes (RS/VD 614.05) ou les art. 4 ss de la loi cantonale genevoise du 10 juin 2005 instituant une Cour des comptes (RS/GE D 1 12).

<sup>247</sup> P.ex. l'art. 1 al. 1 de la LF sur le Contrôle fédéral des finances (loi sur le Contrôle des finances ; RS 614.0).

<sup>248</sup> JESTAZ, p. 18.

<sup>249</sup> Pour une tentative : SERVERIN, p. 13 ss.

<sup>250</sup> POSNER, pp. 7 et 19.

<sup>251</sup> POSNER, p. 19 ss. Nous renonçons à situer l'emplacement de chacune des figures.

Théorie	Description
Stratégique ( <i>strategic</i> )	Les décisions des juges s'expliquent par le souci porté aux réactions qu'elles entraîneront chez les autres juges (au sein du collège ou lors d'une éventuelle procédure de recours), chez les législateurs ou dans le public.
Sociologique ( <i>sociological</i> )	Cette théorie s'intéresse à la dynamique des petits groupes <sup>252</sup> . Ainsi, c'est la composition du « panel » des juges, suivant la psychologie sociale et la théorie des choix rationnels, qui déterminera la décision des juges.
Psychologique ( <i>psychological</i> )	Les décisions des juges sont fonction de processus inconscients.
Économique ( <i>economic</i> )	Le juge cherche avant tout, rationnellement, à maximaliser sa propre utilité et son propre intérêt. Ainsi, la « fonction utilité » du juge comprend le revenu, les loisirs, le prestige, la réputation et le pouvoir qu'il tire de son activité.
Organisationnelle ( <i>organizational</i> )	Le juge fait partie d'une organisation (le gouvernement ou l'administration pris dans leur acception la plus large). Dès lors, la décision du juge est le produit d'un agent indépendant dans une structure dont l'objet de minimiser les divergences d'intérêts entre ses membres.
Pragmatique ( <i>pragmatic</i> )	La décision du juge dépend non pas d'un raisonnement fondé sur des prémisses idéologiques ou, comme dans le syllogisme, légales, mais unique-

<sup>252</sup> SCHNAPPER voit deux idéaux-types parmi les membres du Conseil constitutionnel français : les « politiques » et les « juristes » obéissant à des rationalités différentes (SCHNAPPER, p. 155 ss). L'auteure voit dans la carrière des juges la cause de leur appartenance à l'un ou l'autre idéal-type. Les « politiques » ont une tendance naturelle à juger en opportunité (*id.*, p. 164), l'approche des « juristes » étant différente (*id.*, p. 174 ss).

Théorie	Description
	ment sur les conséquences que cette décision pourra avoir.
Phénoménologique ( <i>phenomenologic</i> )	Entre les théories pragmatique et légaliste, cette théorie repose sur l'idée que les juges ont internalisé la « ligne officielle » qui est celle du légalisme.
Légaliste ( <i>legalist</i> )	Les décisions des juges sont déterminées par le droit, défini comme un corps préexistant de règles qui dérivent soit de textes constitutionnels ou légaux, de jurisprudences (ou de doctrines) que l'on peut déduire par des opérations logiques.

**Légende :** Ce tableau décrit les principales théories comportementales relatives au juge.

Aussi remarquable que soit cette recension, elle présente néanmoins deux défauts : elle se répète et elle se superpose. Ainsi, la théorie phénoménologique ne diffère pas, dans ses constatations objectives, de la théorie légaliste : dans les deux visions, le juge « respecte » la loi. La différence se situe dans les motifs qui poussent le juge à se comporter ainsi. De même, la théorie attitudinale n'exclut pas que les juges en « bons politiques » anticipent les effets de leurs décisions (théorie stratégique). De plus, certaines figures se combinent. Ainsi, on pourrait dire que le comportement des magistrats est attitudinal, sauf si les circonstances de l'espèce conduisent à une attitude stratégique. De la même façon, il sera particulièrement malaisé de séparer les influences sociologiques et psychologiques qui peuvent habiter un juge. Un biais psychologique peut ainsi être le fruit d'un construit social.

Bref, pour éviter les chevauchements et gommer les redites, nous proposons de ne retenir que les deux modèles extrêmes<sup>253</sup>. Ce choix permet un certain schématisme et fait ressortir les grandes lignes du débat. Nous nous en tiendrons donc à présenter, d'un côté, la théorie légaliste et, de

<sup>253</sup> On retrouvera un démarche semblable chez : MOOR, *Pour une théorie*, p. 141 ; MILLARD, *Théorie*, pp. 87 ss et 115 ss ; FRYDMAN / HAARSCHER, p. 69 ss (plus nuancé).

l'autre, la théorie attitudinale. Autrement dit, nous opposerons l'idée que le juge est strictement tenu par le droit à l'idée que le juge peut faire valoir ses préférences, l'idée que le juge est lié à l'idée que le juge est libre. Nous confronterons le « normativisme déductif » et le « décisionnisme intuitif »<sup>254</sup>.

Nous renommerons toutefois l'une des théories : comme précisé en introduction de ce chapitre, nous parlerons désormais de *théorie réaliste* au lieu de théorie attitudinale.

## 2.2 LE JUGE COMME ACTEUR LIÉ (LA THÉORIE LÉGALISTE)

La théorie legaliste ne dit pas forcément que la loi contient tout le droit. Le juge et son travail d'interprétation y trouvent leur place. En revanche, elle affirme que cette interprétation est neutre, car prédéterminée, puisqu'elle consiste à dégager la volonté préexistante du législateur. L'interprétation est alors une activité scientifique ou un acte de connaissance (*infra* 2.2.1). Néanmoins, si la vision d'un juge neutre est démocratiquement rassurante, elle n'en résiste pas mieux à la déconstruction que permet une approche critique des méthodes d'interprétation (*infra* 2.2.2).

### 2.2.1 Une théorie de l'interprétation comme acte de connaissance

Selon la théorie legaliste, le droit, au moins en Europe continentale et sans doute dans le monde occidental, est un ensemble de normes (*infra* 2.2.1.1) et l'activité du juge consiste à en dégager le sens (*infra* 2.2.1.2).

#### 2.2.1.1 La loi comme prétention à la rationalité et à l'égalité

**Prémisses.** – Comprendre la théorie legaliste suppose que l'on saisisse le rôle qu'est censée jouer la loi dans le système politico-juridique.

L'idée de « loi prééminente », en surplomb d'une société elle-même soumise à un « législateur prestigieux », remonte loin dans la culture juridique, au moins à la pensée grecque et à la tradition hébraïque<sup>255</sup>. Que son fondement soit divin ou que la loi soit celle du souverain, elle

<sup>254</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 121.

<sup>255</sup> BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 4 ss (pour les citations : *id.*, p. 3) ; FRYDMAN / HAARSCHER, p. 70 ss.

s'impose à son destinataire non seulement parce qu'elle lui dicte un comportement, mais aussi parce que son émetteur lui est profondément étranger.

Pour mieux comprendre, on suivra la voie tracée par la Révolution française, dont on rappellera l'importance dans la construction politique de la Suisse<sup>256</sup>.

La Révolution va opérer la translation du pouvoir normatif du monarque vers le peuple. Ainsi, même si le monarque concourt à son élaboration, la loi devient étrangère à la personne du roi. Pour autant, le pouvoir reste de la même nature : le monarque et le peuple sont dits « souverains ». Il faut remonter à une idée antérieure forgée par Jean BODIN. Dans *La République* (1576), BODIN définissait la souveraineté comme le monopole du droit positif<sup>257</sup>. Selon lui, parce que tout le pouvoir vient du souverain, son expression doit nécessairement lier ceux qui la mettent en œuvre. La loi doit lier le juge et l'administrateur. Sinon, on assisterait à une nouvelle translation du pouvoir, du législateur vers le juge, comme le craignait ROUSSEAU<sup>258</sup>. On retrouve cette idée chez HOBBS<sup>259</sup> comme chez MONTESQUIEU<sup>260</sup> qui pourtant se réclament de logiques opposées. Positivement, la loi s'impose au juge dans le sens qu'il doit l'appliquer. Négativement, la loi s'impose à lui, car il ne peut pénétrer son domaine<sup>261</sup>.

La règle générale et abstraite est là pour « éliminer l'arbitraire et la subjectivité dans l'exercice du pouvoir, pour le faire accéder à la rationalité »<sup>262</sup>, mais aussi pour garantir l'égalité qui est le « produit d'une logique »<sup>263</sup>, celle du *syllogisme*. Les révolutionnaires ont ainsi utilisé l'instrument de la loi pour réaliser leur projet politique. En effet, la loi générale était censée être le reflet de la raison, c'est-à-dire d'un droit

---

<sup>256</sup> KÖLZ, p. 497 ss ; MEUWLY, *passim*.

<sup>257</sup> P.ex. KRIEGEL, *L'État*, p. 70 ; *id.*, *Querelles*, p. 143 ss not. p. 157. V. ég. GOYARD-FABRE, p. 105 ss.

<sup>258</sup> KRIEGEL, *Querelles*, p. 151 ; GOYARD-FABRE, p. 139.

<sup>259</sup> CAMPAGNA, p. 100 ss.

<sup>260</sup> SPECTOR, p. 179 ss not. p. 182.

<sup>261</sup> BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 28 s.

<sup>262</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 42.

<sup>263</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 118.

naturel. Il existerait un droit naturel et un droit positif, dont l'objet serait de « coller » au droit naturel. Le moyen qui doit permettre à l'homme de faire un droit positif était la raison. Le contexte est important : on est à l'ère des premiers succès des sciences physiques<sup>264</sup>. Les mathématiques et la géométrie semblent alors être les instruments de la rationalisation d'un monde débarrassé des superstitions de l'Ancien Régime.

Et on prend la mesure de l'attente que l'on mettait alors dans la loi si l'on intègre à l'analyse la question des droits de l'homme et de l'espérance qu'ils portent en eux. La loi est libératrice non seulement (négativement) parce qu'elle combat l'arbitraire, mais aussi (positivement) parce qu'elle est porteuse de valeurs universelles. La Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen (1789), acte « légicentriste »<sup>265</sup>, c'est-à-dire donnant une place très importante à la loi (dix occurrences !), était un « évangile rationaliste », censé procurer le bonheur social et individuel<sup>266</sup>.

Il faut s'arrêter ici sur la qualité de la loi : sa généralité. Il s'agit d'un caractère essentiel de la loi, vu par ARISTOTE, ST-THOMAS, MONTESQUIEU et ROUSSEAU<sup>267</sup>. Il faut en comprendre les raisons d'être et ce que cela implique dans la rédaction de la loi. La loi, ici, ne se qualifie pas ainsi en raison de son origine. La loi n'est (seulement) loi parce qu'elle émane du législateur. Pourquoi la loi doit-elle être générale ? La loi (en tant que norme) doit être impersonnelle, unificatrice, égalitaire, tournée vers l'universel, prévisionnelle et permanente<sup>268</sup>. Pour satisfaire ce projet, la loi (en tant qu'acte) doit être écrite, abstraite, simple et claire, et systématique (ordonnée)<sup>269</sup>.

À ce stade, deux questions restent ouvertes. Comment s'assurer que le juge soit lié ? Reste-t-il une place au juge ? Autrement dit : qu'en est-il de la jurisprudence ?

---

<sup>264</sup> FRYDMAN / HAARSCHER, p. 75 ss.

<sup>265</sup> RAYNAUD, *Trois révolutions*, p. 213 ; BÉCANE, p. 167.

<sup>266</sup> BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 12 s.

<sup>267</sup> BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 33 ; BOURETZ, p. 73 ss.

<sup>268</sup> BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 34 ss.

<sup>269</sup> BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 40 ss.

Il est difficile – c’est un lieu commun<sup>270</sup> – de traiter de la question des rapports entre la loi et le juge sans citer MONTESQUIEU pour qui « la puissance de juger est en quelque façon nulle »<sup>271</sup> et « le juge n’est que la bouche qui prononce les paroles de la loi ».

La réponse à la première question réside dans le célèbre syllogisme judiciaire et les méthodes d’interprétation. Ce sont deux éléments qui font de l’activité du juge un travail de découverte, de connaissance : la subjectivité du juge est écartée au profit d’une activité qui consiste à mettre au jour un droit objectif préétabli (par le législateur). On reviendra longuement sur la question de l’interprétation. Le syllogisme est une conception rigoureuse des rapports entre la loi et le jugement. Quelle que soit l’origine de la norme (la raison pour le jusnaturalisme<sup>272</sup> ou la volonté du législateur pour le positivisme normatif<sup>273</sup>), le syllogisme est le moyen d’enserrer le juge, de le lier à la norme. C’est par un raisonnement déductif auquel le juge doit se conformer que l’on compte le lier à la loi<sup>274</sup>. Le juge est ainsi, selon MONTESQUIEU, « un pur géomètre », ou, selon la formule restée célèbre, « la bouche de la loi ». Cette construction n’est pas propre aux libéraux du XVIII<sup>e</sup> siècle. Pour Max WEBER, le juge est comme un automate (*Paragraphen Automat*)<sup>275</sup>, dans une logique de rationalisation de l’action publique et de légitimité par la rationalité.

**À la base de la théorie légaliste : le syllogisme.** – Le syllogisme, dans le domaine judiciaire, est « l’opération intellectuelle permettant d’appliquer la solution générale prévue par une règle de droit à une

---

<sup>270</sup> Nous nous rassurons en constatant que d’autres y ont succombé... (p.ex. MOOR, *Pour une théorie*, p. 33 s.).

<sup>271</sup> MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, XI, VI.

<sup>272</sup> FRYDMAN / HAARSCHER, p. 75 ss ; BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 11.

<sup>273</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 137 ss.

<sup>274</sup> BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 29.

<sup>275</sup> Sur l’histoire de cette figure de l’automate : BOURETZ, p. 73 ss not. p. 75 ss.

situation de fait qui en remplit les conditions »<sup>276</sup>. Cette opération comprend ainsi trois parties<sup>277</sup> :

Partie	Définition	Exemple
La majeure (l'énoncé de la règle de droit)	Affirmation, de manière générale et abstraite – c'est-à-dire dans une formulation valable pour un nombre indéterminé de personnes et à un nombre indéterminé de situations concrètes – que si telle hypothèse est réalisée (définie par des conditions), tels effets se produiront (conséquences).	« La majorité est fixée à 18 ans. » (art. 14 CC)
La mineure (l'application de la règle de droit aux faits)	Confrontation de faits, préalablement établis, à une règle de droit, connue, pour établir le rapport entre eux ; il s'agit du passage du général à l'individuel et de l'abstrait au concret <sup>278</sup> .	Mathieu a 18 ans.
La conclusion (jugement)	Solution concrète apportée au cas.	Mathieu est majeur.

**Légende : Ce tableau présente chaque étape du syllogisme judiciaire, illustrée par un exemple concret.**

<sup>276</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 411. On distinguera plusieurs types de condition : conditions de fait et conditions de droit ; conditions positives et conditions négatives ; conditions simples, alternatives et conditions cumulatives (*id.*, p. 380 ss).

<sup>277</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 411 s. V. ég. DU PASQUIER, n° 141 s. ; FRYDMAN / HAARSCHER, p. 78 ss.

<sup>278</sup> Cette opération en comprend en fait deux : un « jugement de fait », c.-à-d. l'établissement des faits, au moyen de preuves (arguments admis par le droit en vue de faire la démonstration d'un fait), précède la subsomption qui, à proprement parler, est la qualification juridique des faits de l'espèce et l'attribution à ceux-ci d'une qualité attributive d'effets juridiques (pour une approche en quatre phases : MOOR, *Dynamique*, p. 84 s.).

Ces différentes parties sont celles qui composent les décisions de justice. Même si les traditions juridiques et les habitudes diffèrent, on trouve de manière générale<sup>279</sup> :

Partie	Contenu
Une partie « Faits »	Expose les faits tels que le juge les retient sur la base des preuves qui lui ont été offertes.
Une partie « Droit »	Comprend la règle applicable (majeure) et vérifie si les faits retenus remplissent les conditions posées par la règle de droit (mineure).
Le « Dispositif »	Décide de la solution du litige en fonction des effets attachés à la règle applicable (conclusion).

**Légende : Ce tableau rapproche les parties d'un jugement de chaque étape du syllogisme judiciaire.**

En Suisse, la théorie légaliste peut se lire à l'art. 1 al. 1 CC (« La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. »)<sup>280</sup> ainsi que à l'art. 5 al. 1 Cst. (« Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. »), à l'art. 9 Cst. qui prohibe tout arbitraire ou à l'art. 190 Cst. selon lequel les autorités d'application « appliquent » les lois fédérales et le droit international<sup>281</sup>.

À l'origine, le Code civil suisse n'était pas aussi attaché à la théorie légaliste. Son auteur, Eugen HUBER, avait une vision étonnamment moderne sur la place du juge dans l'interprétation de la loi<sup>282</sup>. Cela n'a pas empêché la doctrine postérieure d'en donner une lecture très légaliste (on pense notamment à Arthur MEIER-HAYOZ)<sup>283</sup>.

<sup>279</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 83 ss. L'auteur présente les choses différemment, mais le fond est le même.

<sup>280</sup> L'art. 1 CC a une portée générale et concerne également le droit constitutionnel qui nous intéresse davantage ici (WERRO, art. 1 CC n<sup>os</sup> 54 et 56).

<sup>281</sup> STEINAUER, n<sup>o</sup> 29.

<sup>282</sup> P.ex. LE ROY / SCHOENENBERGER, pp. 96 s. et 434 ss ; WERRO, art. 1 CC n<sup>os</sup> 2 et 4 ss.

<sup>283</sup> WERRO, art. 1 CC n<sup>os</sup> 1 à 25 not. n<sup>o</sup> 2.

**D'où vient le droit<sup>284</sup> ?** – Le droit est – on l'a dit – l'ensemble des règles générales et abstraites, édictées ou reconnues par un organe officiel, régissant l'organisation et le déroulement des relations sociales (c'est le droit au sens objectif). Mais quelles sont les origines du droit ? Il existe, d'une part, des *sources du droit*. Les sources du droit sont « les formes que doivent revêtir le droit pour s'imposer comme règles de droit »<sup>285</sup>. D'autre part, on trouve des *autorités du droit (ou la tradition)*. Il s'agit du nom donné aux « solutions consacrées » dont le juge doit « s'inspire[r] » sans pour autant être lié de la même manière que par les sources<sup>286</sup>.

La principale source du droit – on l'a aussi dit – est la loi. Le terme « loi » est cependant équivoque<sup>287</sup>.

Loi	Description
Au sens formel	L'acte d'autorité édicté par le ou les organes investi(s) du pouvoir législatif (ou constituant), selon la procédure prévue à cet effet (p.ex. une loi fédérale ou cantonale).
Au sens matériel	Tout acte international, constitutionnel, législatif ou réglementaire énonçant une ou plusieurs règles de droit (p.ex. un traité international, la Constitution fédérale, une loi fédérale ou cantonale, une ordonnance du Conseil fédéral ou d'un département). C'est un équivalent de « droit écrit ».

**Légende : Ce tableau présente les deux sens que peut prendre le terme « loi ».**

Pourtant, la majeure du syllogisme ne s'épuise pas dans la loi (au sens formel ou matériel). On recense plusieurs autres sources ou autorités du droit<sup>288</sup>.

<sup>284</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 88 ss.

<sup>285</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 88.

<sup>286</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, pp. 90 ss et 189 ss.

<sup>287</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 108 ss.

<sup>288</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 101 ss.

Source ou autorité du droit	Définition (et exemples)
<b>1. Sources du droit</b>	
a) Le droit écrit	Cette notion rejoint celle de loi au sens formel et matériel (art. 1 al. 1 CC).
b) La coutume	Il s'agit d'un usage implanté dans une collectivité pendant une certaine durée et tenu par elle comme <i>juridiquement</i> obligatoire <sup>289</sup> (art. 1 al. 2 CC). Son rôle est aujourd'hui secondaire, mais elle peut avoir, ponctuellement, des effets certains <sup>290</sup> .
c) Le droit prétorien	Il s'agit du droit créé par le juge. Le devoir du juge de résoudre un litige lorsque la loi et la coutume sont lacunaires (art. 1 al. 2 <i>in fine</i> CC).
d) Une source particulière : les principes généraux du droit	L'expression des valeurs philosophiques sur lesquelles repose (ou devrait reposer) le système juridique de l'État (la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit p.ex.).
e) D'autres sources encore	On parle « sources atypiques » <sup>291</sup> du droit suisse (p.ex. les ordonnances administratives, les recommandations et les contrats-types).

---

S'agissant de la jurisprudence, on ne peut pas parler de source, car le fondement de la décision reste la loi (et non le précédent judiciaire, comme dans les pays de *common law*). Cela étant, dans la pratique, c'est bien le précédent qui est invoqué par les parties (et le juge)... (WERRO, art. 1 CC n° 40).

<sup>289</sup> WERRO, art. 1 CC n° 27.

<sup>290</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 168 s.

P.ex. a) en droit privé : la notion de « bonnes mœurs », de « bien de l'enfant » ; b) en droit public : la délégation législative sous l'aCst. ; le secret bancaire (LE ROY / SCHOENENBERGER, n. 718 s. ; nous rangeons cep. le secret bancaire dans le droit public.).

<sup>291</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 171 ss.

<b>2. Les autorités du droit</b>	
a) La jurisprudence	Les solutions retenues dans les décisions des tribunaux et des autres autorités d'application du droit. Par extension : l'ensemble des manières d'appliquer la loi (ou la coutume).
b) La doctrine	L'ensemble des écrits (ou l'ensemble des auteurs) juridiques (traités, commentaires, monographies, articles, recensions d'arrêts). Elle est en lien avec les autres sources : elle commente le droit écrit ; elle peut créer une coutume.

**Légende : Ce tableau présente les fondements (documentaires) sur lesquels le juge se fonde. Il distingue les sources (trois principales et deux particulières) et les autorités du droit (la doctrine et la jurisprudence).**

#### 2.2.1.2 Les méthodes d'interprétation comme prétentions à l'objectivité

**L'insuffisance du syllogisme.** – Pourtant la mécanique du syllogisme, telle que décrite plus haut, n'est pas sans écueil. Quelle que soit la philosophie du droit à laquelle on adhère, on admettra la nécessité de l'interprétation. Même si l'on adhère à la théorie légaliste, on ne peut s'en tenir au « mythe » selon lequel la loi contient « toujours déjà » tout le droit<sup>292</sup>.

Il peut y avoir une double explication. Premièrement, la loi est faite de mots. Elle est donc ambiguë et équivoque<sup>293</sup>. Pierre MOOR, partant d'une norme relativement simple prescrivant qu'il est interdit de bâtir à moins de 25 mètres d'une forêt, montre que la décision dans un cas concret appelle un nombre insoupçonné de textes et de notions<sup>294</sup>. Même sans aller jusqu'à affirmer que le droit n'est qu'interprétation<sup>295</sup>, on doit admettre soit que les mots qui le composent peuvent être compris diffé-

<sup>292</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 42 (v. ég. *id.*, p. 64).

<sup>293</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 76.

<sup>294</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 178 ss. L'auteur parle d'une « arborescence » de textes... pour définir une forêt.

<sup>295</sup> *Infra* 2.3.

remment par différents lecteurs<sup>296</sup>, soit que le droit est composé de principes dont la texture est ouverte, c'est-à-dire dont le sens n'est pas pré-déterminé.

Deuxièmement, à « l'âge des politiques publiques »<sup>297</sup>, de l'État-providence (ou propulsif), la densité normative devient plus faible et les zones d'indécision se multiplient en même temps que les normes-programme (*Zweckartikel*) et les renvois à des notions juridiques indéterminées. Le législateur aurait ainsi la possibilité en bougeant le curseur de la densité normative de réduire ou au contraire d'augmenter la marge de manœuvre du juge<sup>298</sup>.

L'interprétation<sup>299</sup> est donc une opération nécessaire pour fixer la majeure du syllogisme (la norme). En cela, elle est une étape antérieure au syllogisme<sup>300</sup>. Elle peut porter aussi bien sur l'établissement des conditions légales que sur les conséquences qui découlent de ces conditions. Elle se définit comme « l'ensemble des procédés intellectuels qui servent à déterminer et à préciser le sens des règles applicables à une situation donnée »<sup>301</sup>.

**Les méthodes d'interprétation.** – Le juge est guidé dans son travail d'interprétation par des méthodes, c'est-à-dire des procédés techniques qui lui permettent de déterminer le sens de la loi<sup>302</sup>. Chaque méthode repose sur un élément de rationalité, c'est-à-dire une justification inhérente à son contenu.

---

<sup>296</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 76.

<sup>297</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 133 ss.

<sup>298</sup> PIAGET, p. 286 s.

<sup>299</sup> Sur la distinction entre interprétation des faits (*in concreto*) et interprétation du droit (*in abstracto*) : GUASTINI, p. 196.

<sup>300</sup> TROPER, *Pour une théorie*, p. 295.

<sup>301</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 432. Nous soulignons.

<sup>302</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 441 ss.

**Base, description, élément de rationalité des méthodes d'interprétation<sup>303</sup>****1. Interprétation littérale (ou grammaticale ou sémiotique)**

a) Base : l'argument de texte

b) Description : C'est le texte qui est le point de départ de toute interprétation<sup>304</sup>. Le juge prend en considération :

- le sens des mots : il part de la signification la plus immédiate ou intuitive, ou de l'acception, courante ou technique, des mots utilisés dans la règle (y. c. au moyen de dictionnaires) ;
- la structure de la disposition : il continue l'examen du texte en analysant sa structure grammaticale (ordre des mots, syntaxe, ponctuation, formation des phrases et des alinéas) ;
- le contexte : il examine la disposition y.c. son titre marginal et l'intitulé des différentes parties de la loi (v. ég. la méthode systématique).

Le droit suisse présente cette particularité d'être rédigé dans trois langues officielles et de mettre les trois versions sur un pied d'égalité<sup>305</sup>.

c) Élément de rationalité : la transparence et l'accessibilité de la lecture de tout un chacun.

<sup>303</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 441 ss. En matière administrative : TANQUEREL, n° 425 ss. V. ég. pour les éléments de rationalité poursuivis : MOOR, *Dynamique*, p. 252 ; pour les appellations entre parenthèses : TROPER, *La philosophie*, p. 103 ss. Certains auteurs ajoutent une interprétation « contemporaine » (*zeitgemässe oder geltungszeitliche Auslegung* en allemand ; p.ex. HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 114 ss ; TSCHANNEN, *Verfassungsauslegung*, n° 13 ss). À notre sens, il s'agit d'une doctrine et non d'une méthode. En effet, la méthode littérale peut conduire à rechercher le sens des mots au moment de l'énonciation de la norme ou au moment de son application. Il en est de même pour la méthode téléologique : le but d'une norme peut varier avec le temps.

V. ég. pour une présentation complète et récente de la question de l'interprétation : STEINAUER, n° 261 ss.

<sup>304</sup> P.ex. ATF 132 III 18 consid. 4.1, JdT 2006 I 110 ; STEINAUER, n° 267 ; WERRO, art. 1 CC n° 61 (critique).

<sup>305</sup> Art. 70 al. 1 Cst. ; art. 14 al. 1 2° phr. LPubl ; HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 95.

**Base, description, élément de rationalité des méthodes d'interprétation<sup>303</sup>**

**2. Interprétation systématique (ou systémique)**

a) Base : le système du droit

b) Description : Le droit est censé former un tout cohérent. On vise à garantir la cohérence d'un ensemble de normes voisines, voire du système juridique. Dès lors, le juge prend en considération :

- les relations de la norme à interpréter avec les dispositions de la même loi (celles qui la précèdent et qui la suivent), mais aussi de l'ensemble de l'ordre juridique ;
- l'analyse juridique : il procède à une analyse de l'institution en dégageant les concepts utilisés et leur nature juridique ;
- des procédés logiques : v. les arguments d'interprétation.

On peut également recourir ici au droit comparé<sup>306</sup>, c'est-à-dire à l'observation des solutions consacrées par les ordres juridiques étrangers ou supranationaux.

c) Élément de rationalité : la cohérence de l'ordre juridique.

**3. Interprétation historique (ou génétique)**

a) Base : l'histoire de la loi

b) Description : La loi est le produit d'un processus législatif. Le juge prend ainsi en considération :

- l'histoire du texte : il se réfère à la genèse du texte (messages du Conseil fédéral) et à ses travaux préparatoires (rapports de commission, délibérations parlementaires) ;
- le contexte historique de son adoption : il cherche à comprendre le texte en fonction des idées et des conceptions qui prévalaient alors.

c) Élément de rationalité : la fidélité du processus d'adoption démocratique.

<sup>306</sup> CHIARIELLO, p. 404. C'est not. le cas lorsque la jurisprudence européenne (Cour EDH, CJUE) influence le juge suisse.

**Base, description, élément de rationalité des méthodes d'interprétation**<sup>303</sup>**4. Interprétation téléologique (ou axiologique, ou fonctionnelle)**

a) Base : le but de la loi

b) Description : La loi a été adoptée afin d'atteindre des objectifs déterminés. Le juge prend alors en considération les buts que la disposition est censée atteindre. Il s'intéresse à la politique législative suivie (*ratio legis*) et donne aux mots le sens qui est le plus apte à produire les effets recherchés. Un article-programme (*Zweckartikel*) qui énonce le but d'une loi, peut ainsi guider le juge.

c) Élément de rationalité : la pleine efficacité de la norme au moment de son application.

**Légende : Ce tableau présente chaque méthode d'interprétation, sa base et son élément de rationalité.**

Il faut cependant se garder de vouloir trop distinguer les différentes méthodes, celles-ci ayant des points communs. Ainsi, examiner une disposition dans son contexte (méthode systématique) relève de la même logique qu'examiner l'articulation des mots dans une phrase (méthode littérale). De même, rechercher les buts de la loi (méthode téléologique) implique que l'on se réfère aux travaux préparatoires (méthode historique).

D'ailleurs, le Tribunal fédéral se refuse à hiérarchiser les méthodes d'interprétation. Il est un adepte d'un « pluralisme méthodologique à caractère pragmatique »<sup>307</sup>. Il n'y a ni priorité ni exclusivité<sup>308</sup>. Ce n'est que dans un cas d'espèce que le juge détermine quelle méthode ou quelle combinaison de méthodes est qualifiée pour interpréter la règle de droit. Dans l'hypothèse où toutes les méthodes aboutissent à un même résultat, la solution s'impose<sup>309</sup>. Si les méthodes donnent des résultats divergents, alors, le choix du juge s'avère déterminant. Il va donc procé-

<sup>307</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 127 ss ; TSCHANNEN, *Verfassungsauslegung*, n° 1 ; STEINAUER, n° 320 ss.

<sup>308</sup> TORRIONE, p. 288 ; PIAGET, p. 296 s.

<sup>309</sup> STEINAUER, n° 351.

der à une pondération des éléments d'interprétation pour obtenir un résultat satisfaisant, convenable et praticable, visant ainsi une solution pragmatique<sup>310</sup>.

Si, d'une manière générale, « la doctrine dominante s'oriente désormais vers la recherche de la *volonté du législateur* telle qu'elle ressort objectivement de la règle et des valeurs que celle-ci entend sauvegarder » (doctrine de la volonté reconnaissable du législateur)<sup>311</sup>, la tendance actuelle est favorable aux « méthodes contemporaines »<sup>312</sup>. Autrement dit, ce sont les lectures actuelles des textes ou les valeurs présentes qui l'emportent. Tout au plus réserve-t-on le cas où une décision antérieure claire du législateur fermerait la voie.

**Les arguments d'interprétation**<sup>313</sup>. – Les arguments d'interprétation sont des outils auxquels on peut recourir quelle que soit la méthode d'interprétation retenue. Cependant, ces arguments ont un lien privilégié avec la méthode systématique. Ils sont basés soit sur la logique, soit sur les rapports qui peuvent s'établir entre les normes à interpréter.

Argument <sup>314</sup>	Description
1. Analogie <i>a) a pari</i>	Le juge applique une règle légale à un cas non prévu, mais semblable sur les points essentiels, pour une raison d'équité.
<i>b) a contrario</i>	Le juge adopte une solution contraire à celle retenue par la loi dans un cas pour résoudre un cas inverse.
<i>c) a fortiori</i>	Le juge étend une solution légale à un cas non prévu parce que les raisons qui ont guidé le législateur se

<sup>310</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 135.

<sup>311</sup> STEINAUER, n° 319 et les références citées (*id.*, n. 101). Nous soulignons.

<sup>312</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 134.

<sup>313</sup> Pour une approche différente : GUASTINI, p. 227 ss.

<sup>314</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, pp. 159 s. et 413 ss.

STEINAUER fait intervenir ces arguments (not. l'interprétation conforme) après l'application des méthodes d'interprétation (STEINAUER, n° 351 et p. 121 [tableau]), si celles-ci ne parviennent pas à dégager le sens déterminable. Cette position est critiquable, car on ne voit pas pourquoi des problèmes de compatibilité avec le droit supérieur interviendraient uniquement si les méthodes d'interprétation échouent...

Argument <sup>314</sup>	Description
	retrouvent avec encore plus de force dans le cas non prévu (« qui peut le plus peut le moins »).
2. Réduction téléologique <sup>315</sup>	Le juge exclut l'application de la norme à un fait compris dans le texte, en raison du but même de la loi.
3. Modulation de l'interprétation a) interprétation extensive	Sur la base d'éléments extérieurs à la loi qui révèlent la volonté du législateur, le juge élargit l'application d'un texte. L'interprétation extensive extrapole la volonté du législateur (qui, s'il avait pensé au cas, aurait adopté la solution choisie par le juge), alors que l'analogie s'écarte de la volonté du législateur.
b) interprétation restrictive	Sur la base d'éléments extérieurs à la loi, le juge, par un argument de dissociation, exclut du champ d'application de la norme certains faits qu'une interprétation littérale y mettrait pourtant.
4. Règles de conflit a) principe de la <i>lex specialis</i>	Lorsque deux normes sont contradictoires, le juge donne la priorité à la règle la plus spécifique au détriment de la plus générale.
b) principe de la <i>lex posterior</i>	Le juge donne la priorité à la règle plus récente au détriment de la plus ancienne <sup>316</sup> .
c) principe de la <i>lex superior</i>	Le juge donne la priorité à la règle dont le rang est le plus élevé (la constitution l'emporte sur une loi qui l'emporte sur une ordonnance).

<sup>315</sup> Not. PICHONNAZ / VOGENAUER, p. 423 ; WERRO, art. 1 CC n° 67.

<sup>316</sup> Il s'ensuit qu'il n'est pas évident qu'une loi générale nouvelle abroge une loi spéciale antérieure (LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 160).

Argument <sup>314</sup>	Description
5. Interprétation conforme a) à la constitution <sup>317</sup>	L'interprétation conforme à la constitution commande de choisir, parmi les différentes interprétations possibles d'une disposition, celle qui correspond le mieux à la constitution.
b) au droit international <sup>318</sup>	L'art. 5 al. 4 Cst. enjoint la Confédération et les cantons de « respecter » ( <i>beachten</i> en allemand) le droit international. Cette disposition commande, au moins, aux autorités d'interpréter le droit interne à la lumière du droit international et des traités internationaux.

**Légende : Ce tableau présente les principaux arguments d'interprétation, ainsi que leurs déclinaisons.**

### 2.2.2 Une théorie ou une vulgate ?

**La démarche critique.** – La critique de la théorie légaliste vient de ce que la dualité entre création et application du droit, entre « pouvoir constituant » (ou législateur) et « pouvoir constitué » (le juge) est « peut-être trop réductrice »<sup>319</sup>. Entre la production de la norme et son application, il y a une phase de concrétisation pour en déterminer le contenu<sup>320</sup>.

Le droit n'est pas un « matériau neutre »<sup>321</sup>. Comme on l'a vu<sup>322</sup>, le droit est un langage sensible à la politique et qui (rétro)agit sur les comportements politiques. De fait, l'interprétation « fait entrer jusque dans la texture du droit des orientations et des valeurs politiques »<sup>323</sup>. Dès lors,

<sup>317</sup> En droit public : RHINOW / SCHEFER, n° 548 ss ; en droit privé : WERRO, art. 1 CC n° 79 (ce dernier rattache l'interprétation conforme à l'interprétation systématique).

<sup>318</sup> RHINOW / SCHEFER, n° 562 ss.

<sup>319</sup> LE DIVELLEC, p. 2.

<sup>320</sup> Pour une telle approche reposant sur l'existence de « normes individuelles » qui finissent par produire des « normes générales », sans tomber pour autant dans une vision réaliste du droit : MOOR, *Pour une théorie, passim* (pour un résumé : MOOR, *De la pratique*, p. 53 s.). V. ég. l'analyse de la « montée en généralité » que permet le passage « du juridictionnel au juridique » (FRANÇOIS, *Du juridictionnel, passim*). V. ég. CHIARIELLO, p. 407 ss.

<sup>321</sup> CAILLOSSE, *À propos*, p. 62.

<sup>322</sup> *Supra* Chapitre 1.

<sup>323</sup> CAILLOSSE, *À propos*, p. 62.

l'idée que le droit n'est que textes et méthodes peut-elle être autre chose qu'une « vulgate »<sup>324</sup> ?

**Les lacunes.** – La perfection est intimement liée à l'idée de la loi. La théorie legaliste comprend la thèse, certes relativisée, mais persistante, que le droit (écrit) forme un tout complet qu'il suffirait d'interpréter<sup>325</sup>. Pourtant, la loi est parfois lacunaire. En dépit du travail du législateur, une question qui se pose au juge peut demeurer sans réponse.

La présence de lacunes dans l'ordre juridique doit être distinguée de la nécessité de l'interprétation : ici, la règle existe, mais elle est obscure ; là, elle n'existe pas.

On relève plusieurs types de lacune<sup>326</sup> :

Lacune		Description
Lacune <i>praeter legem</i>	Lacune ouverte	La loi présente un vide contraire à son économie ; elle ne dit pas comment régler une question qui doit être tranchée.
	Lacune fermée	La loi présente une solution, mais elle masque des exceptions. La loi prévoit une exception, mais ailleurs.
Lacune <i>intra legem</i>		Contrairement à la lacune <i>praeter legem</i> , cette lacune est voulue par le législateur. Il s'agit, en quelque sorte, d'une délégation au juge qui doit juger y compris « [à] défaut d'une disposition légale applicable » (art. 1 al. 2 CC).
Lacune improprement dite		Il s'agit d'un défaut de la loi. La loi présente un manque non technique, mais matériel ; elle propose une solution, mais celle-ci est insatisfaisante. Ici, le juge doit appliquer la loi et non la

<sup>324</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 169.

<sup>325</sup> TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 19 ss.

<sup>326</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 445 ss ; STEINAUER, n° 367 ss.

Lacune	Description
	corriger ( <i>dura lex sed lex</i> ; la loi est dure, mais c'est la loi) <sup>327</sup> .
(Silence qualifié)	(Le silence qualifié est la situation d'une loi qui ne prévoit pas une solution précisément parce que le législateur voulait l'exclure. En soi, il ne s'agit pas d'une lacune.)

**Légende : Ce tableau présente les divers types de lacune.**

Les lacunes ont plusieurs raisons d'être.

Type de lacune	Description
La lacune <i>ab initio</i> résulte de la logique textuelle <sup>328</sup> .	<p>Dans la généralisation et l'abstraction, le législateur est obligé de « laisser tomber » une partie de la réalité<sup>329</sup>. La logique textuelle de la loi, celle de l'abstraction, ne permet pas de saisir la complexité sociale.</p> <p>Plus particulièrement en Suisse, deux phénomènes tendent à privilégier des formulations légales parfois plus générales : d'une part, l'existence de trois langues officielles (art. 70 al. 1 Cst.) implique que les normes soient assez aisément traductibles ; d'autre part, la possibilité que le texte soit soumis au peuple par référendum exige que les normes soient généralement accessibles<sup>330</sup>.</p>

<sup>327</sup> Encore faut-il ici réserver les cas d'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) et ceux dans lesquels le juge doit trancher en équité (art. 4 CC ; WERRO, art. 1 CC n° 33).

<sup>328</sup> P.ex. en Suisse, la même loi (les art. 620 ss CO sur les sociétés anonymes) régit des PME et des multinationales.

<sup>329</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 57.

<sup>330</sup> Not. AMSTUTZ, *Der Text*, p. 255. Sur la notion de « code populaire » et les lacunes qui en découlent : MORIN, p. 219 s.

Type de lacune	Description
La lacune secondaire résulte de l'écoulement du temps <sup>331</sup> .	La loi vieillit. La société connaît de profondes et rapides évolutions sociales, économiques et techniques. La loi peut ainsi devenir inadaptée pour embrasser la réalité qu'elle régit.

**Légende : Ce tableau présente les deux raisons d'être des lacunes et les décrit, exemples à l'appui.**

En Suisse, le comblement des lacunes est aujourd'hui dans les mains du juge. Selon l'art. 1 al. 2 *in fine* CC, dans ce cas, le juge se prononce « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Cette opération passe bien par la formulation d'une règle de droit générale et abstraite<sup>332</sup>, ce qui devrait théoriquement être le privilège du législateur. Cela devrait déjà nous faire nous interroger sur son influence réelle<sup>333</sup>. De surcroît, la question de la mise à jour des lacunes est une question d'interprétation<sup>334</sup> qui dépend du juge. Le système est donc circulaire.

**Les figures légalistes de l'autonomie du juge.** – À l'intérieur de la théorie légaliste, il existe des institutions qui octroient sciemment au juge une marge de manœuvre :

Figure <sup>335</sup>	Définition et exemple(s)
Libre appréciation des preuves <sup>336</sup>	On se situe dans la mineure du syllogisme, dans la partie « Faits » d'un jugement, au moment de décrire les événements qui seront confrontés aux conditions légales. Le système légaliste n'a ainsi

<sup>331</sup> P.ex. la protection des droits d'auteur sur internet.

<sup>332</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 451.

<sup>333</sup> DÜRR, p. 62 s.

<sup>334</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 447 s. ; STEINAUER, n° 382.

<sup>335</sup> La terminologie est parfois flottante... La liberté d'appréciation ne doit pas être confondue avec la notion (civile) de pouvoir d'appréciation (qui se rapproche de l'idée de notion juridique indéterminée).

<sup>336</sup> P.ex. l'art. 157 CPC qui dispose que « [l]e tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées ».

Figure <sup>335</sup>	Définition et exemple(s)
	pas de peine à admettre la libre appréciation des preuves <sup>337</sup> .
Concepts juridiques indéterminés <sup>338 et 339</sup>	L'art. 4 CC dispose que « [l]e 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 » <sup>340</sup> . Il s'agit d'une norme habilitante en ce sens que « le législateur délègue au juge la mission de pallier au caractère volontairement incomplet du code » <sup>341</sup> .
Liberté d'appréciation <sup>342</sup>	La liberté d'appréciation est la faculté octroyée à certains organes étatiques d'opter entre plusieurs solutions (prévues par la loi) dans l'application de la loi <sup>343</sup> .
Compétence discrétionnaire (ou latitude de jugement) <sup>344</sup>	L'autorité décide en fonction des circonstances individuelles et concrètes et non de critères généraux.

<sup>337</sup> TORRIONE, p. 281 s.

<sup>338</sup> STEINAUER, n° 409 ss.

<sup>339</sup> P.ex. *a*) en droit public : moralité, esthétique, circonstances du cas particulier, nécessité, etc. ; *b*) en droit privé : bonne foi (art. 2 al. 1 CC), abus de droit (art. 2 al. 2 CC), illicéité, égalité de traitement, dignité humaine, justes motifs, bonnes mœurs, etc.

Pour une liste plus complète des renvois à l'art. 4 CC en matière de droit privé : MORIN, p. 217 s. Certains procèdent à des délimitations (p.ex. PERRIN, art. 4 CC n° 5 ss), mais celles-ci ne sont guère convaincantes.

<sup>340</sup> Le renvoi au « droit » et à l'« équité » peut causer de la confusion ; c'est l'équité qui compte ici (PERRIN, art. 4 CC n° 15 ss not. n° 17).

<sup>341</sup> MORIN, p. 222 ; PERRIN, art. 4 CC n° 3.

<sup>342</sup> P.ex. l'autorité peut agir ou ne pas agir (permis de séjour) ; elle a le choix entre diverses mesures (choix de la sanction disciplinaire) ; elle peut individualiser sa décision (choix de l'échelle de traitement d'un fonctionnaire).

<sup>343</sup> KNAPP, n° 158.

<sup>344</sup> P.ex. on trouvait ce genre de règles dans le domaine de l'octroi des subventions.

Figure <sup>335</sup>	Définition et exemple(s)
Recours à des inférences non déductives <sup>345 et 346</sup>	L'autorité est confrontée à un doute sur la prémisse du syllogisme (quel est le droit ?). Elle doit alors chercher une « preuve du droit » ou se faire « une intime conviction » quant au droit.

**Légende : Ce tableau présente les différentes figures qui accordent une autonomie au juge et que reconnaît la théorie légaliste, telle que reçue en Suisse, exemples à l'appui.**

On peut expliquer que la théorie légaliste doit recourir à des figures d'autonomie propres grâce au *paradoxe de l'égalité*<sup>347</sup>. Assurer l'égalité de tous les justiciables devant la loi implique de laisser le juge choisir dans un cas concret quelle solution est la plus juste pour réaliser cette égalité. Cela signifie donc que la théorie légaliste intègre parfaitement le fait que l'application égale de la loi à chacun peut conduire à des inégalités que seule la médiation du juge peut éviter. Le juge assure un lien – il *est* la tension – entre la loi et le cas concret. La doctrine affirme néanmoins que « le pouvoir d'appréciation s'exerce < dans > la loi »<sup>348</sup> comme pour rappeler que le légalisme demeure le principe.

**La critique du pluralisme méthodologique à caractère pragmatique.** – La synthèse des techniques d'interprétation pratiquées par le Tribunal fédéral suisse permet encore mieux d'articuler la critique contre la théorie légaliste. « Méthode inadéquate », « méthode sans méthode », une partie de la doctrine, attachée à la théorie légaliste, manque de mots pour (dis)qualifier cette pratique<sup>349</sup>. Selon elle, le pluralisme comporterait un triple danger<sup>350</sup> :

<sup>345</sup> TORRIONE, p. 285 ss.

<sup>346</sup> P.ex. la preuve du droit coutumier (art. 1 al. 2 CC) ou l'établissement des règles supplétives en cas de lacune (art. 1 al. 3 CC).

<sup>347</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 116 ss.

<sup>348</sup> PERRIN, art. 4 CC n° 20.

<sup>349</sup> TORRIONE, p. 290 et les références citées.

<sup>350</sup> PICHONNAZ / VOGENAUER, p. 424 s.

- la justice fondée sur le résultat (*ergebnisorientierte Rechtsprechung*)<sup>351</sup>, c'est-à-dire que le risque serait de partir du résultat et de privilégier la méthode qui le justifie ;
- la « hiérarchie inavouée » : le Tribunal fédéral semble privilégier l'interprétation téléologique<sup>352</sup> ;
- en conséquence, il y aurait « un risque accru d'outrepasser les limites de l'interprétation » : le juge empièterait alors sur les prérogatives du législateur.

La doctrine française parle, assez joliment, d'« éclectisme tactique »<sup>353</sup>. Autrement dit, le juge dissimulerait sa liberté derrière des méthodes pseudo-objectives et des arguties pseudo-juridiques. (On est dans « l'herméneutique du soupçon » thématisée par Paul RICOEUR !)

On fait au passage le lien avec la première partie : la politique transparaît derrière le droit. Le pluralisme méthodologique cache en fait une liberté du juge très étendue. D'un certain point de vue, ce pluralisme ne cache rien d'autre qu'une « libre appréciation » des preuves juridiques<sup>354</sup>. Le choix doit se faire en faveur de l'interprétation qui aboutit à une solution correcte<sup>355</sup>. Autrement dit, le pragmatisme conduit « à apprécier un acte [...] en fonction de ses conséquences favorables ou défavorables »<sup>356</sup>. La pondération des arguments d'interprétation est laissée à sa discrétion<sup>357</sup>.

**La notion de texte clair.** – Afin de ne pas laisser trop de place à l'interprétation dans la théorie du droit, la jurisprudence et la doctrine affirment parfois que les textes clairs ne nécessitent pas

---

<sup>351</sup> WERRO, art. 1 CC n° 73.

<sup>352</sup> *Supra* 2.2.1.2. V. ég. TANQUEREL, n° 432 et les références citées.

<sup>353</sup> Jean CARBONNIER, cité par : AGUILA, p. 41.

<sup>354</sup> TORRIONE, p. 288.

<sup>355</sup> ATF 121 III 219 consid. 1d, JdT 1996 I 162 (trad.) ; 114 V 219 consid. 3a (n.p. au JdT) ; 110 Ib 1, JdT 1985 I 483 (trad.) ; arrêt du TF du 28 janvier 2001 2A.428/199 consid. 3b.

<sup>356</sup> Chaïm PERELMAN / Lucie OLBRECHTS-TYTECA, cités par : TORRIONE, p. 289.

<sup>357</sup> FRYDMAN / HAARSCHER, p. 90. Les auteurs évoquent les arguments (analogie, *a priori*, etc.), mais leur propos est aussi valable s'agissant des méthodes d'interprétation.

d'interprétation<sup>358</sup> ou qu'une interprétation littérale suffit<sup>359</sup>. Plus la densité normative d'un texte serait forte, moins l'interprétation serait nécessaire.

Cette approche n'est pas satisfaisante. Premièrement, rien ne permet d'objectiver, de mesurer, la clarté d'un texte ou sa densité normative. Ainsi, dire qu'un texte est clair, c'est l'avoir préalablement interprété et réduit les zones d'incertitude qu'il contenait<sup>360</sup>. Deuxièmement, même si l'on pouvait mesurer cette densité, on constaterait que l'ordre juridique dans son ensemble est constitué de normes très faiblement normatives<sup>361</sup>, à tel point que l'on en viendrait à douter qu'une norme claire existe vraiment... En fait, la détermination première du sens des mots, dès la première lecture, fait partie du processus d'interprétation<sup>362</sup>.

**Les doctrines de l'interprétation.** – Étrangement, les méthodes d'interprétation ne sont prescrites par aucun texte de loi. Dans un système de droit écrit, qui accorde une importance centrale à la logique textuelle, le législateur n'a pas songé à dire au juge comment il devait interpréter les textes légaux ! Autrement dit, le sens des normes impératives est établi par des méthodes non impératives<sup>363</sup>.

Sans directives d'interprétation, le juge, dans son travail d'interprétation, peut obéir à des rationalités très différentes<sup>364</sup>. Il existe ainsi des doctrines de l'interprétation, rencontrées au fil de l'histoire et des évolutions politico-juridiques<sup>365</sup> :

<sup>358</sup> P.ex. ATF 131 II 697 consid. 4.1 (n.p. au JdT) ; STEINAUER, n° 85.

<sup>359</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 80. V. ég. MOOR, *Pour une théorie*, p. 170.

<sup>360</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 253 ; TROPER, *La théorie du droit*, p. 75 ; WERRO, art. 1 CC n° 59 et les références citées ; FRYDMAN / HAARSCHER, p. 90. Encore la nécessité d'une interprétation n'est-elle pas nécessairement la preuve de l'inexistence de textes clairs (HAMON, p. 490 s.).

<sup>361</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 66 ss.

<sup>362</sup> HÄFLIN / HALLER / KELLER, n° 93.

<sup>363</sup> MOOR, *Pour une théorie*, pp. 171 et 205.

<sup>364</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 437 ss.

<sup>365</sup> GUASTINI, p. 214 ss.

<b>Doctrine</b>	<b>Description</b>
Doctrine littéraliste	L'interprétation est un travail exégétique du texte de la loi. Cette doctrine reste le point de départ de toutes les méthodes légalistes <sup>366</sup> .
Doctrine intentionnaliste	L'interprétation est un travail de fidélité à la volonté du législateur lorsqu'il a adopté les normes à interpréter.
Doctrine historique (ou statique)	L'interprétation est un travail de contextualisation, de reconstruction historique, au travers des textes et travaux préparatoires.
Doctrine évolutionniste (ou dynamique)	L'interprétation est un travail contemporain, selon les conceptions de l'époque où la loi est appliquée et sans référence à ses origines.

**Légende : Ce tableau présente les principales doctrines de l'interprétation.**

---

<sup>366</sup> ATF 131 II 697 consid. 4.1 ; HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 92 ; HONSELL, art. 1 CC n° 3 (qui parle de « *starting point* »).

On peut présenter les choses différemment pour mieux apparaître les combinaisons entre les doctrines et les méthodes<sup>367</sup> :

Doctrines littéralistes		Doctrines intentionnalistes	
Variante statique	Variante dynamique	Variante statique	Variante dynamique
Méthode historique objective	Méthode contemporaine objective	Méthode historique subjective	Méthode contemporaine subjective
Le juge attribue aux textes normatifs la signification littérale que ceux-ci avaient à l'époque où ils furent adoptés.	Le juge attribue aux textes normatifs la signification littérale que l'on peut leur donner au moment où ils sont interprétés.	Le juge attribue aux textes normatifs la signification que leurs auteurs historiques voulaient leur attribuer (sans que l'on s'attache aux mots alors choisis).	Le juge attribue aux textes normatifs la signification que l'on peut leur donner selon leur raison d'être, leur but et les valeurs et principes qui sous-tendent la norme.

**Légende :** Ce tableau décline les doctrines de l'interprétation en une variante statique et une variante dynamique. La variante statique répond à une vision « originaliste » (le sens du texte n'est pas censé évoluer) et la variante dynamique à une vision « interprétativiste » (le sens du texte peut évoluer avec le temps).

Il apparaît que les doctrines littéralistes (statique ou dynamique) sont strictement incompatibles avec les doctrines intentionnalistes. En effet, soit l'on considère que la norme *est* le texte (et on prône une doctrine littéraliste), soit l'on estime que la norme existe en dehors du texte et que celui-ci n'en est qu'une manifestation (et on adhère à une doctrine intentionnaliste).

<sup>367</sup> GUASTINI, p. 216 ss.

On comprend encore mieux le problème si l'on combine les doctrines de l'interprétation avec les méthodes offertes au juge.

		Doctrines littéraliste		Doctrines intentionnaliste	
		Variante statique	Variante dynamique	Variante statique	Variante dynamique
		Méthode historique objective	Méthode contemporaine objective	Méthode historique subjective	Méthode contemporaine subjective
Interprétation					
littérale					
systematique					
historique					
téléologique					

**Légende :** Ce tableau met en regard de chaque variante des doctrines de l'interprétation les méthodes d'interprétation pratiquées par le Tribunal fédéral et souligne (en grisé) les principaux points de contact.

Les zones grisées indiquent quelle méthode d'interprétation correspond le mieux à chacune des doctrines :

- la méthode littérale repose sur le texte, pris comme un objet, indépendamment de tout autre élément ;
- la méthode systématique repose également sur le texte, mais les différentes normes à mettre en cohérence peuvent avoir été adoptées à des moments différents, de sorte que c'est le résultat actuel qu'il faut interpréter ;
- la méthode historique repose sur l'intention du législateur au moment de l'adoption de la loi, indépendamment des évolutions postérieures ;
- la méthode téléologique repose sur le but poursuivi par le législateur, mais celui-ci est susceptible d'évoluer avec le temps.

Il ne faut pas pour autant exclure tout chevauchement. Par exemple, comme son nom l'indique, la méthode historique objective a un lien avec l'interprétation historique.

On relèvera simplement que les méthodes retenues par le juge actuellement correspondent à toutes les doctrines élaborées par la théorie du droit. Certaines sont « exactement opposées »<sup>368</sup> : l'interprétation littérale, si elle s'en tient au sens des mots historiques se fonde sur le poids de la tradition, quand la méthode téléologique peut, en acceptant que le but des normes évolue, avoir une lecture extraordinairement contemporaine de la loi. Autrement dit, le « sens » de la loi est « réduit tantôt à l'intention des auteurs, tantôt à un sens objectif du texte indépendant de cette intention, mais dépendant soit du sens des mots dans le langage ordinaire, soit de leur sens dans le langage juridique, soit de la fonction sociale et politique du texte, soit encore de sa place dans le système normatif »<sup>369</sup>. Arbitrer entre les résultats – en raison de leurs origines si différentes, il est prévisible qu'ils divergent – est de la seule responsabilité du juge<sup>370</sup>.

En Suisse, pour reprendre une citation déjà rapportée, dire que l'interprétation « s'oriente désormais vers la recherche de la volonté du législateur telle qu'elle ressort objectivement de la règle et des valeurs que celle-ci entend sauvegarder »<sup>371</sup> a certes le mérite de la synthèse, mais n'en est pas moins contradictoire. Sans doute, cet arrangement est-il un bricolage prudentiel élaboré au fil des ans et dont le résultat n'est pas critiquable en soi, mais du point de vue légaliste (ou objectif), il n'est pas moins insatisfaisant.

**Les orientations de l'interprète.** – On distingue également des doctrines portant sur l'orientation que doit suivre l'interprète dans l'exercice

---

<sup>368</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 254.

<sup>369</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 87 et la référence citée. On rapporte aisément chaque membre de l'alternative à l'une ou l'autre des théories ou méthodes d'interprétation exposées (*supra* 2.2.1.2).

<sup>370</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 74.

<sup>371</sup> STEINAUER, n° 319 et les références citées (*id.*, n. 101).

des méthodes présentées plus haut. Signalons simplement deux exemples<sup>372</sup> :

Logique	Description
1. Logique externe au juge  a) Légalité	Au nom d'un certain universalisme, le juge doit résoudre les cas qui lui sont soumis en conformité avec les normes générales et ces normes doivent être appliquées à tous les cas qui entrent dans leur champ d'application.  On retrouve ici le principe de la légalité énoncé plus haut. Quelque chose d'autre apparaît : une conception de l'égalité que l'on voit mieux si l'on expose l'autre partie du couple.
b) Équité	Au nom cette fois d'un certain particularisme, le juge renonce à appliquer « aveuglément » les normes générales, mais en tenant compte des circonstances particulières de l'espèce qui lui est soumise, il recherche la solution juste, au cas par cas. Autrement dit, l'égalité n'est plus réalisée par l'application de règles semblables à des cas semblables (dynamique de la légalité), mais par l'application de règles différentes à des solutions différentes (dynamique de l'équité).
2. Logique interne au juge <sup>373</sup>  a) <i>Judicial restraint</i>	Au nom d'une certaine déférence à l'égard du législateur démocratique, le juge (non élu par le peuple) refuse de s'immiscer dans les compétences du pouvoir législatif ni de les usurper <sup>374</sup> . Ainsi, en matière constitutionnelle, seule une loi « manifestement » ou « indiscutablement » inconstitutionnelle sera censurée.

<sup>372</sup> GUSATINI, p. 222 ss.

<sup>373</sup> V. ég. RAYNAUD, *Le droit*, p. 8.

<sup>374</sup> ATF 83 I 173 consid. 6 dans la cause *Quinche*, JdT 1958 I 486 (rés.) ; HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 82.

Logique	Description
<i>b) Judicial activism</i>	Au nom de la protection des droits fondamentaux, le juge s'interpose entre la majorité politique et la minorité des citoyens. Il fait prévaloir des valeurs jugées supérieures sur les principes de la légitimité démocratique.

**Légende :** Ce tableau présente les différentes logiques qui peuvent guider le juge, selon le point de vue interne et externe au juge.

Qu'en retenir ? On peut à la rigueur admettre que les logiques de légalité et d'égalité ne sont pas *a priori* incompatibles. Encore a-t-on vu que le paradoxe de l'égalité pouvait amener le juge, au nom de l'égalité à devoir s'écarter de la légalité.

La notion de *judicial restraint* et l'idée que le juge *doit* s'abstenir signifient quant à elles que le juge *peut* s'ingérer dans l'œuvre du législateur. Ce faisant, le mythe du juge lié s'estompe en même temps que la figure du juge, acteur politique, se dessine.

**Les arguments d'interprétation réversibles.** – Un autre angle d'attaque de la critique porte sur les arguments d'interprétation. Nous allons raisonner avec l'argument *a contrario*, mais l'on pourrait faire l'exercice avec les autres.

Voici une constitution qui dispose uniquement que « les citoyens ont le droit de vote ». On peut en déduire *a contrario* que :

- soit, rien n'étant dit à propos des étrangers, le législateur est libre de leur accorder le droit de vote (ou non) ;
- soit, seuls les citoyens ont le droit de vote et que le législateur ne peut pas étendre ce droit aux immigrés.

L'argument *a contrario* peut ainsi aboutir à des résultats diamétralement opposés.

**Le caractère infalsifiable de la théorie légaliste.** – Plus fondamentalement encore, la théorie légaliste est invérifiable<sup>375</sup>, car elle est infalsi-

---

<sup>375</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 88.

fiable (au sens de Karl POPPER<sup>376</sup>). Admettons que la loi a un sens véritable – cet élément est très largement contesté – et qu’il est possible de connaître ce sens avec certitude. Il faudrait alors une technique *ad hoc* pour vérifier que le sens dégagé par les méthodes d’interprétation correspond bien au sens véritable. Or, ce procédé, c’est l’interprétation elle-même. Rien ne peut donc réfuter le résultat de l’interprétation (ni le corroborer), sinon une autre interprétation.

Il s’ensuit que la théorie légaliste ne peut pas être prouvée. Mais a-t-elle à l’être vraiment ? En effet, la théorie du droit n’a-t-elle pas un autre objet. Est-ce que ce qui compte en dernière analyse n’est pas la validité des jugements ? Et si leur validité ne reposait pas sur la norme, mais sur celui qui les émet ? Dès lors, si le juge jouit d’une liberté, inmanquablement une question se pose : est-il (totalement) libre ?

## 2.3 LE JUGE COMME ACTEUR LIBRE (LA THÉORIE RÉALISTE)

Comme pour la théorie légaliste, nous allons présenter la théorie de l’acteur libre (*infra* 2.3.1) et sa réfutation (*infra* 2.3.2).

### 2.3.1 Une théorie de l’interprétation comme acte de volonté

On ne peut pas présenter la théorie réaliste qui nous servira de guide (*infra* 2.3.1.2) sans rappeler que la loi, aussi rationnelle qu’elle était censée être, n’en a pas moins été victime d’une crise sévère (*infra* 2.3.1.1).

#### 2.3.1.1 La crise de la loi

**Cinq critiques philosophiques de la loi.** – Nous avons déjà présenté une première critique de la théorie légaliste qui venait de l’intérieur même de la théorie légaliste. Il existe en plus des critiques qui viennent de l’extérieur de la science du droit, notamment de la philosophie politique, qui ont contribué à instiller un doute quant à l’infailibilité de la loi<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> TORRIONE, p. 293 s. Selon Karl POPPER, une proposition n’est scientifique que si elle est réfutable (ou falsifiable). Il voyait ainsi dans la psychanalyse (comme dans le marxisme) l’archétype des pseudosciences.

<sup>377</sup> Nous nous inspirons librement de BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 47 ss.

La première critique est la *critique libérale* qui rappelle que la loi est une création humaine, ce qui lui fait subir dès son origine une grave infirmité. Des auteurs comme Friedrich A. HAYEK expliquent que le savoir humain est caractérisé par son incomplétude et que le législateur, en tant que collection humaine, ne peut prétendre à la perfection.

La *critique naturaliste* (aussi jusnaturaliste) se lit dans la position de Michel VILLEY notamment selon lequel il faut revenir à une conception ancienne du droit naturel. Le droit est alors vu comme une chose, une juste proportion attribuant, dans la lignée d'ARISTOTE « à chacun le sien ». Ce ne serait plus alors l'égalité qui serait recherchée, mais la juste proportion, un idéal que la loi humaine ne saurait atteindre.

La *critique conservatrice* est plus ancienne et remonte aux premières heures de la Contre-Révolution. Joseph DE MAISTRE déjà critiquait la prétention des légistes à vouloir rompre avec le passé d'une nation. Le droit naîtrait des forces « internes et silencieuses » du peuple (*Volksgeist*) et non de l'arbitraire des lois.

La *critique sociologique*, quoique théoriquement très différente, s'inscrit dans la même ligne que la critique conservatrice, dans la mesure où elle voit le droit comme une production de la multitude. Comme l'approche conservatrice, la vision sociologique (Émile DURKHEIM) voit le législateur non pas comme un créateur du droit, mais comme un lecteur des rapports sociaux (ou historiques) qu'il doit simplement consigner dans les lois.

La *critique marxiste* est la plus radicale. Selon elle, la loi (et le droit dans son ensemble) n'est qu'un faux-semblant, une construction bourgeoise dont l'objet est de légitimer les besoins de la classe dominante. La loi ne serait qu'un artefact, une tentative de la bourgeoisie de préserver, de sanctuariser les structures traditionnelles, contre le sens de l'Histoire<sup>378</sup>.

À ces critiques philosophiques, on peut ajouter quelques critiques que nous qualifierons de *critiques démocratiques*<sup>379</sup>. Il s'agit de relever que

---

<sup>378</sup> POIRMEUR, p. 27 s.

<sup>379</sup> On peut ici renvoyer aux phénomènes proches de notre sujet (*supra* Introduction, 3).

les lois peuvent être obtenues par une minorité agissante (lobbies, pression médiatique, etc.) et non par la volonté générale. Dans le même temps, on assiste à une prolifération du droit réglementaire. Le droit est ainsi moins fixé par la loi parlementaire que par des ordonnances ou des règlements gouvernementaux. Le législateur démocratique n'est alors même plus associé à la production normative.

**Une critique juridique de la loi.** – Le *constitutionnalisme* a aussi contribué à l'abaissement de la loi comme unique source du droit. Le constitutionnalisme peut se définir comme le régime qui comprend un mécanisme juridictionnel de contrôle de la constitutionnalité des lois (et / ou des décisions)<sup>380</sup>. L'Histoire nous a en effet appris que l'arbitraire pouvait se cacher dans la loi elle-même, quand bien même elle était censée l'exclure. Une loi peut être attentatoire aux libertés. Dès lors que la loi positive n'est pas la garantie des droits individuels que l'on attendait, la tentation a été de déplacer le lieu de la garantie et de placer sa foi non plus dans la loi, mais dans la constitution. Il s'agit là d'un nouveau coup porté au crédit de la loi : non seulement on découvre que la loi peut violer la constitution, mais encore elle devient l'objet de toutes les suspicions.

On le voit : la loi est l'objet de sévères critiques, dans la pensée contemporaine, provenant de toutes parts. La brèche est ouverte. La théorie du droit va s'y engouffrer.

### 2.3.1.2 La théorie réaliste de l'interprétation

**Le réalisme juridique en général.** – La théorie réaliste prétend « approcher » le droit tel qu'il *est* et non tel qu'il *devrait être*<sup>381</sup>. Le courant réaliste est fort divers et il serait plus juste de parler des théories réalistes. Nous retiendrons ici trois sous-courants significatifs : le réalisme

---

<sup>380</sup> Sur le constitutionnalisme et ses rapports avec la démocratie et la liberté : TROPER, *La logique*, p. 911 ss.

<sup>381</sup> TROPER, *Pour une théorie*, p. 35 ; *id.*, *Le réalisme*, p. 185 ; *id.*, *Le droit et la nécessité*, p. 185.

américain, le réalisme scandinave et la théorie (française) réaliste de l'interprétation<sup>382</sup>.

Grossièrement résumés, tous les auteurs réalistes décrivent le droit comme « l'interprétation [qui] émane d'une autorité compétente, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement un juge, [dont] les décisions sont insusceptibles de recours, [qui] s'impose et produit des effets dans l'ordre juridique quel que soit son contenu, même si elle va à l'encontre du sens commun, de l'intention de l'auteur du texte interprété ou des règles du langage ordinaire »<sup>383</sup>. Autrement dit : *le juge est un acteur libre ; il est un acteur politique*.

Le *réalisme américain* repose sur quatre thèses<sup>384</sup>. La première est « la conception instrumentaliste [...] du droit ». La seconde est « le caractère indéterminé des règles juridiques ». La troisième est le « comportementalisme » des juges. La quatrième thèse, enfin, est l'« anticonceptualisme » qui tend à ramener le droit à un ensemble de faits (et non, comme traditionnellement, à un ensemble de règles). Concrètement, cela signifie que le droit relève de l'observation des juges (et non du législateur) et des jugements (et non des lois)<sup>385</sup>. Autrement dit, c'est dans le comportement régulier des juges que l'on peut prédire l'action publique et non en consultant les lois et les codes qui, dans l'absolu, ne sont que des marques d'encre sur le papier (ou des *paper rules*).

Le *réalisme scandinave* est une version modérée du réalisme américain. La loi revient dans le jeu, mais comme une simple directive adressée au juge, c'est-à-dire un modèle de comportement<sup>386</sup>. Pour autant que la directive corresponde à des faits sociaux (elle est généralement présente, suivie dans la société ; elle est perçue comme impérative), alors elle devient norme. Dans la droite ligne de la théorie phénoménologique de

<sup>382</sup> On parle aussi de « réalisme à la française » ou de « néo-réalisme » (MILLARD, *Quelques remarques*, p. 725). V. ég. TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 189 ss.

<sup>383</sup> TROPER, *Le réalisme*, p. 187.

<sup>384</sup> BILLIER / MARYIOLI, p. 178 ss. V. ég. SERVERIN, p. 74 ss.

<sup>385</sup> FRYDMAN / HAARSCHER, p. 82.

<sup>386</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 145. V. ég. MILLARD, *Le réalisme*, p. 144 s ; SERVERIN, p. 80 ss.

l'attitude du juge<sup>387</sup>, le réalisme scandinave voit le droit comme un phénomène psychique, la normativité juridique étant ramenée à une contrainte psychologique, car les juges auraient intériorisé le caractère obligatoire des normes<sup>388</sup>.

Pour autant, les approches américaines et scandinaves sont trop radicales. Dire qu'aucun texte n'a aucun sens est difficilement soutenable : si c'était le cas, les décisions judiciaires n'en auraient pas plus que les textes légaux. (Il en serait de même pour la doctrine et... pour la présente contribution !) Nous y reviendrons. Quant à une contrainte strictement psychologique, elle se heurte au fait que les juges se sentent contraints *juridiquement*. (Un juge peut consciemment appliquer une loi qu'il réprouve par ailleurs.)

Pour illustrer ici la théorie réaliste, nous allons nous intéresser à la doctrine réaliste française, connue sous le nom de *théorie réaliste de l'interprétation*, défendue notamment par Michel TROPER<sup>389</sup>. L'avantage de cette variante du réalisme juridique est de partir d'un élément admis par la théorie légaliste : la nécessité de l'interprétation. La théorie réaliste française est ainsi une critique de la théorie légaliste et une théorie du droit en elle-même.

**Une théorie de l'interprétation comme variante du réalisme juridique.** – Si le droit doit être interprété, le métalangage du droit (le langage sur le droit en tant qu'objet) peut lui aussi être interprété. Le mot « interprétation » doit donc lui aussi trouver un sens. Or, ce mot comprend au moins deux sens distincts<sup>390</sup> :

- indiquer ou découvrir le sens (préexistant) d'un texte ;
- déterminer le sens (absent) d'un texte.

---

<sup>387</sup> *Supra* 2.1.

<sup>388</sup> BILLIER / MARYIOLI, p. 184 s.

<sup>389</sup> On renvoie ici entre autres à : TROPER, *La théorie du droit*, p. 69 ss ; *id.*, *La liberté*, p. 28 ss ; *id.*, *En réponse*, p. 97 ss ; *id.*, *Le réalisme*, p. 185 ss. Sur les origines philosophiques de cette théorie : HAMON, p. 488 s.

<sup>390</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 69 ; *id.*, *La liberté*, p. 28. V. ég. MILLARD, *Théorie*, p. 88 ss.

Alors que la théorie légaliste reposait sur le premier sens, la théorie réaliste repose sur le second.

Pour la théorie réaliste, la loi n'a pas de sens prédéterminé. Interpréter signifie alors déterminer le sens d'une norme « insensée ». Cela a trois conséquences<sup>391</sup> :

- l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance ;
- elle n'a pas pour objet des normes, mais des énoncés ou des faits ;
- elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique.

La théorie légaliste repose entièrement sur l'idée que la volonté se trouve du côté du législateur et que le juge doit rechercher et respecter cette volonté. L'interprétation est donc un acte de connaissance. Le législateur a une volonté. Il l'a traduite en mots : on a l'interprétation littérale. Il l'a exprimée dans un contexte particulier dont on a des traces : on a l'interprétation historique. Il l'a forgée en poursuivant des buts précis : on a l'interprétation téléologique. Il ne l'a pas dite une seule fois et ses multiples manifestations forment un tout : on a l'interprétation systématique.

Si l'on pose maintenant l'hypothèse que cette volonté n'existe pas, ou qu'elle est indéterminable, alors l'ensemble de la théorie légaliste s'effondre. La théorie réaliste ne poursuit pas un autre but. Elle tend à démontrer que la volonté du législateur est un objet inexistant et introuvable, et que la seule volonté dans le système se trouve chez le juge.

Regardons comment elle s'y prend<sup>392</sup>.

**L'absence de volonté du législateur.** – Les parlements sont des organes collectifs. Ils n'ont pas d'« état mental », donc pas de volonté<sup>393</sup>. En effet, la sociologie des groupes nous apprend que les motivations des membres d'un parlement peuvent être fort diverses. « [L]a paresse,

<sup>391</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 71 ; *id.*, *La liberté*, p. 28 ss not. p. 30 ; *id.*, *Le réalisme*, p. 187.

<sup>392</sup> Outre aux références citées, le lecteur se rapportera à : BÉCANE / COUDERC / HÉRIN, p. 59 ss.

<sup>393</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 72 ss.

l'ignorance, l'imitation de leurs collègues, [...] la discipline du parti »<sup>394</sup> sont autant de ressorts dans la formation de la volonté des parlementaires. Les députés se spécialisent, d'autres font confiance aux travaux des commissions alors que les derniers sont légitimement empêchés d'assister au plénum. Sans tomber dans l'antiparlementarisme, on peut reconnaître que la notion de volonté correspond mal à un organe collectif. Ensuite, les textes législatifs sont très souvent préparés par les administrations et leurs auteurs – on pense ici aux parlementaires – n'en sont pas les rédacteurs. Enfin, les parlementaires n'ont pas d'obligation d'unanimité. La loi n'est donc la volonté que de la majorité des parlementaires. Ces remarques sont d'autant plus vraies lorsque le corps électoral s'exprime.

**La norme selon la théorie réaliste de l'interprétation.** – La théorie réaliste s'intéresse également à l'objet de l'interprétation, c'est-à-dire à la norme<sup>395</sup>. La théorie légaliste, parce ce qu'elle vient du normativisme, notamment kelsenien, voit le droit comme une pyramide. Une norme n'est valide que parce qu'elle a été posée conformément à une autre norme, qualifiée de supérieure. Par exemple, une loi est valide parce que la constitution pose que le parlement adopte les lois. Une interprétation est valide parce qu'une loi d'organisation judiciaire dit que les juges interprètent les lois pour les appliquer.

On connaît l'objection. Si les normes ne sont valides que parce qu'une autre norme le dit, quelle norme peut bien donner sa validité à la norme la plus supérieure ? Hans Kelsen a posé une norme fondamentale au sommet (l'hypothèse logico-transcendantale) qui suppose que la constitution est valide. Cette réponse est totalement acceptable, mais elle pose deux problèmes. Premièrement, en dépit des affirmations de Kelsen, elle fait reposer le droit sur un fait. Deuxièmement, et par voie de conséquence, le droit ne s'explique pas seulement par lui-même. Il a besoin d'autre chose pour s'expliquer. La théorie réaliste a l'avantage d'aplanir ces deux difficultés. En faisant reposer la validité de la norme non pas sur son appartenance à l'ordre juridique, mais sur son statut de produit

---

<sup>394</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 73.

<sup>395</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 74 ss.

d'une interprétation, elle évite le recours à la norme fondamentale et demeure factuelle de bout en bout<sup>396</sup>.

**L'interprète selon la théorie réaliste de l'interprétation.** – Il faut s'arrêter maintenant sur le statut de l'interprète, c'est-à-dire sur le pouvoir du juge<sup>397</sup>. La théorie réaliste de l'interprétation met moins l'accent sur l'indétermination textuelle que le réalisme américain (ou scandinave). Certes, comme on l'a vu, Michel TROPER doute qu'une volonté du législateur existe vraiment. Bien plus que cela, il avance que c'est parce que l'interprète est libre que le texte est indéterminé (et non l'inverse)<sup>398</sup>. En effet, certains organes disposent d'un pouvoir d'interprétation authentique, parce que leur interprétation est insusceptible de recours<sup>399</sup>. Ici, « authentique » ne renvoie pas, comme traditionnellement, à l'interprétation de l'auteur (celle du législateur), mais à l'interprétation en dernier ressort (celle du juge suprême)<sup>400</sup>.

Selon la théorie réaliste, comme dans la théorie légaliste, la légitimité du juge est dans la validité de son interprétation<sup>401</sup>. Simplement, dès lors qu'une interprétation n'est ni vraie ni fausse, la validité, chez les réalistes, n'est pas matérielle (elle ne repose ni sur les méthodes que le juge utilise, ni sur son argumentation) ; elle est formelle (elle repose sur le statut de l'interprète). Autrement dit, c'est parce que l'ordre juridique attache des conséquences aux décisions des juges que celles-ci sont valides<sup>402</sup>. Il s'ensuit que le produit de l'interprétation *est* la norme<sup>403</sup>. Cela a une conséquence très claire : *le législateur véritable est l'interprète de la loi ; le constituant véritable est l'interprète de la constitution*<sup>404</sup>.

---

<sup>396</sup> Sur l'ensemble de la question : MILLARD, *Théorie*, p. 74 ss.

<sup>397</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 79 ss.

<sup>398</sup> TROPER, *La liberté*, p. 31 ; *id.*, *Le droit et la nécessité*, pp. 157 s. et 189.

<sup>399</sup> TROPER, *Pour une théorie*, p. 334 ; *id.*, *Le droit et la nécessité*, p. 157 ss.

<sup>400</sup> Sur le lien entre interprétation authentique et impérativité institutionnelle : MOOR, *Dynamique*, p. 175 ss.

<sup>401</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 79 s.

<sup>402</sup> TROPER, *La liberté*, p. 31 s.

<sup>403</sup> TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 165 s.

<sup>404</sup> TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 165 ss.

### **Les contraintes admises par la théorie réaliste de l'interprétation. –**

Pour autant, ce pouvoir n'est pas total. La théorie réaliste doit constater que nous ne vivons pas sous un régime arbitraire. Elle recourt à deux figures pour expliquer cela : le droit de réponse du pouvoir législatif, voire du pouvoir constituant, et une théorie des contraintes juridiques.

Le *droit de réponse* est la faculté du législateur ou du constituant d'adopter un nouveau texte après une interprétation du juge qui lui aurait déplu<sup>405</sup>. On pourrait aussi bien envisager une réaction moins courtoise : le pouvoir politique pourrait ainsi réduire les moyens (administratifs, logistiques, etc.) à disposition des juges, les révoquer (ou ne pas les réélire) ou, au contraire, augmenter le nombre de juges afin de pouvoir nommer des « fournées » de juges plus sensibles à telle ou telle orientation jurisprudentielle<sup>406</sup>.

Ensuite, l'interprète est soumis à un réseau de *contraintes juridiques*, qui fait que cette liberté n'est pas un pouvoir discrétionnaire. La théorie réaliste admet que des contraintes idéologiques, politiques, voire psychologiques pèsent sur le juge ; elle refuse cependant de les intégrer à une théorie juridique, car ces contraintes ne sont précisément pas juridiques<sup>407</sup>. Nous y reviendrons.

Dire que le juge est soumis à des contraintes multiples ne serait pas encore reconnaître que la théorie réaliste est invalide. Cela révélerait une confusion entre le libre arbitre et la liberté au sens juridique<sup>408</sup>. « Une autorité est juridiquement libre, si elle peut choisir entre plusieurs conduites également valables en droit, même si le choix est en fait toujours le produit du déterminisme. »<sup>409</sup> Autrement dit, puisque la théorie réaliste fait reposer la validité de la norme sur un critère formel (la position de l'interprète), il est libre de ses jugements qui produiront des effets juridiques. En revanche, cela ne minimise pas les multiples contraintes qui pèsent sur le juge. Simplement, si le juge les ignore, soit sa décision

---

<sup>405</sup> Cet élément sera abordé dans l'analyse de cas (*infra* Deuxième partie).

<sup>406</sup> On sait que telle avait été la menace faite par le Président ROOSEVELT à une Cour suprême censurant les lois du *New Deal* (p.ex. HAMON / TROPER, p. 283).

<sup>407</sup> TROPER, *La liberté*, p. 36 s. ; pour une critique : PICARD, p. 77 s.

<sup>408</sup> TROPER, *La théorie du droit*, pp. 83 et 92.

<sup>409</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 93.

perdra en efficacité<sup>410</sup>, soit elle lui vaudra des mesures de rétorsion des autres pouvoirs, mais sera néanmoins valide.

Et ce sont précisément ces contraintes qui, d'après les réalistes français, expliquent la constance des décisions jurisprudentielles – les revirements sont rares – et que les juges ne deviennent pas totalement imprévisibles. La théorie réaliste distingue deux types de contrainte<sup>411</sup>.

Contrainte	Description
Contraintes au sens fort (règles explicites)	Ce sont celles qui résultent des « règles constitutives ». Tel est le cas des règles attributives de compétences, qui prescrivent quel juge est compétent, et non celles qui prescrivent sa conduite (« règles de conduite ») une fois saisi d'une affaire <sup>412</sup> . La transgression de ces contraintes est impossible dans ce sens qu'elle rendrait nul le comportement en cause <sup>413</sup> .
Contraintes au sens faible (règles implicites)	Ce sont celles qui résultent de la situation dans laquelle se trouve le juge pour être raisonnable et efficace. Ainsi, le juge membre d'une juridiction collégiale, même s'il adhère pleinement à la théorie réaliste, devra convaincre ses collègues de la justesse de sa position. De la même manière, les rapports que le juge entretient avec les autres autorités peuvent être sources de contraintes, car le juge doit anticiper les interactions possibles. La transgression de ces contraintes ne prive pas d'emblée le comportement d'effet, mais l'expose à des réactions (à de « fortes secousses » <sup>414</sup> ). V. é.g. le droit de réponse.

<sup>410</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 93.

<sup>411</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 95 s. ; *id.*, *Le droit et la nécessité*, p. 11 ss ; *id.*, *Pour une théorie*, p. 340 ss. Pour une approche semblable : CHEVALLIER, *Les interprètes*, p. 273 s.

<sup>412</sup> Cette approche sera fortement remise en cause dans la partie critique (*infra* 2.3.2).

<sup>413</sup> P.ex. un divorce prononcé par le conseil communal du domicile de l'un des époux serait dépourvu de toute existence.

<sup>414</sup> CHEVALLIER, *Les interprètes*, p. 274.

**Légende : Ce tableau présente les deux types de contrainte retenus par la théorie réaliste de l'interprétation (théorie des contraintes juridiques).**

### 2.3.2 Une théorie peu opératoire

**Les phénomènes inexpliqués par la théorie réaliste.** – La doctrine a fait plusieurs objections à la théorie réaliste<sup>415</sup>. La plus sérieuse consiste à dire qu'elle ne rend pas compte du fonctionnement effectif du système judiciaire, alors que telle devrait être l'ambition d'une théorie valide<sup>416</sup>. Si le juge était totalement libre, il déciderait « n'importe quoi et n'importe comment »<sup>417</sup>. Or, tel n'est pas le cas. D'une part, le juge ne se comporte pas forcément comme un acteur politique classique. Par exemple, Richard A. POSNER observe que les juges de la Cour suprême américaine ne suivent pas aussi systématiquement une logique politique (la leur ou celle des Présidents qui les ont nommés)<sup>418</sup>. D'autre part, les objectifs de lutte contre l'arbitraire et de prévisibilité des décisions judiciaires sont largement atteints<sup>419</sup>. La théorie réaliste peut bien prétendre que les normes sont (dans) l'interprétation (c'est-à-dire dans un fait), que la norme n'existe pas avant, mais *après* l'interprétation<sup>420</sup>, elle n'explique pas quatre phénomènes<sup>421</sup> :

- elle n'explique pas pourquoi les autorités d'exécution se conforment aux jugements rendus (le préposé à l'Office des poursuites qui saisit un bien sur décision de justice est, lui-aussi, en position de dernier ressort...)

<sup>415</sup> Parmi d'autres : PFERSMANN, *Contre le néo-réalisme*, p. 231 ss ; PFERSMANN, *Une théorie*, p. 153 ss ; PFERSMANN, *Critique*, p. 123 ss ; TIMSIT, p. 31 ss ; PICARD, p. 42 ss ; moins critique : HAMON, p. 487 ss.

<sup>416</sup> LE DIVELLEC, p. 1 et n. 2 ; AGUILA, p. 42 s.

<sup>417</sup> MILLARD, *Théorie*, p. 119.

<sup>418</sup> POSNER, p. 20 ss. Une analyse semblable est malaisée en Suisse, car les votes des juges (au TF not.) ne sont pas publiés et les juges ne peuvent joindre d'opinions minoritaires ou dissidentes à leurs décisions.

<sup>419</sup> PICARD, p. 96.

Certains voient la prévisibilité du comportement des juges comme une conséquence de la théorie réaliste (p.ex. Oliver W. HOLMES, cité par : SERVERIN, p. 75). Nous comprenons mal comment on peut dire que les juges sont à la fois libres et prévisibles, car, s'ils sont libres, c'est leur rationalité interne qui l'emporte. Et cette dernière varie d'un juge à l'autre...

<sup>420</sup> PICARD, p. 59 ss.

<sup>421</sup> PICARD, p. 62 ss. V. ég. HAMON, pp. 493 s. et 495 ss.

- elle n'explique pas pourquoi deux juridictions suprêmes interprètent de la même manière un même texte<sup>422</sup> ;
- elle n'explique pas pourquoi une même juridiction suprême s'entient généralement à sa jurisprudence pour les cas futurs ;
- elle n'explique pas pourquoi une juridiction souveraine suivrait la jurisprudence d'une autre juridiction souveraine<sup>423</sup>.

**L'insuffisance de la théorie réaliste des contraintes.** – Les contraintes que la théorie réaliste admet (contraintes aux sens fort et faible) sont insatisfaisantes. Il est d'abord délicat d'affirmer que le juge est libre pour souligner immédiatement qu'il est contraint<sup>424</sup>.

Ensuite, s'agissant des contraintes au sens fort, la distinction entre normes ordinaires et « règles de conduite » est pour le moins « aventureuse »<sup>425</sup>. Les « règles constitutives » (institutionnelles) ne sont pas d'une nature différente des « règles de conduite » (substantielles). Cette idée n'est pas nouvelle. H.L.A. HART – on l'a dit<sup>426</sup> – distinguait la règle qui confère un droit ou une obligation (règle primaire) et la règle qui donne ou organise un pouvoir (règle secondaire). Ainsi, la règle qui accorde un droit (la majorité civile ; art. 14 CC) peut être représentée schématiquement<sup>427</sup> (cause → conséquence, « si..., alors... » ; si une personne a 18 ans révolus, alors elle est majeure). En revanche, l'art. 180 al. 1 1<sup>ère</sup> ph. Cst. qui dispose que « [l]e Conseil fédéral détermine les buts et les moyens de sa politique gouvernementale » ne subordonne aucune conséquence à aucune condition. En d'autres termes, il n'y a pas de syllogisme à pratiquer.

Cette distinction est toutefois un trompe-l'œil. Les normes institutionnelles sont certes formulées de manière descriptive (on pourrait trouver une phrase semblable dans un manuel de science politique). Mais cette

---

<sup>422</sup> On pense ici aux conflits de juridiction : soit deux juridictions s'estiment compétentes, soit aucune.

<sup>423</sup> On pense à la jurisprudence de la Cour EDH qui inspire le TF (et le législateur).

<sup>424</sup> PICARD, p. 95. À la limite – ce sera notre propos – les contraintes se substituent aux obligations juridiques (*id.*, p. 89 s.).

<sup>425</sup> PICARD, p. 81 s.

<sup>426</sup> *Supra* 1.5.1.

<sup>427</sup> P.ex. LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 403 ss.

affirmation n'enlève rien à leur caractère prescriptif (le Conseil fédéral en a besoin pour agir et ne pourrait, selon la théorie légaliste, pas agir sans elles). Par conséquent, toutes les règles, institutionnelles ou matérielles, sont soumises aux mêmes exigences : elles doivent être mises en œuvre et donc interprétées<sup>428</sup>. La distinction opérée par la théorie réaliste entre « règles constitutives » et « règles de conduite » est ainsi spécieuse.

**Une théorie circulaire à propos de la norme.** – La théorie réaliste repose sur l'idée qu'une cour n'est « souveraine » que parce qu'une norme dit qu'elle l'est<sup>429</sup>. C'est là une difficulté sur laquelle il faut s'arrêter.

La théorie réaliste affirme, d'une part, que les normes ne disent rien en raison de la position institutionnelle de l'interprète et, d'autre part, que celui-ci détient sa position d'une norme. De deux choses l'une : soit les supports normatifs sont des normes et alors cela vaut aussi bien pour les normes qui instituent les juges que pour celles que le juge devra appliquer, soit ces supports ne sont pas des normes – telle est la position réaliste – et alors on voit mal comment le pouvoir du juge viendrait d'une norme<sup>430</sup>. En d'autres termes : alors même que l'on vient de voir qu'il n'y avait pas de différence de nature entre les normes institutionnelles et les normes substantielles, on comprend mal pourquoi une norme institutionnelle aurait un effet quand une norme substantielle n'en aurait pas.

Pour certains, cette circularité ne serait qu'apparente, puisque, comme on l'a déjà dit, toutes les normes, y compris les normes de compétences, sont soumises à interprétation<sup>431</sup>. Mais alors, puisque les normes sont ce que le juge dit qu'elles sont, un juge n'est un interprète habilité que

---

<sup>428</sup> PICARD, p. 81 s. Les tenants de la théorie réaliste ne s'y trompent pas : TROPER, *Pour une théorie*, p. 305.

On pourrait même ajouter que les « règles constitutives » et les règles ordinaires ne fonctionnent pas les unes sans les autres. Pour juger de la majorité d'une partie, il faut qu'un tribunal ait été constitué...

<sup>429</sup> HAMON, p. 493.

<sup>430</sup> MILLARD, *Théorie*, p. 96 ; PICARD, p. 49 s. V. ég. PIAGET, p. 307.

<sup>431</sup> MILLARD, *Théorie*, p. 96. V. ég. TROPER, *La liberté*, p. 33.

parce qu'il dit qu'il l'est<sup>432</sup>. Un peu comme Jean-Jacques ROUSSEAU dénonçant les fondements de la propriété, on pourrait dire, en pastichant le citoyen de Genève, que le premier juge fut « [l]e premier qui s'avisait de dire : « Je suis juge », et trouva des gens assez simples pour le croire »<sup>433</sup>. Autrement dit, un juge n'est un juge que par une sorte de « coup de force ». Cette idée est tout à fait recevable. Elle a néanmoins l'inconvénient d'être radicalement incompatible avec la théorie démocratique<sup>434</sup>. Il faut donc trouver un autre fondement aux normes que le juge lui-même. La théorie de la reconnaissance joue ce rôle.

**La nature du sentiment du juge.** – La théorie réaliste pose un autre problème indépendamment de la source du pouvoir de l'interprète. Si le juge fait des choix en opportunité (ne serait-ce que l'arbitrage entre deux méthodes d'interprétation aboutissant à des résultats divergents), la motivation du juge peut venir étayer n'importe quel choix, puisque l'interprétation est un acte de volonté et non un acte de connaissance. On peut alors soupçonner les juges de faire des choix librement, puis, dans un second temps seulement, de construire une motivation juridique à rebours du syllogisme. Et l'accusation est encore plus tentante quand le juge est confronté à des enjeux politiques importants, ce qui est particulièrement le cas du juge constitutionnel. La réponse consiste alors à recourir à l'argument de l'autolimitation des juges (*judicial restraint*)<sup>435</sup> et de s'en remettre à l'éthique des magistrats.

Un problème demeure toutefois qui est en même temps une brèche dans la théorie réaliste<sup>436</sup>. Les juges s'estiment en effet contraints *juridiquement*<sup>437</sup>. On peut rétorquer que ce n'est qu'une impression<sup>438</sup> ou qu'ils mentent. Laissons de côté l'hypothèse selon laquelle ils nous leurrent. Restons-en à l'idée que les juges ont le *sentiment* d'être liés par le droit.

---

<sup>432</sup> TROPER, *La liberté*, p. 34.

<sup>433</sup> La citation originale est : « Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisait de dire : « Ceci est à moi », et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile » (ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* [1755]).

<sup>434</sup> HAMON, p. 494 ss.

<sup>435</sup> *Supra* 2.2.2.

<sup>436</sup> HAMON, p. 491.

<sup>437</sup> AGUILA, p. 42 s.

<sup>438</sup> Georges VEDEL, cité par : TROPER, *La théorie du droit*, p. 87.

Les tenants de la théorie réaliste affirment que ce sentiment rend la proposition du juge « indécidable », dès lors que ce sentiment peut être exprimé alors même que la liberté du juge est plus grande que sa perception ne le lui laisse croire<sup>439</sup>.

On se heurte quoi qu'il en soit à une contradiction<sup>440</sup> que l'on avait déjà rencontrée dans la première partie : soit les arguments juridiques n'ont pas de force propre – ils ne sont que des mots – et alors on comprend mal pourquoi les juges se sentiraient contraints, soit les arguments juridiques ont un poids en tant que tels – ils ne sont pas que des mots – et alors on met à mal la théorie réaliste, puisqu'on doit admettre que le langage juridique pèse davantage que le langage ordinaire.

En dépit de ces constatations, on doit se montrer prudent face aux déclarations des juges, soit déclarant se sentir liés, soit se déclarant libres (moins nombreuses il est vrai). Toutes deux s'annulent et sont quoi qu'il en soit infalsifiables<sup>441</sup>. Il faudra donc trouver des explications qui, sans être obligatoirement extérieures à l'univers du juge, sont observables *objectivement*, dans les faits.

**Une conception trop étroite du pouvoir de réponse.** – Passons maintenant au pouvoir de réponse, censé (ré)concilier théorie réaliste et théorie démocratique. Il se heurte à la même difficulté. Si le pouvoir législatif (ou constituant) peut répondre au juge par l'adoption d'une norme, c'est que cette norme a une valeur intrinsèque. Nous y reviendrons en montrant que la contrainte existe bien, mais qu'elle est plus subtile<sup>442</sup>.

**Une théorie du droit ou une théorie de la force ?** – « La liberté de l'interprète provient [...] de sa capacité à produire des interprétations sans appel, qui s'imposent même lorsqu'elles vont contre la compréhension commune ou le langage ordinaire. »<sup>443</sup> La théorie réaliste, en niant la rigidité du droit, en ne retenant que les faits, devient une « théorie du

---

<sup>439</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 87.

<sup>440</sup> TMSIT, p. 37 s.

<sup>441</sup> *Supra* n. 376.

<sup>442</sup> *Infra* 0.

<sup>443</sup> TROPER, *La liberté*, p. 31. Nous soulignons.

pouvoir » ou « de la force »<sup>444</sup>. Elle court le risque de devenir moralement insoutenable<sup>445</sup>.

Ainsi, dans un État démocratique, si le juge suprême prenait des décisions *politiquement* inacceptables, il déclencherait des débats, des manifestations, voire des crises. Le juge doit ainsi s'appuyer sur des principes reconnus pour s'imposer. Autrement dit : *la théorie réaliste a démontré à satisfaction que le droit n'était pas (ne pouvait pas être) dans les textes, mais elle n'a pas suffisamment tenu compte de la rigidité, donc de l'existence, du droit.* La théorie de la reconnaissance le peut. Là où la théorie réaliste (peut-être dévoyée) finit par reconnaître les coups de force, l'anarchie ou la guerre civile (puisque l'interprétation valide est celle de l'interprète authentique, c'est-à-dire celui qui s'exprime en dernier ressort)<sup>446</sup>, la théorie de la reconnaissance légitime le jugement collectif à qualifier d'illégales certaines décisions du juge.

**Synthèse.** – La théorie réaliste est si peu opératoire qu'elle devient insatisfaisante. Sa force est de détacher le droit des supports textuels. Sa faiblesse est de ne pas tenir compte des attentes juridiques suscitées auprès des autres acteurs par la reconnaissance du droit. Il est temps de proposer une alternative.

## 2.4 LE JUGE COMME ACTEUR MICROPOLITIQUE

Le plan de ce chapitre peut être celui de son résumé : le juge est libre (*infra* 2.4.1), mais il est contraint – la contradiction n'est qu'apparente – (*infra* 2.4.2), comme l'est le législateur (*infra* 2.4.3).

Le juge est un acteur politique, libre de ses décisions. De fortes contraintes pèsent cependant sur lui, de sorte que sa marge de manœuvre, comme on le verra, est relativement limitée (elle est « micro »). C'est en cela que nous qualifions notre théorie de *micropolitique*.

<sup>444</sup> PICARD, pp. 53 et 73. L'auteur parle de « liquidation » ou de « dévastation » du droit (*id.*, *passim* not. p. 72). V. ég. MILLARD, *Quelques remarques*, p. 733.

<sup>445</sup> TROPER, sans doute emporté par la fougue de la démonstration, va jusqu'à qualifier de valide la décision par laquelle la Cour suprême du Pakistan a entériné le coup d'État du général MUSHARRAF en 1999 (TROPER, *La liberté*, p. 32 ; pour une critique : PICARD, p. 46 s.).

<sup>446</sup> PICARD, pp. 73 et 75.

### 2.4.1 Le juge est libre...

**Une théorie nécessairement médiane.** – Dans un premier temps, nous avons présenté (et tempéré) deux thèses extrêmes sur le rôle du juge. Nous allons maintenant en esquisser une troisième qui se situe à mi-chemin de chacune d'elles et tente même de les réconcilier. Nous voulons sortir de l'opposition, un peu stérile, entre la figure du juge « bouche de la loi » et celle du « gouvernement des juges »<sup>447</sup>. En effet, la théorie légaliste et la théorie réaliste ne sont pas acceptables dans leur forme « caricaturale et naïve »<sup>448</sup>.

Nous avons montré que la théorie légaliste, même atténuée, multiplie les artifices et les faux-semblants. Elle ne peut donc pas servir de point de départ. Certes, la doctrine contemporaine a renouvelé son approche de la question<sup>449</sup>. Cependant, elle fait, selon nous, encore trop référence à la textualité du droit (c'est-à-dire à un travail sur des textes). Après avoir « détaché [le texte] de son auteur » et l'avoir « libéré », pour lui permettre d'« acquérir de nouveaux sens qui varient selon les faits et les circonstances », il paraît difficile d'en appeler à la « fidélité au texte »<sup>450</sup>. Ces auteurs semblent soudain saisis par le vertige devant la brèche qu'ils viennent d'ouvrir et obligés de se raccrocher au texte.

La théorie réaliste en revanche part d'un point incontestable : une norme, que ce soit un texte ou une idée, ne peut pas à elle seule contraindre le juge. Il faut quelque chose d'autre, ne serait-ce que l'adhésion des juges à la théorie légaliste, pour que la norme ait un effet. La théorie réaliste est donc un meilleur point de départ pour une théorie médiane.

Il existe une vision intermédiaire entre la théorie légaliste et la théorie réaliste que l'on doit d'emblée écarter. Il s'agit de celle consistant à dire que « [l]a fonction sociale du droit et la crédibilité de l'ordre juridique sont beaucoup mieux assurées [...] par un juge qui croit au maximum de contraintes dans l'accomplissement de sa mission que par celui qui croi-

---

<sup>447</sup> CHEVALLIER, *Les interprètes*, p. 273.

<sup>448</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 86.

<sup>449</sup> Pour une présentation de ces développements : WERRO, art. 1 CC n° 10 ss. L'auteur renvoie aux contributions d'AMSTUTZ, TORRIONE, WALTER, SCHUBARTH, WIPRÄCHTIGER et MOOR auxquelles nous nous référons également.

<sup>450</sup> WERRO, art. 1 CC n°s 13, 20 et 21.

rait à un maximum de liberté »<sup>451</sup>. Autrement dit, le mythe du syllogisme serait moins dangereux que le mythe du gouvernement des juges. Cette explication doit être écartée car elle revient à valider la théorie réaliste tout en étayant les appréhensions qu'elle suscite.

**Vers une réconciliation des théories légaliste et réaliste.** – Selon nous, les deux théories ne sont pas contradictoires – leur incompatibilité n'est qu'une apparence – car elles ne se situent pas sur le même plan<sup>452</sup>. Comme le dit Pierre MOOR, la théorie légaliste ne rend pas compte de la liberté du juge et la théorie réaliste, même modérée, ne tient pas suffisamment compte des contraintes<sup>453</sup>. Une théorie médiane doit donc dépasser le clivage entre une vision « normative » et une vision « institutionnelle »<sup>454</sup>. Le juge joue un rôle, essentiel et méconnu, mais il est encadré par un « ordre-cadre »<sup>455</sup>, fait de diverses contraintes (qu'il contribue, avec le constituant et le législateur, à fabriquer).

**Le juge, un acteur fondamentalement libre.** – *Selon la théorie micro-politique, le juge est fondamentalement libre (c'est un acteur politique), notamment lorsque sa position institutionnelle est telle que ses décisions sont insusceptibles de recours. Le juge peut alors donner à son interprétation des effets dans l'ordre juridique quel que soit son contenu, même si cette interprétation va à l'encontre du sens commun ou de la volonté du législateur.*

Pour le dire autrement, l'argument de la séparation entre législation et application, entre législateur et juge, se heurte à une difficulté logique. « [N]'importe quel processus de construction normative est d'abord un discours sur la norme, dont le matériau ne présente aucune teneur particulière qui lui permettrait d'être soustrait aux jeux plus ou moins aléatoires de l'argumentation et de l'interprétation. »<sup>456</sup> En effet, si la déci-

<sup>451</sup> Georges VEDEL, cité par : TROPER, *La théorie du droit*, p. 86.

<sup>452</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 91.

<sup>453</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 9 ss. L'auteur raisonne sur la base des métaphores de Kelsen (la pyramide des normes) et de DWORKIN (le roman écrit à la chaîne, chaque juge pouvant librement écrire l'histoire juridique là où son prédécesseur s'est arrêté).

<sup>454</sup> LE DILLEVEC, p. 4. L'auteur raisonne sur la base de la constitution, mais son approche peut être généralisée au droit dans son ensemble.

<sup>455</sup> Nous empruntons ce terme à : LE DILLEVEC, not. p. 10 ss.

<sup>456</sup> JOBERT, p. 157.

sion du législateur sur un sujet donné est par nature politique, on voit mal comment la décision du juge sur un même objet ne serait pas, elle aussi, politique<sup>457</sup>. Les décisions des juges constitutionnels produisent des effets politiques : au sens large, elles ont un impact sur la vie de la cité ; au sens strict, elles peuvent donner lieu à des réactions politiques (débat parlementaires, modifications de lois, voire de la constitution). Elles sont donc politiques.

### 2.4.2 ... mais le juge est contraint...

Trois types de contraintes pèsent sur le juge : la contrainte de réponse (*infra* 2.4.2.2), la contrainte d'argumentation (*infra* 2.4.2.3) et la contrainte de coercition (*infra* 2.4.2.4). Commençons par décrire ce qu'est une contrainte (*infra* 2.4.2.1).

#### 2.4.2.1 La notion de contrainte

**Définition de la contrainte.** – Nous arrivons au cœur de notre sujet. Si le droit n'est pas une application mécanique de textes et s'il n'est pas non plus le produit de la liberté du juge<sup>458</sup>, c'est que le juge est soumis à quelque chose qui n'est pas une causalité<sup>459</sup> ni un déterminisme. Ce quelque chose s'appelle une *contrainte*.

Une contrainte est « une situation de fait qui conduit l'acteur à adopter un comportement en raison de la configuration du système »<sup>460</sup>. La contrainte est un fait objectif (et non pas une norme)<sup>461</sup> qui réduit les choix possibles de l'acteur : il aurait agi différemment sans contrainte ; il au-

---

<sup>457</sup> AUBERT, *Observations*, n° 32. V. ég. TROPER, *Le pouvoir*, p. 5 ss ; *id.*, *Pour une théorie*, p. 100.

<sup>458</sup> Il peut y avoir ici rencontre entre la vision politiste et la vision juridique réaliste.

<sup>459</sup> LE DILLEVEC, p. 7 s.

<sup>460</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 12 ss. Les auteurs ajoutent « juridique » après « système ». Logique dans leur théorie, cet adjectif ajouterait de la confusion dans la nôtre.

<sup>461</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 13 s. Contrairement aux auteurs, nous pensons que le plus important est de saisir la présence de la contrainte ; sa nature, en particulier sa part de juridicité, importe peu.

rait pu agir semblablement, mais pour d'autres motifs<sup>462</sup>. La contrainte est subie par un acteur du système juridique<sup>463</sup>, le juge en l'occurrence.

**Pourquoi une approche juridique des contraintes est nécessairement insuffisante.** – La théorie réaliste qui est notre point de départ admet – on l'a dit – l'existence de contraintes pesant sur le juge<sup>464</sup>. Son but était cependant de chercher une théorie « purement juridique »<sup>465</sup> des contraintes. Or, cela se heurte à deux difficultés<sup>466</sup>.

D'une part, la théorie réaliste affirme que le juge n'est jamais contraint. La théorie des contraintes est donc un pis-aller pour expliquer la régularité du juge, mais qui correspond mal à la prémisse.

D'autre part, la théorie juridique des contraintes refuse d'intégrer des explications causales (psychologiques, sociologiques ou politiques). La théorie des contraintes juridiques se heurte donc à la même difficulté que la théorie réaliste elle-même : soit les contraintes sont juridiques et alors le juridique a un poids, donc la théorie réaliste est fautive, soit les contraintes sont non juridiques et la théorie réaliste ne peut pas être purement juridique<sup>467</sup>. En ne parvenant pas à se détacher du projet normativiste (faire une théorie « pure » du droit), la théorie des contraintes juridiques s'handicape inutilement<sup>468</sup>. Elle renonce à saisir le phénomène juridique dans toute sa complexité<sup>469</sup>. Comme nous l'avons montré, le droit et la politique sont entremêlés. Dès lors, *une théorie des contraintes doit comprendre une dimension politique*, comme toute théorie du droit.

<sup>462</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 14 ; GRZEGORCZYK, p. 40.

<sup>463</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 15 s.

<sup>464</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 16 ss ; GRZEGORCZYK, p. 33 ss.

<sup>465</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 11 ss.

<sup>466</sup> PFERSMANN, *Critique*, p. 124 ; PICARD, p. 76 s.

<sup>467</sup> Not. PFERSMANN, *Critique*, p. 123 ss ; TIMSIT, p. 31 ss not. p. 37.

<sup>468</sup> PICARD, p. 77 ss. On peine en effet à voir la spécificité des « contraintes juridiques » par rapport aux autres contraintes (psychologiques, idéologiques, politiques au sens large). Toutes sont « matérielles ». V. ég. ELSTER, *passim*. L'auteur préfère une approche économique en termes de « coûts » pour le juge de ne pas faire droit aux attentes des autres acteurs.

<sup>469</sup> FRANÇOIS, *Une théorie*, p. 170.

Quoi qu'il en soit, sous réserve de la question (finalement secondaire) de la nature des contraintes, les autres éléments de la théorie des contraintes juridiques peuvent être repris ici.

**Les contraintes factuelles et les sanctions juridiques.** – Les contraintes qui pèsent sur le juge n'ont pas le même sens que la contrainte qui, dans la théorie juridique classique, est censée assurer l'effectivité du droit<sup>470</sup>. Il s'agit alors de la contrainte comme « recours à la force »<sup>471</sup>. D'une part, la contrainte qui pèse sur le juge est plus feutrée. (Aucun pandore n'attend devant le Tribunal fédéral pour contraindre les juges fédéraux à quoi que ce soit !) D'autre part, elle est moins formalisée. (Aucun texte ne la prévoit.)

La contrainte n'est pas une obligation (au sens juridique), ainsi que le révèle l'exemple bien connu du gangster : sa victime est contrainte de lui remettre son argent, mais il n'y a pas pour autant d'obligation juridique de le faire<sup>472</sup>.

La contrainte n'est pas non plus le sentiment d'être contraint<sup>473</sup>. La contrainte n'a en effet rien à voir avec la subjectivité du juge. Les considérations psychologiques qui influencent les décisions des juges sont ici hors de propos<sup>474</sup> comme nous l'avons déjà dit.

**L'intensité des contraintes.** – L'intensité des contraintes peut varier<sup>475</sup>. Certaines contraintes peuvent laisser au juge les moyens de sa « politique jurisprudentielle ». À l'intérieur de ces contraintes, le juge dispose d'une marge de manœuvre totale.

**La récurrence des contraintes.** – L'activité judiciaire est très largement routinière. Dans l'immense majorité des cas, le jugement « va de soi », lorsque le droit-contrainte a dépolitisé<sup>476</sup>. Il n'y a donc pas de

---

<sup>470</sup> JESTAZ, p. 25 ss. L'auteur admet que la contrainte n'est pas « rigoureusement indispensable »...

<sup>471</sup> JESTAZ, p. 26. L'auteur distingue la contrainte directe (la force brutale), indirecte (l'organisation juridique) ou préventive (l'application spontanée).

<sup>472</sup> GRZEGORCZYK, p. 26.

<sup>473</sup> GRZEGORCZYK, p. 27 s.

<sup>474</sup> GRZEGORCZYK, p. 27.

<sup>475</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 21.

<sup>476</sup> *Supra* 1.3.

contrainte, sinon de manière sous-jacente, très effacée. Les juges ont en effet largement intériorisé la théorie légaliste, de sorte qu'ils ne cherchent pas *a priori* le conflit avec les autres acteurs. Les contraintes se manifestent dans les *hard cases* (pour reprendre le vocabulaire de Ronald DWORKIN) c'est-à-dire dans les cas difficiles dans lesquels finalement la charge politique demeure importante.

Venons-en maintenant à une *typologie des contraintes* qui pèsent sur le juge.

#### 2.4.2.2 La contrainte de réponse

Le juge ne peut pas choisir sa cause et, une fois saisi, il *doit* statuer<sup>477</sup>. Le droit peut être défini comme « une forme de pouvoir social fondée sur un accord de non-recours à la force et érigée en système »<sup>478</sup>. Ainsi, au cœur de la promesse de la société gouvernée par le droit, il y a l'idée d'un juge doté d'une compétence exhaustive (il y a toujours un juge) et exclusive (il n'y a qu'un juge)<sup>479</sup>. À défaut, la porte serait ouverte à la justice privée<sup>480</sup>. Si le juge refusait de répondre, les justiciables se détourneraient de lui et il perdrait alors sa position. Autrement dit, si le projet de société qui est le nôtre est le non-recours à la « force sauvage » pour régler nos différends, *il faut* qu'une instance officielle accepte de s'en saisir<sup>481</sup>. C'est une situation de fait, qui se mêle à une dimension stratégique.

Au passage, nous pouvons tordre le cou à la formule « gouvernement des juges ». Cette dernière est fautive, non pas parce que le juge serait vraiment « soumis au droit », mais parce que la notion de gouvernement implique un objectif et une trajectoire pour l'atteindre<sup>482</sup>. Or, le juge n'est pas maître de son œuvre, car il est saisi par un tiers. Il n'est pas en

---

<sup>477</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 143 ss.

<sup>478</sup> JESTAZ, p. 5. V. ég. *id.*, p. 27. Nous soulignons.

<sup>479</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 178 s. L'auteur propose une troisième composante (la hiérarchie) que nous analyserons sous l'angle de la contrainte systémique.

<sup>480</sup> D'ailleurs, le système juridique connaît la figure du déni de justice formel (v. ég. la contrainte de coercition).

<sup>481</sup> JESTAZ, p. 10.

<sup>482</sup> TROPER, *Le bon usage*, p. 56 s.

mesure de donner à ses décisions la cohérence d'un programme gouvernemental.

#### 2.4.2.3 La contrainte d'argumentation

**En général.** – Le juge *doit* motiver ses décisions<sup>483</sup>, contrairement au citoyen ou au parlementaire<sup>484</sup>. Le juge ne doit pas se motiver parce que le droit d'être entendu l'exige ou parce qu'une loi d'organisation judiciaire le prescrit<sup>485</sup>. C'est la configuration des choses qui l'y oblige.

D'abord, le juge, lorsqu'il est membre d'un collège, *doit* persuader ses collègues<sup>486</sup>. Comme la décision résulte d'une délibération, le tribunal ne pourrait pas accepter la position d'un juge qui ne motiverait pas son choix ; sa voix ne compterait pas<sup>487</sup>. Là est la contrainte.

Ensuite, le juge (ou le collège judiciaire) va formuler le raisonnement qui l'aura emporté. Un greffier va rédiger le jugement<sup>488</sup>. Ce sont les « considérants » d'un arrêt. Cette explication va se diffuser à l'extérieur du tribunal : les arrêts de principe sont publiés dans un Recueil officiel (ATF)<sup>489</sup>. Soumis au regard extérieur, le juge aura donc à cœur d'expliquer et de s'expliquer<sup>490</sup>. La capacité du juge à convaincre son

---

<sup>483</sup> En faisant nôtre la contrainte d'argumentation, nous nous rapprochons, mais sans les rejoindre, des anti-formalistes (not. DWORKIN) qui font du droit un ensemble de principes implicites découverts par le juge (FRYDMAN / HAARSCHER, p. 90 ss ; BRUNET, *Irrationalisme*, p. 208).

<sup>484</sup> Cep. *infra* 3.2.3.1.

<sup>485</sup> TROPER, *Pour une théorie*, p. 343 s.

<sup>486</sup> PASQUINO, *Contraintes*, p. 178 s. V. ég. MOOR, *Dynamique*, p. 269. On doit ici signaler un ouvrage sans égal sur le fonctionnement interne des magistrats et les rapports entre eux : SCHNAPPER, *passim* (à propos du Conseil constitutionnel français).

<sup>487</sup> PASQUINO, *Le principe*, p. 14. On renvoie également aux travaux de Philippe URFALINO sur les décisions collectives : URFALINO, *La délibération*, p. 99 ss ; *id.*, *La décision*, p. 47 ss ; *id.*, *L'esprit*, p. 199 ss.

<sup>488</sup> BEUSCH, n<sup>os</sup> 2 et 5.

<sup>489</sup> Art. 27 LTF et 58 RTF ; TSCHÜMPERLIN, n<sup>o</sup> 5 ss.

<sup>490</sup> La théorie réaliste qualifiait de « contrainte au sens faible » la contrainte de motivation. Ses critiques se croient autorisées à formuler un contre-argument ainsi : la collégialité et l'existence de motivation sont des prescriptions qui découlent de textes normatifs (PICARD, p. 86). Nous ne pouvons pas adhérer à cette critique. Même en l'absence d'une norme prévoyant une organisation en collège – on pourrait imaginer que le nombre de juges fédéraux ne soit inscrit nulle part – ou prescrivant la motivation – aucune disposition de la LTF ne prescrit que les arrêts du TF sont motivés – le juge ne pourrait pas se taire ; il devrait argumenter pour convaincre ses collègues.

auditoire dépend de sa motivation (de son argumentation). Et la juridicité (c'est-à-dire la reconnaissance) dépendra de cette capacité.

**Les composantes de la contrainte argumentative.** – La contrainte argumentative comprend plusieurs dimensions<sup>491</sup> :

Dimension	Description
Écriture	Puisque le juge doit argumenter, il <i>doit</i> utiliser le langage (écrit) pour s'exprimer ; il <i>doit</i> s'exprimer clairement et intelligiblement et, pour cela, recourir à des mots et respecter les règles de la grammaire, de la syntaxe, de la sémantique, sans quoi il ne serait ni compris ni obéi.
Rationalité (ou crédibilité) <sup>492</sup>	<p>La rationalité est une conduite cohérente, voire optimale, par rapport aux buts poursuivis. Ici sont en jeu les valeurs sociales dominantes (attentes sociales<sup>493</sup>) et la culture juridique des acteurs (contraintes corporatives)<sup>494</sup>.</p> <p>Là où le champ social est très structuré et où les attentes des acteurs (lecteurs) sont fortes, une contrainte importante pèse sur le juge. En soi, le juge pourrait s'écarter de ce sens (puisque il en est l'interprète en dernier ressort), mais, s'il le faisait, sa crédibilité serait mise en cause (v. la contrainte de coercition).</p>
Cohérence	L'itérabilité du droit lui donne une structure contraignante : le juge doit se comporter d'un cas à l'autre d'une manière qui doit paraître semblable <sup>495</sup> . La contrainte de cohérence peut émaner de l'acteur lui-

<sup>491</sup> V. ég. TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER, § 29 n° 12.

<sup>492</sup> La littérature a pu parler de contrainte « axiologique » (CHEVALLIER, *Les interprètes*, p. 275).

<sup>493</sup> Certains parlent d'une « contrainte sociale » à part entière : CHEVALLIER, *Les interprètes*, p. 275. V. ég. AGUILA, p. 45.

<sup>494</sup> V. ég. MOOR, *Dynamique*, p. 296.

<sup>495</sup> WERRO, art. 1 CC n° 13 ; PIAGET, p. 298. V. ég. AMSTUTZ, *Ouroboros*, *passim*.

Dimension	Description
	<p>même. Une fois que le juge a adopté une pratique, il <i>doit</i> s'y tenir<sup>496</sup>. Sinon, il doit expliquer avec d'autant plus de soin pourquoi il change sa pratique. (On appelle cela un revirement de jurisprudence.)</p> <p>Son autorité est d'autant plus grande qu'il se conforme aux principes qu'il a établis antérieurement : s'il veut avoir le pouvoir de modifier le comportement d'autrui, un juge devra être prévisible (et non arbitraire), afin que les justiciables calquent leur comportement sur la réaction anticipée du juge<sup>497</sup>.</p>

**Légende :** Ce tableau présente les trois dimensions de la contrainte argumentative.

**La place des méthodes d'interprétation dans la théorie des contraintes.** – Le travail du juge ne serait-il qu'un leurre ? Certes, plus souvent qu'il ne l'affirme, sa méthode est plus inductive (du particulier au général) que déductive (du général au particulier)<sup>498</sup>. Assurément vraie pour ce qui est du droit développé par le juge (devant une lacune), cette constatation peut être généralisée dans la mesure où *chaque cas concret participe du processus d'actualisation du droit*<sup>499</sup>.

Il faut aller plus loin. L'argumentation est quoi qu'il en soit l'accomplissement d'une tâche intellectuelle discursive<sup>500</sup>, dans laquelle chaque élément doit être autoréférentiellement limité. On peut dès lors proposer certains « schémas argumentatifs »<sup>501</sup> ou une « police formelle

<sup>496</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 22 ; GRZEGORCZYK, p. 33 ; MEUNIER, p. 196 s. À la limite, les acteurs vont renoncer à saisir le juge pour éviter une « densification du réseau de contraintes » (POIRMEUR, p. 18). Ainsi, lorsque le TF consacrait un « droit constitutionnel non écrit », il était prêt à le reconnaître au-delà du seul cas dans lequel il le reconnaissait la première fois.

<sup>497</sup> TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 15.

<sup>498</sup> CHIARIELLO, not. p. 417 ; FRANÇOIS, *Du juridictionnel, passim*.

<sup>499</sup> CHIARIELLO, p. 430 s.

<sup>500</sup> TORRIONE, p. 295.

<sup>501</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 271 ss.

des arguments »<sup>502</sup> (qui ne sont pas sans rappeler les méthodes d'interprétation précédemment présentées) :

- l'intratextualité repose sur les significations lexicales et syntaxiques (interprétation littérale) ;
- l'intertextualité repose sur le sens d'un texte codéterminé par un autre texte (interprétation systématique) ;
- l'hypertextualité repose sur la jurisprudence déjà rendue (on ajoutera volontiers la doctrine comme fondement) ;
- la paratextualité repose sur les travaux préparatoires (interprétation historique) ;
- la métatextualité repose sur les concepts connus du juge en dehors de tout texte.

On (re)donne ainsi leur juste place aux méthodes d'interprétation reconnues par la théorie légaliste, c'est-à-dire celle d'arguments, d'outils de persuasion, fondés sur une rationalité propre (le texte, le but, l'histoire, le système)<sup>503</sup>. En ce sens, et pour faire le lien avec la première partie de notre étude, on peut dire que *les méthodes d'interprétation sont des instruments d'établissement et de mesure*<sup>504</sup> *de la reconnaissance du droit*<sup>505</sup>. Ce sont autant d'outils à la disposition du juge pour établir quelles sont les règles qu'il devra retenir pour échapper à la contrainte. Les arguments historique et téléologique en particulier sont très utiles pour ce faire. Au passage, nous pouvons ici réconcilier les approches légaliste et réaliste en disant que la première est prescriptive (devoir être) et la seconde descriptive (être) : *le juge micropolitique est libre*

---

<sup>502</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 160.

<sup>503</sup> Les tenants de la théorie réaliste affirment également que la hiérarchie des normes est respectée *en fait* par les juges ou qu'il existe une contrainte de respecter le sens de l'énoncé (PICARD, pp. 74 et 76), mais il s'agit de stratagèmes pour « sauver » leur théorie. Pour nous, les méthodes ne sont plus disqualifiées, mais requalifiées.

<sup>504</sup> Encore une fois, la reconnaissance peut être antérieure (mesure) ou postérieure (établissement) à l'édition du texte normatif.

<sup>505</sup> Pour PIAGET, les méthodes pourraient être un moyen « d'observer les attentes normatives » de la communauté (PIAGET, p. 307 et les références citées). Sur la pertinence des méthodes d'interprétation : CHIARIELLO, p. 412 ss.

(*théorie réaliste*), mais, soumis à la contrainte d'argumentation, il doit recourir à des méthodes (*théorie légaliste*)<sup>506</sup>.

D'une manière plus générale, Hans Peter WALTER voit la qualité de l'argumentation dans la rigueur, la distance, l'objectivité, l'intelligibilité en ce qui concerne le contenu et la langue, l'encrage de la motivation dans l'état de fait, l'arbitrage fondé sur une discussion juridique et l'inscription du jugement dans le champ social<sup>507</sup>. En substance, Élisabeth CHIARIELLO voit le travail du juge fondé et limité par les principes institutionnels de l'indépendance de la justice et de la séparation des pouvoirs, par les principes matériels de l'égalité devant la loi ou la sécurité du droit ou encore par les exigences démocratiques de publicité et d'acceptabilité (*konsensfähig*) du travail du juge<sup>508</sup>.

L'analyse des schémas argumentatifs est un sujet en soi, de sorte que nous ne nous étendrons pas davantage.

**Exemple.** – Les critères retenus par le Tribunal fédéral pour la reconnaissance de droits constitutionnels non écrits (élément constitutif de l'ordre juridique suisse, longue pratique dans le droit cantonal, reconnaissance par la pratique et la doctrine<sup>509</sup>) sont des éléments qui permettent d'établir ou de mesurer la reconnaissance de ces droits par les lecteurs.

**Les lecteurs du juge.** – Qui sont finalement les auteurs de la reconnaissance du droit ? Le juge a des lecteurs<sup>510</sup> qui expriment leurs convergences et leurs divergences avec les décisions judiciaires et donc avec l'élaboration progressive du droit<sup>511</sup>. Présentons ces lecteurs.

---

<sup>506</sup> Les légalistes rappellent aux réalistes que la théorie du droit dit ce que le juge est censé faire, non ce qu'il fait (HAMON, p. 491).

<sup>507</sup> WALTER, *Richtiges Recht*, n° 14 ss.

<sup>508</sup> CHIARIELLO, p. 369 ss.

<sup>509</sup> CHIARIELLO, p. 17 ss not. p. 32 s. V. ég. n. 206.

<sup>510</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 292 ; *id.*, *Pour une théorie*, p. 161.

<sup>511</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 217 ss. V. ég. CHEVALLIER, *Les interprètes*, p. 274.

Cercle des lecteurs <sup>512</sup>	Description
Lecteurs <i>authentiques</i> (les autres juges)	Le juge, quand il appartient à un collège juridictionnel, doit tout d'abord convaincre ses collègues <sup>513</sup> .
Lecteurs <i>destinataires</i> (les parties à l'instance)	Les parties reçoivent un jugement et sa motivation. Sur cette base, elles décideront en particulier de faire recours contre cette décision (avant la dernière instance).
Lecteurs <i>autorisés</i> (les membres de la communauté juridique)	Les membres de la communauté juridique vont disserter sur le jugement. Les juges des autres juridictions et les juristes actifs dans le domaine concerné, etc.) auront une opinion. La doctrine, qui joue un rôle essentiel dans la formation du droit, commentera (et critiquera) les décisions des tribunaux (chroniques, articles, colloques, etc.).
Lecteurs <i>communs</i> (la société en général)	Les partis politiques, les syndicats, les médias, etc. vont évaluer les jugements de manière plus ou moins polémique. Ceux-ci peuvent ensuite « repolitiser » le débat.
Lecteurs « réacteurs » (le législateur ou le constituant)	Le pouvoir politique peut « réagir » en manifestant son opposition à la décision du juge. On pense en particulier au changement de la loi ou de la constitution.

**Légende : Ce tableau présente chaque type de lecteur du plus proche au plus éloigné du juge.**

<sup>512</sup> BAUMANN, p. 159. Nous complétons au besoin et nous renommons les lecteurs. Par ailleurs, BAUMANN met sur le même plan les autres juges et le législateur. MOOR est plus hésitant et moins systématique (cep. MOOR, *Pour une théorie*, pp. 218 et 221 ss ; *id.*, *Dynamique*, pp. 90 et 131 s.). Sur les appellations des lecteurs : MOOR, *Pour une théorie*, p. 194. V. ég. WALTER, *Richtiges Recht*, n° 8 ss.

<sup>513</sup> Sur cette question : MOOR, *Dynamique*, p. 130 s. Par ailleurs, certains ordres juridiques autorisent les juges à publier une *dissenting opinion* remettant en cause la décision de leurs collègues ou sa motivation.

Les lecteurs forment des *cercles concentriques* autour du juge. En effet, on peut classer les lecteurs selon la proximité qu'ils ont avec le juge. Les lecteurs « authentiques » sont au cœur de la décision, alors que les lecteurs « réacteurs » n'ont aucun lien *a priori* ni avec le juge ni avec le contentieux qu'il tranche.

**Le juge et ses lecteurs dans le cas suisse.** – Prenons deux exemples. En Suisse, la relation des juges (ici au sens organique) avec les partis politiques est une question sensible et problématique<sup>514</sup>. D'une part, les juges sont élus par des autorités politiques (Assemblée fédérale, Grands Conseils)<sup>515</sup> et l'appartenance à un parti politique est l'une des conditions de fait d'éligibilité<sup>516</sup>. D'autre part, les juges doivent verser une contribution régulière à « leur » parti<sup>517</sup>. La question du « clientélisme » et du « trafic d'influence »<sup>518</sup> peut se poser<sup>519</sup>. Sans entrer ici dans les détails, retenons qu'avant même que la question de la lecture des jugements par la politique se pose, notre système crée sciemment des liens étroits entre la politique et le juge.

S'agissant du regard que porte la société sur l'institution judiciaire (toujours au sens organique), on signalera deux études récentes. Selon l'une d'elle, le Tribunal fédéral jouit en 2010 de la confiance de 72 % de la population, soit davantage que le Parlement ou le Conseil fédéral (entre 62 et 64 %), celle-ci s'étant même accrue (+ 14 % depuis 1995)<sup>520</sup>. La défiance semble être toutefois plus grande auprès des jeunes<sup>521</sup>.

**Un retour au jusnaturalisme ?** – Une critique très forte de l'approche du droit par son argumentation (approche anti-formaliste) consiste à dire que l'on part de la position positiviste (on cherche un droit « pur ») pour

<sup>514</sup> Not. ALBRECHT, n° 2 ss.

<sup>515</sup> P.ex. art. 168 Cst. ou art. 103 al. 1 let. c) à e) Cst./FR. V. ég. FAVRE, *Le juge*, p. 52 ; SEILER, *Richter*, n° 1 ss.

<sup>516</sup> KÁLIN / ROTHMAYR, p. 183.

<sup>517</sup> QUELOZ, n°s 26 et 32 ss.

<sup>518</sup> QUELOZ, n° 43.

<sup>519</sup> Nous ajoutons que la question est davantage celle du financement de la vie politique que l'indépendance de la justice. Pour un avis rassurant : SEILER, *Richter*, n° 1 ss. Moins confiant : ALBRECHT, n° 23.

<sup>520</sup> CREDIT SUISSE / GFS.BERN, p. 27 s. V. ég. SZVIRCSEV TRESCH / WENGER / WÜRMLI / BISIG, pp. 9, 19 s., et 96. Cette dernière étude arrive aux mêmes conclusions.

<sup>521</sup> FONDAPOL, p. 71.

aboutir à une position jusnaturaliste (on fonde le droit sur des principes, une morale ou une raison préexistante que le juge et sa motivation mettraient au jour)<sup>522</sup>. L'approche réaliste permet – il est vrai – le retour de la philosophie morale<sup>523</sup>. Le juge, conscient de sa liberté (et de sa responsabilité), peut ainsi trouver la « bonne » solution. On retournerait alors vers une sorte de jusnaturalisme en postulant qu'il existe une solution « bonne »<sup>524</sup>. Il s'agit toutefois d'une erreur de perspective. *La motivation n'a pas pour objet de découvrir une solution juste ; elle a pour unique but d'emporter la conviction du lecteur*. Dire que le juge doit donner « l'illusion que la conclusion finale est nécessaire » et qu'il faut pour cela que « la couture soit bien faite »<sup>525</sup> n'est pas cynique. C'est au contraire admettre que le droit est un exercice dialectique, un exercice de persuasion, qui s'inscrit parfaitement dans le jeu de la délibération<sup>526</sup>. Autrement dit, la théorie micropolitique est tout à fait compatible avec la théorie démocratique.

**Synthèse.** – La formule qui résume le mieux l'exigence qui est celle du juge s'agissant de l'argumentation, nous l'empruntons à Pierre MOOR, quand il écrit que « il ne s'agit pas seulement de trouver un sens raisonnable au texte normatif : il s'agit bien plutôt, grâce à l'élaboration d'un sens raisonnable du texte, de donner un sens raisonnable au jugement »<sup>527</sup>. Donner un sens raisonnable au texte serait adhérer, au moins partiellement, à la théorie légaliste. Trouver un jugement raisonnable serait au contraire faire sienne la théorie réaliste. *Dégager un jugement raisonnable à l'aide de l'argumentation, dans un jeu de circulation*<sup>528</sup>,

---

<sup>522</sup> *Supra* n. 212.

<sup>523</sup> TROPER, *La philosophie*, p. 20. Il est ainsi grotesque de critiquer le positivisme sous prétexte qu'un positiviste peut considérer le droit nazi comme un droit à part entière. On peut très bien affirmer que le droit nazi est un droit, tout en condamnant radicalement et sans la moindre concession ses fondements et ses effets. On peut décrire une norme sans recommander d'y obéir (MILLARD, *Quelques remarques*, p. 727).

<sup>524</sup> BRUNET, *Irrationalisme*, p. 210. À la limite, l'interprétation (re)devient un acte de connaissance, alors que l'interprétation comme acte de volonté est précisément le point de départ de la théorie réaliste (PICARD, p. 70 s.).

<sup>525</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 292.

<sup>526</sup> ZURN, *passim*.

<sup>527</sup> MOOR, *Pour une théorie*, p. 213. Nous réitérons nos réserves quant à la référence aux textes.

<sup>528</sup> BAUMANN, p. 159 ss.

*de rétroaction, de dialogue avec les différents lecteurs, dont il s'agira d'emporter la conviction, telle est la vraie mission du juge.*

#### 2.4.2.4 La contrainte de coercition

**En général.** – La contrainte de coercition (ou systémique, institutionnelle)<sup>529</sup> résulte de la position institutionnelle de l'acteur<sup>530</sup>. Elle vient des autres acteurs, en fonction de leur rapport avec le juge<sup>531</sup>.

Michel CROZIER et Erhard FRIEDBERG ont développé une approche stratégique du jeu des acteurs. Ils ont mis en évidence un jeu d'intérêts et de contraintes que l'on peut aisément appliquer aux politiques jurisprudentielles<sup>532</sup>.

Leur idée est que les acteurs (les juges dans notre étude) cherchent à maximaliser leur intérêt. Les acteurs, à l'intérieur des contraintes que leur impose le système, « disposent d'une marge de liberté qu'ils utilisent de façon stratégique dans leur interaction avec les autres »<sup>533</sup>. L'interaction entre le juge, le législateur, le constituant, la doctrine et la société (ses lecteurs) génère inévitablement des conflits. Chaque acteur va jouer avec les marges de manœuvre dont il dispose. Il « s'orientera tout naturellement vers la manipulation de la prévisibilité de son propre comportement et de celui d'autrui »<sup>534</sup>. En d'autres termes, pour les uns, il s'agit, avec les moyens disponibles, de créer des contraintes pour les autres acteurs, tout en préservant leurs propres intérêts. Pour les autres, il s'agit d'éviter les contraintes posées par les autres acteurs. Dans le domaine juridique, le juge va chercher à éviter les réactions des autres acteurs institutionnels (juridictions supérieures, législateur, constituant), tout en posant lui-même des contraintes aux autres acteurs. Ainsi, chaque fois que le juge pose un nouveau principe juridique, une con-

---

<sup>529</sup> On peut très bien saisir cette contrainte par une approche économique. La contrainte devient alors un « coût » que le juge doit accepter de supporter (ESLTER, pp. 117 et 120 s.).

<sup>530</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 18.

<sup>531</sup> CHAMPEIL-DESPLATS / TROPER, p. 22 ; GRZEGORCZYK, p. 33 ; TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 196 s. ; *id.*, *Pour une théorie*, p. 343.

<sup>532</sup> Pour une telle approche : BONNET, n° 846 ss.

<sup>533</sup> CROZIER / FRIEDBERG, p. 30.

<sup>534</sup> CROZIER / FRIEDBERG, p. 72.

trainte nouvelle pèse sur le législateur. (C'est que l'on a appelé l'effet prophylactique de la jurisprudence<sup>535</sup>.)

Une analyse détaillée nous emmènerait trop loin. Nous pouvons en revanche donner quelques exemples typiques s'agissant ici du juge au sens organique (mais on pourrait en trouver pour tous les juges au sens fonctionnel) :

- La hiérarchie des juridictions : les décisions des juges sont soumises au contrôle de juridictions supérieures par la voie du recours. Le juge anticipe le jugement que portera la juridiction supérieure sur ses propres décisions, ce qui constitue une contrainte.
- La haute surveillance : permet à l'Assemblée fédérale de vérifier que les tribunaux fédéraux s'acquittent normalement de leurs fonctions (art. 169 Cst.). Elle ne surveille pas leur jurisprudence, mais vérifie par exemple que les procès en cours sont réglés dans un temps raisonnable<sup>536</sup>. Le juge est soumis aux réactions de l'autorité de surveillance (v. ci-dessous). En ce sens, la haute surveillance est le prélude aux autres réactions institutionnelles.
- La réélection (ou la menace de non-réélection)<sup>537</sup> : le juge détient un mandat électif qui peut ne pas être renouvelé. La menace peut suffire<sup>538</sup>. On assimilera à cette contrainte d'autres formes de coercition (carrière des juges, sanction personnelle ou financière, blâme, destitution, etc.)<sup>539</sup>.
- La révision législative ou constitutionnelle : le législateur peut modifier le support normatif (la loi ou la constitution).

Examinons ici plus en détails deux des exemples que nous venons de signaler.

**La hiérarchie des recours.** – Si le juge supérieur infirme le jugement d'un juge inférieur, il n'y a pas divergence d'opinion, mais erreur du

<sup>535</sup> *Supra* 2.1.1.

<sup>536</sup> AESCHLIMANN, p. 4 ss ; SCHWEIZER, *Die Oberaufsicht*, p. 4 ss ; SEILER, *Fragen*, p. 281 ss ; SEILER, *Oberaufsicht*, p. 11 ss ; TOBLER, p. 16 ss ; WURZBURGER, p. 11 ss.

<sup>537</sup> KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 286 ; *id.*, *Sind Richter... ?*, p. 40.

<sup>538</sup> MARTY, n° 1 ss. À ce titre, l'art. 121 al. 2 Cst./FR prévoit que le mandat est juge est en principe à « durée indéterminée ».

<sup>539</sup> MILLARD, *Théorie*, p. 123.

second, sanctionnée par le premier. En effet, selon la théorie légaliste généralement retenue, il y a *une* interprétation des lois et donc *une* solution au litige. Si le jugement supérieur diverge du jugement inférieur, le jugement inférieur sera « faux », car le juge inférieur se sera trompé dans l'interprétation. Or, les juges sont pris dans une logique corporatiste qui les incite à se conformer aux jalons posés par les juridictions supérieures. Pour éviter une situation difficile, les juges inférieurs auront donc tendance à ne pas s'exposer à la censure de la juridiction supérieure.

La hiérarchie des droits de recours souligne, dans le sens de la théorie réaliste, que c'est bien le juge suprême qui dispose du plus de liberté. Autrement dit, la contrainte de la hiérarchie des juridictions s'exerce avant tout sur les juridictions inférieures<sup>540</sup>.

**La révision du support textuel.** – La contrainte qui pèse sur les juridictions supérieures est la révision du support textuel. Les juges constitutionnels sont ainsi soumis à une sanction particulière : la révision de la constitution<sup>541</sup>. Cette idée apparaissait déjà de manière incomplète dans la théorie réaliste. Si l'on peut en effet renverser une jurisprudence par une révision constitutionnelle, c'est bien que le support normatif est apte à s'imposer de lui-même au juge, qu'il dispose d'une force intrinsèque.

Cette affirmation doit être relativisée. La révision constitutionnelle ne change pas la position institutionnelle de l'acteur (sauf si le constituant supprime l'office du juge). Lorsque le constituant « réagit », sans doute veut-il imposer sa volonté au juge, mais, en soi, la modification constitutionnelle n'impose rien au juge. Si le texte n'est pas une contrainte pour le juge (position réaliste) et si la réponse institutionnelle est la révision d'un texte, où donc se trouve la contrainte évoquée plus haut ? Mettons les choses en perspective.

D'abord, la réaction politique peut prendre une autre forme que la révision textuelle. Un débat parlementaire, voire une campagne médiatique, qui exprimerait la réprobation unanime d'une nouvelle jurisprudence, pourrait par exemple suffire à « faire reculer » le juge.

---

<sup>540</sup> TROPER, *La théorie du droit*, p. 96 s.

<sup>541</sup> TROPER, *Le droit et la nécessité*, p. 197.

Ensuite, le juge pourrait vouloir contrer la volonté du constituant en faisant appel à des principes « supra-constitutionnels »<sup>542</sup> ou au droit international pour ignorer la révision constitutionnelle ou encore en contrôlant la constitutionnalité de la révision elle-même<sup>543</sup>.

La question est (encore une fois !) celle de la reconnaissance. Le juge peut, pour de nombreuses raisons (culture juridique, idéologie politique), reconnaître l'autorité (politique) du constituant et se soumettre. Il peut aussi « faire de la résistance » et tenter d'en appeler à des règles encore plus reconnues par les lecteurs. Cet entêtement pourrait à l'extrême limite conduire à une crise institutionnelle. Cependant, il ne faut pas voir des antagonismes là où il n'y en a pas. Les constitutionnalistes ont tendance à « monter » le législateur contre le juge. La relation est heureusement plus civilisée. Par exemple, le législateur peut de lui-même se conformer à la constitution, au droit, sans que l'intervention du juge soit nécessaire<sup>544</sup>.

### 2.4.3 ... comme le législateur

Le législateur (au sens organique) n'est pas moins ni plus, d'ailleurs, soumis à un réseau de contraintes que le juge. Dans notre acception, le législateur peut être le constituant, le parlement, le gouvernement ou l'administration qui y est habilité.

On l'a dit, de nombreuses contraintes pèsent sur l'activité du juge. Et la confusion entre liberté au sens juridique et libre arbitre qui perturbe – il est vrai – la perception que l'on a de l'activité du juge, renforce également le trouble. Elle a les mêmes effets sur l'activité du législateur. Le parlement, pas plus que le juge, n'échappe aux contraintes. Des contraintes aussi diverses expliquent les décisions des parlementaires. En voici quelques-unes.

---

<sup>542</sup> PECZENIK, p. 817 ss ; ISIDORO, p. 237 ss.

<sup>543</sup> On sait que la Cour suprême américaine s'est elle-même donnée le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales (affaire « *Marbury vs Madison* »), que la Cour suprême de l'Inde a invalidé un amendement constitutionnel et que la Cour suprême israélienne s'est reconnue le pouvoir de juger de la constitutionnalité des lois dans un pays... qui n'a pas de constitution.

<sup>544</sup> PICARD, p. 87 s. La Suisse, en l'absence d'un contrôle de constitutionnalité, est un excellent exemple de cette affirmation.

Contrainte	Description	Exemple(s)
Contraintes « politiciennes »	Le système politique fait peser sur le législateur toutes sortes de contraintes liées au fonctionnement même du système.	La discipline de groupe, la pression des lobbies, celle des médias, la proximité des échéances électorales, ne pas vouloir donner raison à l'adversaire, etc.
Contraintes rationnelles	Le législateur est aussi soumis à une exigence de rationalité <sup>545</sup> .	La publicité des débats parlementaires empêche (au moins partiellement...) l'arbitraire de la volonté. Les messages du Conseil fédéral sont des manifestations de cette exigence.
Contraintes institutionnelles	La vie politique est structurée par un ensemble de règles reconnues par la communauté politique.	Le travail parlementaire est soumis à des contraintes temporelles (rythme de travail des assemblées), règlementaires (procédure législative), voire coutumières (langage à utiliser pour s'exprimer à la tribune). Face au risque de voir son travail censurer par le juge constitutionnel, le parlementaire devra adopter des normes conformes à la lecture que fait le juge de la constitution.

**Légende :** Ce tableau présente de manière succincte différentes contraintes qui pèsent sur le législateur. Il ne prétend pas à l'exhaustivité. Il a seulement pour but de montrer le parallélisme entre les positions du juge et du législateur.

<sup>545</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 241.

L'ensemble des contraintes qui pèsent sur le législateur a au moins deux conséquences. Premièrement, cela met à mal l'idée fondamentale de la théorie légaliste d'un législateur souverain, en position suprême, disposant d'un monopole normatif<sup>546</sup>. Deuxièmement, cela met le législateur dans une position, sinon égale, au moins comparable avec le juge, celle d'un acteur libre, soumis à des contraintes. Cela permet une appréhension plus claire des rapports entre droit et politique. Par exemple, les contraintes liées aux réactions que peut avoir le législateur (ou le constituant) peuvent-elles être appréhendées uniquement sous l'angle juridique ? Ces institutions étant de nature politique, leurs actions et leurs réactions aux décisions des juges peuvent-elles ne pas être aussi politiques ? Et si ces mouvements sont (au moins partiellement) de nature politique, alors l'ambition de la théorie légaliste est-elle réalisable ?

De notre point de vue, il n'est pas possible de saisir le phénomène du droit uniquement du point de vue juridique. Ainsi que nous l'avons mis en évidence dans un premier temps<sup>547</sup>, le droit et la politique ne sont pas séparables et, conséquemment, l'analyse du droit, comme l'analyse de la politique, ne peut se passer du regard de la « discipline-sœur ».

Lorsque la doctrine contemporaine fait de la formulation de la loi et son application deux moments d'un même mouvement<sup>548</sup>, elle met sur le même plan le juge et le législateur. Dire que le législateur et le juge sont soumis à des « exigences communes » est une rupture avec la doctrine traditionnelle de la séparation des pouvoirs qui fait de ces deux actes, non seulement des actes qui obéissent à des logiques radicalement différentes, mais encore des opérations nécessairement distinctes dans le processus démocratique.

---

<sup>546</sup> MOOR, *Dynamique*, p. 171.

<sup>547</sup> *Supra* Chapitre 1.

<sup>548</sup> PIAGET, *passim*.

## 2.5 RÉSUMÉ

On peut résumer la théorie micropolitique du juge, telle que nous la formulons, grâce au tableau suivant :

Le juge est libre...	Le juge en dernier ressort est libre moins parce que le texte est indéterminé que parce que son interprétation est insusceptible de recours. Sa liberté découle de sa position institutionnelle.
... mais il est contraint :	Une contrainte est une situation de fait qui conduit l'acteur à adopter un comportement en raison de la configuration du système. Si le juge ignore une contrainte, soit sa décision perdra en efficacité, soit elle lui vaudra la rétorsion des autres pouvoirs.
a) par la contrainte de réponse	Le juge <i>doit</i> donner une réponse au justiciable qui s'adresse à lui pour éviter la justice privée et conserver sa position.
b) par la contrainte d'argumentation	C'est la principale contrainte. Le juge <i>doit</i> d'abord convaincre les autres juges s'il siège en collège (lecteurs authentiques). Cette argumentation va ensuite tenter d'emporter la conviction d'autres lecteurs : <ul style="list-style-type: none"> <li>– les parties à l'instance (lecteurs destinataires) ;</li> <li>– la communauté juridique (lecteurs autorisés) ;</li> <li>– la société en général (lecteurs communs) ;</li> <li>– avec une place particulière pour le législateur ou le constituant (lecteurs « réacteurs »).</li> </ul>
c) par la contrainte de coercition	Le juge <i>doit</i> tenir compte des réactions des autres acteurs du système institutionnel, dans une perspective stratégique. C'est donc une contrainte en même temps qu'une sanction du non-respect des autres contraintes.

	La principale coercition est la modification du support normatif (loi ou constitution). Cette réaction fait peser sur le juge une contrainte argumentative plus intense.
--	--

**Légende : Ce tableau résume la théorie micropolitique en rappelant notamment les contraintes qui pèsent sur le juge et qui assurent sa constance.**

Pour faire le lien avec les relations entre droit et politique : si l'argumentation du juge parvient à emporter la conviction de ses lecteurs, elle sera alors *reconnue* comme du droit (théorie de la reconnaissance). Elle sera alors du droit-contrainte, car elle dépolitisera le débat. Si elle n'y parvient pas, elle restera du droit-opportunité ; la charge politique sera alors suffisante pour une nouvelle politisation (droit-moyen). Le législateur (ou le constituant) pourra alors répondre au juge par une modification du support normatif.

Les méthodes d'interprétation reconnues par la théorie legaliste (méthodes littérale, téléologique, historique et systématique) sont des arguments, des instruments d'établissement et de mesure de la reconnaissance du droit, chacun reposant sur une base (le texte, le but, l'histoire, le système) et une rationalité propres.

## DEUXIÈME PARTIE - ÉTUDES DE CAS

Comme nous l'avons annoncé<sup>549</sup>, nous allons illustrer les éléments théoriques de la première partie grâce à deux cas : la lutte contre le hooliganisme (*infra* Chapitre 3) et les naturalisations par les urnes (*infra* Chapitre 4). Pour l'un comme pour l'autre, nous allons suivre le même plan. D'abord, nous présenterons les cas chronologiquement (*infra* 3.1 et 4.1). Ensuite, nous les analyserons à la lumière des éléments théoriques dégagés dans la première partie (*infra* 3.2 et 4.2). Enfin, des résumés permettront de synthétiser nos observations quant à la robustesse de la théorie micropolitique (*infra* 3.3 et 4.3).

Une remarque méthodologique s'impose ici. Compte tenu de notre approche, nous ne pouvons pas nous contenter d'une analyse strictement juridique : ce serait en effet adhérer à la théorie légaliste. Nous devons donc porter un jugement « politique », plus subjectif, sur les cas examinés. Nous devons néanmoins partir d'un point de vue légaliste, ne serait-ce que pour mieux montrer en quoi celui-ci est finalement récusable. À ce titre, ce sont bien des sources juridiques (lois, jugements, messages, articles, commentaires) qui nous serviront de matériaux de base.

Les rapports entre droit et politique et les contraintes qui pèsent sur le juge sont si nombreux qu'il est exclu de les présenter tous. Par exemple, l'exhaustivité exigerait de présenter toutes les règles du débat parlementaire qui se sont imposées comme droit-contrainte (ou droit-opportunité) dans les délibérations aux Chambres fédérales. Cela nous emmènerait trop loin.

### CHAPITRE 3 LA LUTTE CONTRE LE HOOLIGANISME

#### 3.1 LE CAS

Nous allons présenter la situation avant l'intervention du juge (*infra* 3.1.1), cette intervention en tant que telle (*infra* 3.1.2) et la situation après cette intervention (*infra* 3.1.3).

---

<sup>549</sup> *Supra* Introduction.

### 3.1.1 La situation avant l'intervention du juge

Le hooliganisme se définit comme un « comportement agressif, potentiellement ou effectivement violent, de groupes ou d'individus en relation avec des manifestations sportives »<sup>550</sup>. De l'avis général, ce phénomène appelle une intervention de l'autorité publique<sup>551</sup>.

La lutte contre le hooliganisme a occupé l'agenda politique suisse à l'approche du Championnat d'Europe de football (EURO 08), organisé en 2008 notamment dans notre pays. Dans un contexte plus large<sup>552</sup>, la question de l'efficacité de l'appareil législatif suisse face au défi de la violence sportive s'est posée, sous l'angle des mesures destinées à prévenir ces débordements.

En août 2005, le Conseil fédéral a transmis un message à ce sujet à l'Assemblée fédérale. Le 24 mars 2006, les Chambres fédérales ont adopté une modification de la LMSI, c'est-à-dire de la loi fédérale applicable en matière de sécurité intérieure. Cette modification est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>553</sup>. Parmi d'autres<sup>554</sup>, trois mesures nous intéressent particulièrement :

- l'interdiction de pénétrer dans un périmètre déterminé (art. 24b LMSI [abrogé]) ;
- l'obligation de se présenter à la police (art. 24d LMSI [abrogé]) ;
- la garde à vue (art. 24e LMSI [abrogé]).

Ces trois mesures formaient une échelle de mesures, de la plus légère à la plus incisive, censées fonctionner par palier et destinées à empêcher

<sup>550</sup> CONSEIL D'ÉTAT/FR, p. 1311.

<sup>551</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5289 ss. Sur l'ampleur du problème : p.ex. FEDPOL, *Rapport 2004*, p. 14 s. ; *id.*, *Rapport 2009*, p. 30 ; MOHLER, *Sicherheitsrecht*, p. 74.

<sup>552</sup> D'une part, la Coupe du monde de hockey (2009) était aussi concernée et, d'autre part, le hooliganisme était visé globalement. Cela dit, l'EURO a eu un effet déclencheur (CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, pp. 5286 et 5289 ss).

<sup>553</sup> RO 2006 p. 3703 ss.

<sup>554</sup> Il s'agit de la séquestration et de la confiscation du matériel de propagande (art. 13a LMSI), une banque de données sur le hooliganisme (art. 24a LMSI), l'interdiction de se rendre dans un pays déterminé (art. 24c LMSI). V. CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5291 s.

les auteurs de trouble d'agir<sup>555</sup>. (Nous n'entrons pas ici davantage dans les détails de ces mesures, car notre but n'est pas d'en évaluer la pertinence ou l'efficacité<sup>556</sup>.)

### 3.1.2 L'intervention du juge

Lors de la consultation, dans le message du Conseil fédéral<sup>557</sup> et lors des délibérations parlementaires<sup>558</sup>, la question de la conformité de ces mesures à la Constitution a été soulevée. Nous reviendrons longuement sur ce point. Le « juge », en l'occurrence, le Conseil fédéral, l'OFJ et l'Assemblée fédérale – nous reviendrons sur cette qualification –, a estimé, d'une part, que la compétence de la Confédération était douteuse s'agissant des mesures envisagées et, d'autre part, qu'une limitation dans le temps de ces mesures était une solution pragmatique à cette difficulté constitutionnelle<sup>559</sup>. Les trois mesures controversées ont ainsi vu leur durée limitée à la fin de l'année 2009<sup>560</sup>. Une motion a cependant été acceptée par les deux Chambres demandant que les « mesures visant au maintien de la sûreté intérieure [...] puissent être poursuivies après l'échéance de leur délai d'application »<sup>561</sup>.

### 3.1.3 La situation après l'intervention du juge

À l'approche de l'échéance de la validité des trois mesures en cause, la question de leur prorogation s'est posée. Devant la difficulté constitutionnelle, le Conseil fédéral a proposé, en août 2007, une alternative :

<sup>555</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, pp. 5298 à 5308.

<sup>556</sup> Pour plus de détails : RÉMY, p. 99 ss. Sur l'interdiction de périmètre en particulier : SOÛS / VÖGELI, p. 156 ss.

<sup>557</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, pp. 5994 s. et 5310 ss.

<sup>558</sup> Not. devant le Conseil des États, in : BOCE 2006 p. 15 ss.

<sup>559</sup> Le Conseil fédéral le proposait lui-même (CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5312) ; l'Assemblée fédérale l'a suivi, mais en allongeant la validité de ces mesures d'un an.

<sup>560</sup> Ch. III al. 1 de la LF du 24 mars 2006 portant modification de la LMSI (Incitation à la violence et violence lors de manifestations sportives) (RO 2006 p. 3703 ss not. p. 3709).

<sup>561</sup> Motion 06.3004 CAJ/CE « Mesures contre les violences lors de manifestations sportives ». V. ég. BÜRGI, in : BOCE 2006 p. 15.

Plusieurs interventions parlementaires ont également été déposées afin de clarifier la situation (motion 06.3064 JODER « Mesures de lutte contre la violence lors de manifestations sportives. Base constitutionnelle » ; in. parl. 06.454 BERSET « Loi relative à la prévention des violences lors des manifestations sportives »).

soit adopter une nouvelle disposition constitutionnelle, soit laisser les cantons reprendre ses mesures dans un concordat<sup>562</sup>.

Dans l'intervalle, le 29 mars 2007, la CCDJP a décidé d'opter pour la solution concordataire, permettant ainsi de ne pas devoir modifier la Constitution. À l'issue des travaux préparatoires, la CCDJP a adopté un concordat (le Conc. VMS), le 15 novembre 2007<sup>563</sup>.

Le Conc. VMS a repris les règles en vigueur de la LMSI (et de l'OMSI) qui allaient arriver à échéance fin 2009, sous réserve d'adaptations mineures<sup>564</sup>. Ce concordat est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010. À cette date, les dispositions de la LMSI reprises dans le concordat ont été abrogées (loi du 3 octobre 2008<sup>565</sup>).

### 3.2 SON APPRÉCIATION

Nous nous pencherons successivement sur la nature du « juge » qui a examiné la constitutionnalité de ces mesures (*infra* 3.2.1), sur les arguments du débat (*infra* 3.2.2), sur le positionnement des acteurs (*infra* 3.2.3) et sur ce que la solution concordataire a impliqué quant au rôle du juge (*infra* 3.2.4).

Signalons, par acquis de conscience, une partie du problème que nous ne traiterons pas, faute de place : la question de la compatibilité du dispositif législatif avec les droits fondamentaux<sup>566</sup>.

#### 3.2.1 Un « juge » politique

**Un exemple de droit-contrainte.** – Relevons premièrement que le contrôle de la constitutionnalité des lois est un exemple de droit-contrainte. (Il y a dépolitisation par le droit.) Suite à l'intervention du juge, la volonté politique doit normalement s'effacer devant le droit constitutionnel.

---

<sup>562</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message disp. cst. hooliganisme*, p. 6115.

<sup>563</sup> CONSEIL D'ÉTAT/FR, p. 1312.

<sup>564</sup> CCDJP, *Commentaire*, p. 1. V. un tableau de concordance : CONSEIL D'ÉTAT/FR, p. 1313.

<sup>565</sup> RO 2009 p. 5091 s.

<sup>566</sup> Pour quelques éléments : SCHEFER, p. 60 ss.

**Le contrôle juridique préventif par l'administration et le gouvernement.** – Dans le cas qui nous occupe, l'utilisation du mot « juge » à propos de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral (notamment de l'OFJ) peut surprendre. Il convient de nous arrêter un instant sur le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, tel qu'il est pratiqué en Suisse. S'agissant des lois fédérales, la Suisse ne connaît pas de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (art. 190 Cst.)<sup>567</sup>. En revanche, pour s'assurer que les lois soient conformes à notre ordre juridique et à la Constitution en particulier, on s'en est remis à un « contrôle juridique préventif »<sup>568</sup>. Il s'agit d'un contrôle qui s'exerce tout au long de la procédure d'élaboration des lois fédérales<sup>569</sup>. Ce soin est confié à l'administration fédérale elle-même<sup>570</sup>, notamment à l'OFJ, au Conseil fédéral, puis à l'Assemblée fédérale elle-même. Examinons la situation de ces organes.

En tant qu'unité transversale, l'OFJ « examine la constitutionnalité et la légalité de l'ensemble des projets d'actes législatifs, leur conformité et leur compatibilité avec le droit national et international en vigueur » (art. 7 al. 3 Org DFJP). Le contrôle des projets s'opère au regard de l'ensemble des normes déterminantes du droit fédéral supérieur et du droit international. En dépit de sa subordination administrative à l'exécutif<sup>571</sup> et malgré l'absence de mécanisme de sanction – l'OFJ ne peut pas bloquer un projet contraire à la Constitution fédérale<sup>572</sup> –, l'OFJ exerce une fonction « quasi-juridictionnelle »<sup>573</sup>. Par la suite, les éléments mis en avant à cette occasion pourront se retrouver dans le débat politique et animeront le rapport en droit et politique<sup>574</sup>.

---

<sup>567</sup> Sur ce sujet : SCHERRER, *passim*.

<sup>568</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport contrôle juridique préventif, passim* not. p. 1998 ; MADER, *Le rôle*, p. 514 ss ; KOPP, p. 5 ss ; AUBERT, *Observations*, n° 24 ; GRANDJEAN, *Le contrôle*, n° 1 ss. V. ég. le dossier consacré à la question par la revue *LeGes* (n° 3/2010).

<sup>569</sup> MADER, *Le rôle*, p. 515 s.

<sup>570</sup> Toute unité administrative qui élabore une disposition législative doit veiller à sa conformité au droit supérieur (OFJ, *Module « loi »*, n°s 69 et 74).

<sup>571</sup> MADER, *Le rôle*, p. 520 ss.

<sup>572</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport contrôle juridique préventif*, p. 2009 ss.

<sup>573</sup> MADER, *Le rôle*, p. 520.

<sup>574</sup> STÖCKLI, not. p. 348.

Le Conseil fédéral lui-même, au stade du message qu'il adresse aux Chambres à l'appui des projets qu'il leur propose d'adopter, doit examiner la question de leur « compatibilité avec le droit de rang supérieur » (art. 141 al. 2 let. a LParl)<sup>575</sup>.

**Le contrôle juridique préventif par l'Assemblée fédérale.** – Le premier responsable du contrôle de la conformité des lois fédérales à la Constitution est l'Assemblée fédérale elle-même. Contrairement à ce que pourrait laisser croire l'art. 190 Cst., le législateur fédéral n'est pas libre de violer la Constitution<sup>576</sup>. En effet, il est censé être soumis aux art. 5 et 35 Cst. qui lui commandent de se conformer au droit<sup>577</sup>. Cela étant, s'il s'en écarte, aucune sanction n'est prévue<sup>578</sup>. Les constituants n'ont en effet pas voulu que l'Assemblée fédérale soit autorisée à violer la Constitution<sup>579</sup> ; ils ont simplement souhaité que ce soit l'Assemblée fédérale qui détermine le contenu de la Constitution et qui en soit l'ultime interprète<sup>580</sup>.

*Notre système institutionnel met donc l'Assemblée fédérale dans une position « en dernier ressort ».* La théorie réaliste a raison sur ce point : l'Assemblée fédérale est « libre » dans son interprétation de la Constitution, dès lors que nul ne peut (en principe) venir la contester. Selon la théorie réaliste, elle en est l'interprète authentique. Précisons que si la Suisse se dotait d'une cour constitutionnelle (ou si le Tribunal fédéral s'autorisait à sanctionner les violations de la Constitution par une loi fédérale), cette juridiction deviendrait alors l'interprète authentique de la Constitution. Le débat parlementaire ne dit pas autre chose. Lorsque Christoph BLOCHER affirme que lorsque la loi est approuvée la question

<sup>575</sup> TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 8 n° 8 s. Cette partie des MCF pourrait être étoffée (CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport contrôle juridique préventif*, p. 2040 s.).

<sup>576</sup> AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. I, n° 1873.

<sup>577</sup> Cette responsabilité n'est pas explicitement exprimée dans un support normatif, sauf en ce qui concerne les commissions, dans le cas très particulier des initiatives parlementaires (art. 111 al. 3 LParl ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 8 n° 9).

<sup>578</sup> AUER, *La juridiction*, n° 139.

<sup>579</sup> HANGARTNER, art. 190 Cst. n° 35.

<sup>580</sup> AUER, *La juridiction*, n° 139 ; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. I, n° 1858 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 8 n° 8.

de la constitutionnalité ne se pose plus<sup>581</sup>, il n'exprime pas autre chose que le « pouvoir de dernier mot » de l'Assemblée fédérale.

L'Assemblée fédérale se trouve alors dans la position d'une autorité *politique* qui doit évaluer une situation *juridique*, avec toutes les ambiguïtés que cela comporte. Nous reviendrons sur cet aspect<sup>582</sup>. Pour les auteurs de la Constitution suisse, rien ne s'opposait à un traitement *politique* des questions *juridiques*<sup>583</sup>. En cela, ils prenaient la mesure de l'indissociable proximité entre le droit et la politique.

Certes, le Parlement n'a pas à motiver ses décisions, y compris lorsque celles-ci posent des problèmes juridiques. En revanche, on peut lire dans les travaux préparatoires (messages, débats parlementaires) des argumentations juridiques. Les parlementaires notamment, bien que n'étant pas organiquement des magistrats, échangent des arguments juridiques, et les évaluent réciproquement.

### **3.2.2 La question de la compétence, des arguments juridico-politiques**

Après avoir présenté le problème constitutionnel qui s'est posé (*infra* 3.2.2.1), nous allons examiner les arguments qui ont fini par l'emporter aux Chambres fédérales tout en soulignant leurs faiblesses (*infra* 3.2.2.2), puis nous tenterons de montrer comment on a pu argumenter en faveur de la constitutionnalité de ces mesures (*infra* 3.2.2.3).

Rappelons que l'interprétation des dispositions attributives de compétences, malgré quelques anciens mouvements doctrinaux, ne diffère pas de celle des autres normes constitutionnelles<sup>584</sup>.

*Notre but n'est pas de discuter en soi la constitutionnalité des mesures destinées à prévenir le hooliganisme. Il s'agit de montrer que l'on peut,*

---

<sup>581</sup> BLOCHER, in : BOCN 2005 p. 1937. La doctrine tient le même raisonnement, en semblant le déplorer (SCHEFER, p. 61).

<sup>582</sup> *Infra* 3.2.3.1.

<sup>583</sup> Rappelons que longtemps l'Assemblée fédérale a été aussi une autorité chargée de régler une partie du contentieux judiciaire, p.ex. en matière de liberté religieuse (LE ROY / SCHOENENBERGER, n. 1107).

<sup>584</sup> BENOIT, n° 68 ss not. n° 69 ; HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 1064 ss.

« *juridiquement* », *contester la décision des Chambres fédérales et que l'on peut, de la même manière, défendre cette décision.*

3.2.2.1 Le problème de la compétence

**Un exemple de droit-moyen.** – La modification d'une loi, ici la LMSI, est un exemple de droit-moyen. (Il y a une politisation par le droit.) Pour modifier la loi, un débat parlementaire doit avoir lieu. En même temps, cette action politique est soumise au droit. (Il y a du droit-contrainte.)

**La répartition des compétences.** – Le problème juridique auquel se heurtent les juges (les parlementaires) est le suivant : Est-ce que la Confédération dispose de compétences en matière de prévention de la violence ? En Suisse, la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est régie par la Constitution fédérale (art. 3, 5a et 42 ss Cst.) qui prévoit que les compétences qui ne sont pas confiées à la Confédération reviennent aux cantons<sup>585</sup>. Il s'ensuit, en principe, qu'à défaut d'une disposition constitutionnelle expresse, la Confédération ne peut agir et doit laisser les cantons faire, éventuellement par le biais d'un concordat. Le système se veut exhaustif et sans lacune<sup>586</sup>.

Il n'est pas contesté que la sécurité extérieure du pays relève de la compétence de la Confédération (art. 54, 58 ss et 61 Cst.<sup>587</sup>). En revanche, en matière de sécurité intérieure, l'art. 57 Cst. dispose, sous le titre marginal « Sécurité », que « [l]a Confédération et les cantons pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives [al. 1]. Ils coordonnent leurs efforts en matière de sécurité intérieure [al. 2] ».

Selon la doctrine, en matière de sécurité intérieure, la compétence de principe revient aux cantons<sup>588</sup>. La Confédération a quant à elle des

<sup>585</sup> BENOIT, n<sup>os</sup> 19 ss et 37 ss. V. ég. RHINOW / SCHEFER, n<sup>o</sup> 706 ss.

<sup>586</sup> BENOIT, n<sup>o</sup> 23 ss. V. cep. *id.*, n<sup>o</sup> 27 s.

<sup>587</sup> P.ex. LIENHARD / HÄSLER, n<sup>o</sup> 6.

<sup>588</sup> P.ex. LIENHARD / HÄSLER, n<sup>o</sup> 18 s. ; SCHWEIZER, art. 57 Cst. n<sup>o</sup> 12. Sur l'application des principes généraux de répartition des compétences en matière de sécurité intérieure : LINSI, p. 467 ; HENSLER, p. 495 s. ; RUCH, n<sup>o</sup> 33.

compétences subsidiaires ou fragmentaires<sup>589</sup>, de sorte que les compétences fédérale et cantonale sont (au moins partiellement) parallèles<sup>590</sup>.

Se fondant sur une interprétation littérale, Jean-François AUBERT affirme que l'art. 57 al. 1 Cst. « n'a pas pour objet d'opérer lui-même un partage des compétences [...], mais il se *réfère*, au contraire, au partage tel qu'il résulte d'*autres* dispositions [...] »<sup>591</sup>. On cite généralement le devoir d'intervention subsidiaire de la Confédération en matière de protection de l'« ordre constitutionnel » (art. 52 al. 2 Cst.)<sup>592</sup>, le devoir de la Confédération de protéger « l'existence », « le statut » et le « territoire » des cantons (art. 53 al. 1 Cst.)<sup>593</sup>, les autres dispositions de la section « Sécurité, défense nationale et protection civile » (art. 58 à 61 Cst.) ou encore les compétences de la Confédération en matière de droit pénal (art. 123 Cst.)<sup>594</sup>.

L'art. 57 al. 2 Cst. prévoit que la Confédération et les cantons sont tenus de se coordonner (*Koordinationspflicht*<sup>595</sup>) en matière de sécurité intérieure, mais ne donne en soi pas à la Confédération (ni aux cantons) une compétence particulière<sup>596</sup>.

Le Conseil fédéral, dans le message relatif à la nouvelle Constitution, tout en soulignant l'importance de dédier à la question une disposition spéciale (par « transparence »), précisait bien qu'il s'agissait de consacrer le « principe de la responsabilité primaire des cantons pour la sécurité intérieure » et d'« empêche[r] toute extension des compétences de la Confédération qui viendraient empiéter sur celles des cantons »<sup>597</sup>.

<sup>589</sup> SCHWEIZER / KÜPFER, n° 12 ; RUCH, n° 33.

<sup>590</sup> LIENHARD / HÄSLER, n. 28. Sur la notion de compétences parallèles : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Constitution*, p. 229 ; BENOIT, n° 57.

<sup>591</sup> AUBERT / MAHON, art. 57 Cst. n° 1. Soulignements d'origine. V. ég. LIENHARD / HÄSLER, n° 5 et les références citées ; LINSI, p. 471.

<sup>592</sup> RUCH, n°s 33 et 36 ; SCHEFER, p. 60.

<sup>593</sup> SCHEFER, p. 60.

<sup>594</sup> LIENHARD / HÄSLER, n° 12. Notre énumération ne prétend pas à l'exhaustivité.

<sup>595</sup> LINSI, p. 472. V. ég. LIENHARD / HÄSLER, n° 23 ss ; RUCH, n° 13.

<sup>596</sup> SCHEFER, p. 60.

<sup>597</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Constitution*, p. 239 (pour toutes les citations de ce passage).

**Le problème dans le cas de la lutte contre le hooliganisme.** – On voit donc le problème : l'interprétation historique du texte n'en fait pas un fondement solide pour les dispositions contestées de la LMSI. De plus, si l'on admettait que la Confédération ait des compétences en matière de prévention de la violence, c'est-à-dire si elle pouvait intervenir avant même que l'ordre public soit menacé, on voit mal où se situeraient la subsidiarité et la fragmentation des compétences fédérales.

### 3.2.2.2 La faiblesse des arguments retenus

Nous allons maintenant présenter les arguments juridiques retenus par les parlementaires (la majorité d'entre eux) pour adopter les mesures controversées, non sans en proposer une critique.

**L'argument de la nécessité et du pragmatisme.** – Les premiers arguments apparus dans le débat parlementaire, sans doute les plus décisifs, sont la nécessité et le pragmatisme. Dès lors que « nous sommes tous viscéralement contre le hooliganisme »<sup>598</sup>, l'organisation d'une manifestation sportive d'importance continentale exigeait une réglementation non seulement uniforme au pays, mais en adéquation avec les « impératifs du calendrier » de l'UEFA<sup>599</sup>. Ce dernier argument footballistique est revenu souvent dans le débat parlementaire<sup>600</sup>. On a parlé de mesures « unanimement saluées »<sup>601</sup> et vilipendé « l'angélisme »<sup>602</sup> des opposants.

Passons à la critique. L'argument est dangereux en tant que tel. Si la Constitution s'effaçait à chaque nécessité, il n'en resterait rien. Ensuite, cet argument se heurte à ce qu'il existe, dans la Constitution, des procédures d'urgence censées couvrir cette hypothèse (art. 140 al. 1 let. d ou

<sup>598</sup> MARTY, in : BOCE 2006 p. 19. L'intervenant était néanmoins défavorable au projet.

<sup>599</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5295 (ég. p. 5311) ; dans le débat : not. BLOCHER, in : BOCN 2005 p. 1936 ; BURKHALTER, in : BOCN 2005 p. 1939.

<sup>600</sup> Not. HOCHREUTENER et BURKHALTER, rapporteurs de la commission (BOCN 2005 p. 1927 s.) V. ég. CHEVRIER, in : BOCN 2005 p. 1934.

La doctrine présente aussi cet argument comme central : p.ex. ENGLER, p. 162 ss not. p. 165 s.

<sup>601</sup> BLOCHER, in : BOCN 2005 p. 1937 (trad.).

<sup>602</sup> ÉPINEY, in : BOCE 2006 p. 18.

165 Cst.)<sup>603</sup>. Les exigences en matière d'urgence semblent avoir fait renoncer à cette procédure<sup>604</sup>.

Le pragmatisme, d'un point de vue légaliste, ne saurait emporter la conviction. Le pragmatisme, opposé au juridisme étroit<sup>605</sup>, et la « realpolitik »<sup>606</sup> ne sont pas des arguments juridiques. Ils sont exclusivement de nature politique. On a ici un exemple de droit-opportunité (variante) dans la mesure où cela participe d'une minoration de l'obstacle juridique pour faire triompher un projet politique.

**L'argument du doute constitutionnel.** – Selon plusieurs parlementaires, « le doute profite à la loi ». Si l'on a un doute sur la constitutionnalité de la mesure, cela signifierait que l'on n'est pas sûr de son inconstitutionnalité et que l'on pourrait donc se fonder sur ce doute pour légiférer<sup>607</sup>.

Cette idée est là encore juridiquement indéfendable. Selon la théorie légaliste, une loi est conforme à la constitution ou elle ne l'est pas. S'il existe un doute, il est impératif de lever ce doute, dans un sens ou dans l'autre, par exemple en demandant un avis de droit à un expert externe pour tenter de trancher la question. Sinon, on prend le risque de violer la Constitution, selon le mot de Dick MARTY, « par dol éventuel »<sup>608</sup>.

En fait, la théorie légaliste révèle ici son insuffisance, car on mesure en quoi le syllogisme est un raisonnement artificiel. Certes, on est dans un

---

<sup>603</sup> BENOIT, n° 165 ss.

<sup>604</sup> SCHEFER, p. 61.

<sup>605</sup> BURKHALTER, in : BOCN 2005 p. 1939. L'intervenant oppose questionnements « politique » et « juridique », le premier étant censé être plus « pragmatique » que le second. Rationalités divergentes...

<sup>606</sup> BURKHALTER, in : BOCN 2006 p. 143. On ne peut pas s'empêcher de relever que cette expression est impropre au contexte considéré.

<sup>607</sup> P.ex. BÜRGI, in : BOCE 2006 p. 16 ; SCHIESSER, in : BOCE 2006 p. 17. ; WICKI, in : BOCE 2006 p. 18. V. ég. BLOCHER, in : BOCE 2006 p. 21.

Au Conseil des États, on est même allé jusqu'à dire que, dès lors que le Conseil national avait « décidé » de la constitutionnalité du projet – en soi l'expression souligne bien en quoi l'Assemblée fédérale est « juge » de la constitutionnalité – la Chambre haute ne pouvait pas s'adresser à la Chambre basse pour lui dire que son jugement était faux (SCHIESSER, in : BOCE 2006 p. 17). Curieux argument, s'il en est, dans un système bicaméral égalitaire...

<sup>608</sup> MARTY, in : BOCE 2006 p. 19.

cas particulier puisqu'on confronte une norme avec une autre norme et non avec des faits, mais cela ne change pas la nature du raisonnement. L'établissement de la majeure (ici, le contenu de l'art. 57 Cst.) est lui-même porteur de la conclusion du syllogisme. Il est en effet impossible de déterminer ce contenu derrière un « voile d'ignorance », pour reprendre l'image de John RAWLS. Celui qui s'y essaie ne peut pas oublier les conséquences de son jugement. S'il tranche en faveur de la compétence de la Confédération, il valide des dispositions discutables de la LMSI ; s'il tranche en défaveur, il invalide les normes en question. Le juge (ici, les parlementaires) ne peut donc pas se dégager de la suspicion de rendre une justice fondée sur le résultat (*ergebnisorientierte Rechtsprechung*).

**L'argument du consentement des cantons.** – Plusieurs intervenants ont avancé que les cantons avaient accepté voire demandé l'intervention fédérale<sup>609</sup>. La CCDJP<sup>610</sup> ou les polices ont relayé cette demande ; dans la procédure de consultation, les cantons ont réclamé ces mesures<sup>611</sup>. L'argument sous-entendu était que l'inconstitutionnalité porte sur la répartition des compétences entre Confédération et cantons et que ces derniers ne peuvent pas être « victimes » d'une inconstitutionnalité à laquelle ils ont consenti.

Il est cocasse de relever que les cantons sont d'habitude plus sourcilleux quant au respect de leurs compétences. Au-delà de ce clin d'œil, l'argument n'emporte guère la conviction. D'une part, le fait que les cantons (et les villes) échouent face au hooliganisme n'autorise pas en soi le législateur fédéral à violer la Constitution<sup>612</sup>. D'autre part, les défenseurs du projet font comme si le droit constitutionnel était contractuel, c'est-à-dire négociable. D'un point de vue legaliste, les cantons ne peuvent pas « consentir » à une privation de leurs compétences, car ils n'en sont ni propriétaires ni même dépositaires. C'est la Constitution fédérale qui leur laisse ce droit et la Constitution ne peut être révisée

<sup>609</sup> BLOCHER, in : BOCN 2005 p. 1936.

<sup>610</sup> MOHLER, *Sicherheitsrecht*, p. 85 ss.

<sup>611</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, pp. 5295 et 5311 ; BLOCHER, in : BOCN 2005 p. 1937 ; SCHEFER, p. 60 s. et les références citées.

<sup>612</sup> Dans ce sens : PFISTERER, in : BOCE 2006 p. 16.

autrement que selon les procédures qu'elle prévoit. Si les cantons souhaitent abandonner une compétence, c'est vers la solution concordataire qu'ils doivent se tourner.

**L'argument de l'inconstitutionnalité provisoire.** – Dans le message du Conseil fédéral<sup>613</sup>, comme dans les débats parlementaires<sup>614</sup>, la limitation dans le temps des mesures incriminées est présentée comme une atténuation de leur inconstitutionnalité (éventuelle).

Le concept est à l'évidence pragmatique. Il ne relève cependant pas moins d'une conception pour le moins surprenante du respect du droit (au moins d'un point de vue légaliste). Thomas PFISTERER pouvait ainsi, non sans ironie, s'interroger : « Une limitation de la loi dans le temps peut-elle < guérir > une inconstitutionnalité ? »<sup>615</sup> La réponse est, d'un point de vue légaliste, négative. On ne peut pas s'empêcher ici de citer l'ancien Président du Conseil constitutionnel français, Pierre MAZEAUD, qui rappelait que « [l]e respect de la Constitution n'est pas un risque, mais un devoir ».

Cet argument a au moins un mérite : montrer les limites de la théorie légaliste. Face à l'attitude d'un juge « de mauvaise foi », la théorie légaliste doit abandonner son ambition descriptive – peut-elle être autre chose qu'un *devoir être* prescriptif ? – car elle peine décidément à expliquer le fonctionnement réel du système juridico-politique. Une autre théorie est nécessaire pour parler de l'*être* du système. Telle est l'ambition de la théorie micropolitique.

**L'argument tiré du droit international.** – Le Conseil fédéral avance, dans son message, que « [d]ans la mesure en outre où des personnalités que la Suisse doit protéger en vertu du droit international prennent part à ce genre de manifestations, la compétence de la Confédération est fondée »<sup>616</sup>. De plus, dans le message du Conseil fédéral<sup>617</sup>, comme dans

---

<sup>613</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5295.

<sup>614</sup> P.ex. BÜRGL, in : BOCE 2006 p. 16.

<sup>615</sup> PFISTERER, in : BOCE 2006 p. 16 (trad.).

<sup>616</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5311. V. ég. LINSI, p. 468.

<sup>617</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5313 s.

les délibérations parlementaires<sup>618</sup>, le respect des engagements internationaux de la Suisse (notamment de la Conv. VMS) a été invoqué pour appuyer la nécessité de légiférer.

Cet argument est des plus spécieux. Si en effet la Confédération doit respecter le droit international et toutes les obligations qui en découlent (art. 5 al. 4 Cst., « *pacta sunt servanda* », etc.), des accords tels que la Conv. VMS n'appellent pas en eux-mêmes une intervention de la Confédération. Si la Confédération est compétente pour conclure des accords internationaux (art. 54 Cst.), y compris dans des domaines où elle n'est pas compétente matériellement, ces traités ne sauraient modifier à eux seuls la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons<sup>619</sup>. Leur exécution relève aussi bien de la Confédération que des cantons, selon leurs compétences respectives<sup>620</sup>. Le Conseil fédéral lui-même rappelait, au moment de la ratification de de la Conv. VMS, que « [d]ans la mesure où des affaires cantonales font l'objet d'un traité international, il incombe aux cantons d'exécuter ce dernier »<sup>621</sup>.

**Synthèse.** – La conclusion à laquelle on arrive est que les fondements juridiques de l'Assemblée fédérale étaient faibles et, pour tout dire, un peu cyniques.

Pourtant – ne serait-ce que par goût de l'exercice – on pourrait se lancer dans une tentative de défense, sur le terrain juridique, des mesures contestées de la LMSI.

---

<sup>618</sup> Le rapporteur francophone a longuement développé cet argument (BURKHALTER, in : BOCN 2005 p. 1928).

<sup>619</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Constitution*, p. 231 s. ; EHRENZELLER, art. 54 Cst. n° 14 ; HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 1123 ; BENOIT, n° 152 s.

Étonnamment, alors que la doctrine est d'avis que, lorsque les cantons n'appliquent pas un traité, la Confédération doit le faire à leur place (p.ex. BENOIT, n° 158 et les références citées), cet argument n'a pas été avancé dans le débat parlementaire. Cela dit, le seul fait qu'il n'existe pas de solution uniforme (not. un concordat) ne signifie pas encore que la convention n'est pas appliquée par les cantons.

<sup>620</sup> Art. 7 LFPC ; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. I, n° 1265 ; BENOIT, n° 157. Sur les rapports entre droit international et droit cantonal : TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 9 n° 26.

<sup>621</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Conv. VMS*, p. 9.

### 3.2.2.3 Un autre fondement à la compétence de la Confédération ?

**Les clauses élastiques ?** – La Constitution fédérale contient des *clauses élastiques*, susceptibles d'une interprétation large, qui peuvent, à l'image du fédéralisme états-unien et de sa fameuse « *necessary and proper clause* »<sup>622</sup> servir de fondement à une intervention fédérale.

En Suisse, l'article fixant les buts de la Confédération, y compris « la sécurité du pays » (art. 2 al. 1 Cst.), n'est pas en soi attributif de compétences<sup>623</sup>. Pourtant, il s'agit bien de « tâches »<sup>624</sup> pour les autorités. On peut dès lors, par une interprétation systématique, s'interroger sur l'intérêt qu'il y aurait à fixer des buts à la Confédération sans lui attribuer *ipso facto* les compétences pour les atteindre.

Le principe de subsidiarité (art. 5a et 43a Cst.) ne confère pas en soi une compétence nouvelle à la Confédération. Il ne l'autorise pas à se saisir de nouvelles compétences autrement que par une révision de la Constitution<sup>625</sup>. En revanche, il renvoie bien à l'idée que la Confédération a vocation à exercer les tâches qui dépassent les capacités cantonales.

Enfin, l'art. 148 al. 1 Cst. fait de l'Assemblée fédérale « l'autorité suprême de la Confédération ». Cette disposition ne prime pas les règles constitutionnelles sur la répartition des pouvoirs<sup>626</sup>. Cependant, la légitimation démocratique qu'il exprime<sup>627</sup> évoque l'idée que les Chambres sont censées décider en dernier ressort. Une doctrine marginale y a même vu une « clause générale » de compétence<sup>628</sup>.

**Une compétence implicite inhérente ?** – La théorie des compétences implicites inhérentes<sup>629</sup> est plus convaincante. Du seul fait que la Confé-

<sup>622</sup> BENOIT, not. n° 105 ss.

On pourrait également, à l'extrême limite, raisonner sur la base de la clause générale de police (art. 36 al. 1 3° phr. Cst. ; MÜLLER / JENNI, p. 4 ss).

<sup>623</sup> EHRENZELLER, art. 2 Cst. n° 10 ss.

<sup>624</sup> AUBERT / MAHON, art. 3 Cst. n° 9.

<sup>625</sup> RHINOW / SCHEFER, n° 599 ss ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 19 n° 8.

<sup>626</sup> AUBERT / MAHON, art. 148 Cst. n° 4 ; RHINOW, *Die Bundesverfassung*, p. 259 ss.

<sup>627</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Constitution*, p. 384 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 35 n° 2.

<sup>628</sup> AUBERT, art. 71 [a]Cst. n° 42 et n. 18.

<sup>629</sup> BENOIT, n° 72 ss. V. ég. RHINOW / SCHEFER, n° 720 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 20 n° 12 ss.

dération est un État, elle dispose, « par la nature des choses », indépendamment de la Constitution, de compétences déduites de sa condition d'État. Parmi ces compétences, on trouve justement le maintien de la sécurité intérieure<sup>630</sup>. Le Conseil fédéral a rappelé qu'« [i]l est évident que la Confédération, dans son propre intérêt, doit veiller au maintien de l'ordre public »<sup>631</sup>. Certes, l'importance des compétences implicites inhérentes a été relativisée par l'adoption de la nouvelle Constitution, car celle-ci était censée codifier toutes les compétences fédérales<sup>632</sup>. Cela étant, ce concept n'a pas pour autant disparu du droit constitutionnel. L'invoquer n'est donc pas *a priori* récusable. Cet argument a d'ailleurs été avancé par le Conseil fédéral<sup>633</sup> et dans le débat parlementaire<sup>634</sup>.

**Une compétence tirée de l'art. 57 Cst. lui-même ?** – Tentons une approche téléologique<sup>635</sup> de l'art. 57 Cst. La Confédération doit veiller à la protection de la population (al. 1)<sup>636</sup>. C'est d'ailleurs – on l'a vu – un but de la Confédération selon l'art. 2 Cst. De même, la Confédération doit se coordonner avec les cantons en matière de sécurité intérieure (al. 2). Donc, la Confédération dispose bien de compétences en la matière dans une mesure suffisante pour permettre une coordination<sup>637</sup>. S'il y a un devoir de coordination, c'est qu'il y a quelque chose à coordonner... À défaut, le constituant aurait mis la Confédération dans une situation impossible, qu'il n'a pas pu vouloir. Donc, affirmer que cet article n'a pas de portée juridique<sup>638</sup> est pour le moins paradoxal. Cette disposition

<sup>630</sup> P.ex. ATF 117 Ia 202 consid. 4a, JdT 1993 I 264 (trad.) : « Comme État, la Confédération a en principe la compétence de veiller à sa sûreté intérieure et extérieure ; il s'agit d'une de ses tâches primaires, liée nécessairement à l'existence de la Suisse comme collectivité » ; BENOIT, n° 76 ; LINSI, p. 467 ss ; RHINOW / SCHEFER, n° 730.

<sup>631</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Constitution*, p. 239.

<sup>632</sup> AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. I, n° 994 ; BENOIT, n° 78.

<sup>633</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5310 (la formulation est... implicite).

<sup>634</sup> BÜRGI, in : BOCE 2006 p. 15.

<sup>635</sup> LINSI, p. 468 et les références citées. Sur l'interprétation téléologique des dispositions attributives de compétences : BENOIT, n° 71 ; HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 1066.

<sup>636</sup> Les termes « protection de la population » et « sécurité du pays » sont équivalents (AUBERT / MAHON, art. 57 Cst. n° 3).

<sup>637</sup> Cet argument a été évoqué dans le débat parlementaire : BURKHALTER, in : BOCN 2005 p. 1939.

<sup>638</sup> *Supra* n. 593, ég. 591.

a d'ailleurs servi à plusieurs reprises de fondement constitutionnel à des lois fédérales<sup>639</sup>. L'existence même de la loi sur l'usage de la contrainte<sup>640</sup> montre bien que la Confédération dispose de compétences en matière de sécurité intérieure.

**Une compétence fondée sur les attributions de l'Assemblée fédérale ?** – L'art. 173 al. 1 let. b Cst. dispose que l'Assemblée fédérale « prend les mesures nécessaires pour préserver la sécurité intérieure ». Affirmer que l'art. 173 Cst. ne confère aucune compétence à la Confédération<sup>641</sup> est, là aussi, peu soutenable. Cette disposition est certes une règle de répartition des compétences entre les organes de la Confédération. Cependant, attribuer à un organe de la Confédération une compétence suppose que la Confédération soit préalablement compétente<sup>642</sup>. Autrement dit, si l'Assemblée fédérale peut prendre des mesures en matière de sécurité intérieure, c'est que la Confédération est, au moins tacitement, habilitée à prendre de telles mesures. L'art. 173 Cst. est *de facto* attributif de compétences à la Confédération en matière de sécurité intérieure.

L'art. 173 al. 1 let. c Cst. prévoit quant à lui que l'Assemblée fédérale « peut édicter, lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent et pour remplir les tâches mentionnées aux lettres a et b, des ordonnances ou des arrêtés fédéraux simples ». Cette disposition semble ne prévoir une intervention (législative) fédérale que « lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent »<sup>643</sup>. Cela étant, on pourrait se lancer dans une interprétation littérale *a contrario*. L'Assemblée fédérale serait alors compétente en matière de sécurité intérieure (let. b), mais ce ne serait

---

<sup>639</sup> LINSI, p. 471 s. L'auteur cite not. la LF du 18 mars 2005 sur les douanes (LD ; RS 631.0), la LF du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP ; RS 361) et la LF du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (loi sur l'usage de la contrainte ; LUSC ; RS 364).

<sup>640</sup> V. n. précédente.

<sup>641</sup> AUBERT / MAHON, art. 173 Cst. n° 4. V. ég. CONSEIL FÉDÉRAL, *Message disp. cst. hooliganisme*, p. 6123 (plus nuancé) ; LINSI, p. 471.

<sup>642</sup> L'art. 57 Cst. avait précisément pour but de formuler les compétences fédérales en la matière (SCHEFER, p. 60).

<sup>643</sup> RHINOW / SCHEFER, n° 2383. Il ne s'agit pas d'un état de nécessité au sens classique, c.-à-d. « extraconstitutionnel » (sur la distinction : RUCH, n° 44 s.).

qu'en face de « circonstances extraordinaires » qu'elle pourrait adopter des ordonnances et des arrêtés fédéraux simples (let. c), soustraits – on le rappelle – au référendum facultatif. Mais alors que signifie le terme « mesures » à la let. a ? Quelles mesures pourrait-elle prendre qui ne prendraient pas au moins la forme d'un arrêté fédéral simple ? Fait-on alors référence à des « lois » ? Certes, on ne parle nulle part de « lois »<sup>644</sup>. L'art. 173 al. 1 let. c Cst. semble même exclure la forme législative au profit d'arrêtés simples et d'ordonnances. Cela étant, si la Confédération peut prendre des ordonnances, cela veut dire qu'elle dispose d'une compétence législative (une ordonnance contient des règles générales et abstraites selon l'art. 163 al. 1 Cst.). On ne voit donc pas pourquoi elle ne pourrait pas adopter de lois. Ici – il est vrai – la condition de l'urgence aurait fait défaut.

**Synthèse.** – Nous avons essayé de montrer que si la compétence de la Confédération dans ce cas était discutable, on pouvait raisonnablement soutenir l'opinion inverse. L'idée ici n'était pas de trancher ces controverses juridiques, mais de construire des raisonnements juridiques soutenables – nous ne disons pas « justes » – afin d'étayer une position politique.

On a vu que les méthodes d'interprétation littérale et historique ne plaident pas en faveur d'une compétence fédérale, alors que les méthodes téléologique et systématique pouvaient arriver à une conclusion inverse. On est ici au cœur de la critique portée contre le pluralisme méthodologique à caractère pragmatique, préconisé par le Tribunal fédéral. En l'absence de règle légale ou jurisprudentielle d'arbitrage entre les méthodes, la pesée des intérêts doit nécessairement faire appel à une rationalité extra-juridique (donc, politique) et prête aussitôt le flanc à la critique de la jurisprudence orientée vers le résultat. Autrement dit, si deux raisonnements juridiques peuvent s'opposer, c'est sur un autre terrain, politique celui-là, que l'on doit chercher les motivations du juge. Dans ce cas, c'est évident, puisque la décision émane de l'Assemblée fédérale : elle est (doublement) politique.

---

<sup>644</sup> AUBERT/MAHON, art. 173 Cst. n° 12.

### 3.2.3 La question de la compétence, une lutte pour la reconnaissance du droit

Après un débat parlementaire très politisé (*infra* 3.2.3.1), les nouvelles dispositions de la LMSI ont finalement produit des effets (*infra* 3.2.3.2).

#### 3.2.3.1 Un débat politique pour la reconnaissance du droit

**La contrainte argumentative.** – D’abord, le débat parlementaire sur la constitutionnalité des articles contestés de la LMSI illustre en quoi le juge (ici l’Assemblée fédérale) est soumis à une contrainte argumentative. Même si les parlementaires bourgeois, généralement en faveur du projet, étaient majoritaires dans les deux Chambres, ils ne pouvaient pas se passer d’expliquer, y compris juridiquement<sup>645</sup>, pourquoi ils adoptaient une telle position.

Ensuite, ainsi que nous l’avons relevé dans la partie théorique, l’exigence du respect de la constitution (généralement renforcée par l’existence d’une cour constitutionnelle, ce qui n’est certes pas le cas en Suisse) est une illustration du jeu entre droit-contrainte et droit-opportunité. Les acteurs du débat politique doivent se positionner par rapport à un argument juridique, et tenter d’imposer leur vision juridique, c’est-à-dire de convaincre que l’on n’est pas dans le droit-opportunité, mais bien dans le droit-contrainte, c’est-à-dire un droit susceptible de dépolitiser le débat.

**Une vision politique des arguments juridiques.** – Aussi bien les partisans des mesures contestées que leurs adversaires se réfèrent au droit. Les premiers minimisent l’argument juridique. Les seconds le maximisent. On remarque que les analyses juridiques des parlementaires correspondaient à leur appartenance politique, la droite soutenant la conformité à la Constitution des normes en question, la gauche la contestant<sup>646</sup>. Ainsi, ceux qui estiment les mesures inopportunes doutent de

---

<sup>645</sup> Le débat au Conseil des États a davantage porté sur des arguments juridiques qu’au Conseil national.

<sup>646</sup> La proposition de non-entrée en matière vient de représentants socialistes et verts, de même que la proposition de renvoi au Conseil fédéral (BOCN 2005 p. 1927).

Dans les débats, d’une manière générale, les représentants de la droite (radicaux, démocrates-chrétiens et UDC) soutenaient la modification ; les élus socialistes, verts et d’extrême gauche s’y opposaient. Les groupes parlementaires avaient pris des positions similaires.

leur fondement constitutionnel, alors que ceux qui les soutiennent sur le fond sont convaincus de l'existence d'une base constitutionnelle suffisante. Pourtant, en toute logique, on devrait trouver des positions transversales, à savoir des parlementaires convaincus de l'opportunité de ces mesures, déplorant l'absence d'une autorisation constitutionnelle, et d'autres doutant de leur efficacité quand bien même la Confédération serait en soi compétente, selon eux<sup>647</sup>.

On peut émettre au moins deux hypothèses : les opinions politiques influencent les conceptions juridiques (théorie réaliste)<sup>648</sup> ; les raisonnements juridiques sont réversibles (théorie légaliste, simplement l'un des raisonnements est juste et l'autre est faux). Toutefois, dans les deux cas, les constructions juridiques ne sont que des arguments politiques parmi d'autres, à défaut d'une autorité habilitée à trancher (une cour constitutionnelle par exemple).

Pour étayer l'idée que les arguments juridiques sont bien du droit-opportunité, on peut noter un paradoxe. Dans ce débat, les représentants de gauche se posent en défenseurs des compétences cantonales et se montrent sceptiques sur le fondement de droit international<sup>649</sup>. On est ici à fronts renversés, car traditionnellement les élus de gauche sont moins attachés au fédéralisme et davantage sensibles à l'argument de droit international<sup>650</sup>. Le paradoxe n'est pas moindre pour les élus de droite qui adoptent une position inverse.

**Une lutte pour la reconnaissance du droit.** – Même s'il y a certainement une vision politisée du droit, il en est moins question ici que du fait que la politique tend à imposer sa propre vision du droit. Là encore, on

Cette observation est aussi celle du rapporteur francophone (BURKHALTER, in : BOCN 2005 p. 1928).

<sup>647</sup> Au Conseil des États, il est vrai, le débat était moins tranché (v. les interventions de PFISTERER et MARTY).

<sup>648</sup> AUBERT avait déjà constaté ce phénomène à propos de la validité de l'initiative « [p]our moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix » (examen préliminaire : FF 1991 II p. 443 ; aboutissement : FF 1993 I p. 78). Il en venait à se demander (ironiquement) s'il n'existait pas une vision juridique de gauche et une vision juridique de droite (AUBERT, *Observations*, n° 28).

<sup>649</sup> P.ex. MENÉTREY-SAVARY, in : BOCN 2005 p. 1931.

<sup>650</sup> LINDER, *Zur Funktion*, p. 49.

voit comment *la politique peut se définir comme une lutte pour la reconnaissance du droit*. Les mesures contre le hooliganisme sont symptomatiques de cette lutte. D’abord, on voit bien comment un phénomène social appelle une intervention législative<sup>651</sup>. La demande de droit vient des milieux intéressés<sup>652</sup> (associations sportives, cantons) et le législateur y répond, comme contraint par une réalité extérieure<sup>653</sup>. Le législateur est ainsi plus dans la situation d’un notaire répondant à la demande de ses mandants que dans celle d’un souverain intervenant en majesté. Ensuite, nul n’a contesté que la question de la compétence de la Confédération en la matière se posait. Rompant avec la concision qui est la marque de l’exercice<sup>654</sup>, le Conseil fédéral s’est longuement étendu sur la question, soulignant ce faisant la pertinence de la question<sup>655</sup>. Les deux dimensions de la constitutionnalité (répartition des compétences et compatibilité avec les droits fondamentaux) sont examinées. En soulignant que l’argument constitutionnel n’est pas dilatoire – l’invoquer ne relève pas de la mauvaise foi crasse – le Conseil fédéral nous permet d’observer en quoi et comment la rigidité du droit permet l’articulation de la politique. C’est parce que des attentes découlent du droit constitutionnel (une certaine répartition des compétences en matière de sécurité intérieure en l’occurrence) que les acteurs politiques peuvent menacer leurs adversaires des conséquences découlant de la frustration de ces attentes (déstabilisation de l’ordre juridique, menace de référendum).

### 3.2.3.2 Un droit finalement reconnu

**Un droit correspondant aux attentes sociales.** – Quoi qu’il en soit, les articles contestés de la LMSI sont entrés en vigueur et ont été appliqués. Ils ont fait partie de l’ordre juridique suisse et ont donc été du droit – on l’a dit – parce que l’Assemblée fédérale est perçue comme le « juge » en dernier ressort de la constitutionnalité des lois fédérales. Il faut saisir les conséquences de cela, car ici la théorie réaliste pose une difficulté. Mal-

<sup>651</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5289.

<sup>652</sup> S’agissant des associations sportives, un parlementaire prend la parole pratiquement en leur nom (SCHENK, in : BOCN 2005 p. 1935).

<sup>653</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5294 s. La procédure de consultation est ainsi une mesure assez efficace de l’attente législative des lecteurs.

<sup>654</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport contrôle juridique préventif*, p. 2015 et n. 65.

<sup>655</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*, p. 5310 ss.

gré sa position institutionnelle, l'Assemblée fédérale n'a pas pu faire taire les critiques de ses lecteurs. Dès lors, si l'on affirme que les articles contestés de la LMSI étaient inconstitutionnels, alors on doit dire que les personnes condamnées en vertu de ces dispositions l'ont été en vertu d'un « droit invalide », voire d'un « non-droit », et qu'elles l'ont été « injustement ». Pour autant, tel n'est pas le jugement collectif. Si, au contraire, on affirme que la base constitutionnelle a été « reconnue » comme autorisant cette intervention législative fédérale, alors c'est bien du droit qui s'est appliqué aux intéressés, car la demande sociale allait en effet dans le sens d'une intervention fédérale.

**Une quasi-réécriture de la disposition constitutionnelle.** – Ainsi, au terme de l'examen, on constate que, partant d'une disposition *a priori* intelligible (l'art. 57 Cst.), on arrive à ne plus en saisir vraiment la portée dans un cas concret – l'interprétation est nécessaire – au point que l'on se demande si son sens est tout simplement déterminable. D'un point de vue légaliste, c'est déroutant, car, finalement, l'art. 57 Cst., tel qu'interprété par l'Assemblée fédérale, dispose que la Confédération est compétente pour prendre des mesures de prévention de la violence si cumulativement *a)* il y a nécessité ; *b)* les cantons n'ont pas d'objection ; *c)* les mesures sont limitées dans le temps<sup>656</sup>. Or, vouloir attribuer à l'art. 57 Cst. un sens tel qu'on vient de le formuler est définitivement trop artificiel : cela heurte le sens commun du texte. Autrement dit, la conception commune reconnue de la répartition des compétences diffère de la rédaction du texte constitutionnel.

De cette façon, on peut comprendre comment l'application du droit est elle-même créatrice de droit. Encore une fois, on mesure l'incomplétude de la théorie légaliste. Naturellement, on pourrait dire qu'une interprétation téléologique de cette disposition aboutirait à une telle solution. Cela revient cependant à admettre au moins tacitement que la norme existe indépendamment du texte, ce qui est contraire à la théorie légaliste (mais pas nécessairement à la conception évolutionniste de l'interprétation). Au contraire, la théorie micropolitique, qui part d'un postulat réaliste acceptant l'autonomie de l'interprète, affirme que celui-ci n'est pas

---

<sup>656</sup> On trouve cette idée pratiquement formulée ainsi dans les débats parlementaires (BÜRGI, in : BOCE 2006 p. 15 s. ; ÉPINEY, in : BOCE 2006 p. 18).

totalement libre – ici est la divergence avec le réalisme juridique – mais contraint. Dans ce cas, ce sont les attentes des cantons (et aussi des autres acteurs – associations sportives) qui ont pesé sur le juge (ici les Chambres fédérales). Le juge a mobilisé un argument de nature téléologique (la Confédération ne peut pas ne pas être compétente). Il a mesuré les attentes et cherché à emporter la conviction de ses lecteurs. C'est ce que nous appelons « reconnaissance ».

### 3.2.4 Le concordat, une solution plus favorable au dialogue normatif

La solution concordataire, finalement retenue, correspond à l'obligation de coordination (y compris entre cantons) prévue à l'art. 57 al. 2 Cst.<sup>657</sup>.

Dans le système suisse, cette solution présente l'avantage de faire mieux participer le juge au dialogue normatif avec le législateur. Le Tribunal fédéral et les autres autorités d'application ne peuvent refuser d'appliquer une loi fédérale en raison de son inconstitutionnalité (art. 190 Cst.). Les articles contestés de la LMSI étaient « immunisés »<sup>658</sup>. En revanche, le droit concordataire peut être soumis librement au contrôle du juge en tant qu'actes normatifs cantonaux (art. 82 let. b LTF)<sup>659</sup>. Dans un arrêt rendu le Tribunal fédéral a validé les trois mesures controversées, estimant que les trois conditions de restriction des droits fondamentaux (base légale, intérêt public et proportionnalité ; art. 36 al. 1 à 3 Cst.) étaient remplies<sup>660</sup>. Cela étant, on peut imaginer que les juges soient arrivés à une conclusion différente et aient invalidé ces mesures. Dès lors, les cantons ou la Confédération aurait pu devoir trouver une autre solution, ajoutant une réplique au dialogue normatif ainsi engagé.

Nous n'allons pas développer davantage cet aspect, car nous aurons largement l'occasion de revenir avec le second cas sur l'importance de la présence du juge dans le dialogue normatif.

---

<sup>657</sup> LIENHARD / HÄSLER, n° 24. Sur la coopération des cantons en matière de sécurité intérieure : HENSLER, p. 495 ss.

<sup>658</sup> SCHEFER, p. 61.

<sup>659</sup> ATF 137 I 31 consid. 1.3, JdT 2011 I 221 (trad.).

<sup>660</sup> ATF 137 I 31 consid. 3 à 8, JdT 2011 I 221 (trad.).

### 3.3 RÉSUMÉ

Le cas de la lutte contre le hooliganisme nous a permis de corroborer la *théorie micropolitique*.

Nous avons mis en évidence les deux composantes de cette théorie : l'existence de contraintes qui pèsent sur le juge et la théorie de la reconnaissance.

Nous avons montré comment les contraintes ont pesé sur le débat parlementaire<sup>661</sup>. Juridiquement, rien n'oblige les parlementaires à expliquer leurs votes. Pourtant, une *contrainte d'argumentation* existe. Les parlementaires sont tenus par la configuration des choses d'expliquer et de justifier leur position. Une fois la question de la constitutionnalité soulevée (par le Conseil fédéral), les parlementaires favorables aux mesures contre la violence sportive doivent expliquer pourquoi celles-ci sont constitutionnelles pour éviter l'accusation d'attenter à la Constitution. D'un point de vue stratégique, les parlementaires ont dû chercher à convaincre pour éviter la *contrainte de coercition (institutionnelle)*, à savoir le référendum ou éventuellement la non-réélection.

Bien plus que de trouver le « droit juste », il s'est agi pour les parlementaires de convaincre que la Constitution leur permettait de légiférer dans le sens qu'ils voulaient. Pour trancher la question de la compétence, le « juge » a mesuré les attentes des différents acteurs. En d'autres termes, il a évalué la reconnaissance du droit en la matière pour arriver à la conclusion qu'il pouvait légiférer.

Nous avons montré que les argumentations juridiques pouvaient parvenir à des résultats opposés, tout en étant soutenables<sup>662</sup>, car les méthodes d'interprétation ne parviennent pas à dégager un sens clair aux dispositions réglant les compétences de la Confédération. Une dimension politique, d'opportunité, trouve alors sa place dans le choix de la construction juridique à retenir. Cette constatation tend à invalider la théorie légaliste et permet d'étayer la théorie micropolitique, car ces constructions juridiques sont autant d'arguments qu'utilisent les acteurs politiques pour emporter la conviction des lecteurs et établir la *reconnais-*

---

<sup>661</sup> *Supra* 3.2.3.

<sup>662</sup> *Supra* 3.2.2.

*sance* du droit. *La politique a été une lutte pour la reconnaissance du droit.*

Au passage, on voit bien que c'est sur le terrain *juridique* que les parlementaires ont débattu, alors qu'on pourrait s'attendre à les voir se battre sur le terrain *politique*. L'approche fonctionnelle est ici justifiée.

## CHAPITRE 4 LES NATURALISATIONS PAR LES URNES

### 4.1 LE CAS

Nous allons ici suivre le même schéma que pour le premier cas en présentant la situation avant l'intervention du juge (*infra* 4.1.1), cette intervention en tant que telle (*infra* 4.1.2) et la situation après cette intervention (*infra* 4.1.3).

#### 4.1.1 La situation avant l'intervention du juge

En Suisse, dans un pays de démocratie directe, les questions « qui peut voter ? » et « à quelles conditions ? » se posent avec une acuité particulière. D'une part, la démocratie peut se définir comme la correspondance entre le cercle des gouvernés et celui des gouvernants. La décision de naturalisation a donc ceci de singulier qu'elle détermine le cercle de ceux qui prendront dorénavant les décisions. D'autre part, les décisions issues des urnes revêtent une autorité particulière, censée les exempter de toute critique<sup>663</sup>.

Le système suisse de la nationalité repose traditionnellement sur le principe du « droit du sang »<sup>664</sup>. Cela signifie que la nationalité suisse s'acquiert normalement par filiation et non par la naissance sur le territoire. Il s'ensuit que la naturalisation est la voie d'accession normale à la nationalité pour les étrangers.

La nationalité suisse est triple : elle est communale, cantonale et fédérale (art. 35 al. 1 Cst.)<sup>665</sup>. Il s'agit là d'une conséquence de l'organisation fédéraliste de notre pays. C'est l'indigénat cantonal (ou droit de cité cantonal) et la bourgeoisie communale (droit de cité communal) qui conditionnent la nationalité suisse.

Ce système se traduit dans l'organisation de la procédure de naturalisation<sup>666</sup>. La procédure de naturalisation ordinaire – c'est elle qui nous intéresse – est régie au niveau constitutionnel (art. 37 ss Cst.) et législa-

<sup>663</sup> LINDER, *Schweizerische Demokratie*, p. 242 ss.

<sup>664</sup> BIANCHI, p. 159 ; GUTZWILLER, n° 145 ss. Le droit du sang s'oppose ici au droit du sol, où la nationalité s'acquiert par la naissance sur le territoire.

<sup>665</sup> GUTZWILLER, n° 152.

<sup>666</sup> Sur la procédure : TORNAY, p. 294 ss.

tif (art. 12 ss LN). En la matière, la Confédération « édicte des dispositions minimales sur la naturalisation des étrangers par les cantons et octroie l'autorisation de naturalisation » (art. 38 al. 2 Cst.)<sup>667</sup>. La nationalité suisse peut être acquise selon une procédure ordinaire uniquement si le canton de résidence et la commune de résidence en décident ainsi (art. 12 al. 1 LN)<sup>668</sup>. Il faut préalablement disposer d'une autorisation de la Confédération (art. 12 al. 2 LN) qui n'est généralement octroyée que si le candidat à la naturalisation a élu domicile en Suisse depuis au moins douze ans, s'est intégré dans la communauté suisse et accoutumé au mode de vie et aux usages suisses. On exige aussi de lui qu'il se conforme à l'ordre juridique suisse et ne compromette pas la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse (art. 14 s. LN).

Si la Confédération et les cantons fixent les conditions d'obtention du droit de cité suisse, c'est en pratique la décision communale qui est déterminante. En effet, de nombreux cantons ont délégué aux communes la tâche d'octroyer du droit de cité communal. La liberté des cantons quant à la procédure est grande<sup>669</sup>. Généralement, la décision est prise par l'assemblée communale (législatif, éventuellement composée des citoyens actifs)<sup>670</sup>. Dans certains cantons<sup>671</sup>, c'est par un scrutin populaire (vote aux urnes) que la décision de naturalisation est prise.

Du point de vue du candidat, il n'y a pas de droit à la naturalisation, même si les conditions légales sont remplies<sup>672</sup>.

#### **4.1.2 L'intervention du juge**

Traditionnellement, la décision de naturalisation était considérée comme un « acte de souveraineté » décidé en toute opportunité par l'autorité compétente. En 2003, deux arrêts du Tribunal fédéral, rendus le même jour, ont bouleversé le système.

---

<sup>667</sup> Sur la notion de « dispositions minimales » : GUTZWILLER, n° 505 ss.

<sup>668</sup> HARTMANN / MERZ, n° 12.74 ss.

<sup>669</sup> GUTZWILLER, n° 153. V. ég. TORNAY, p. 296 s.

<sup>670</sup> TORNAY, p. 296.

<sup>671</sup> Pour un état des lieux relativement récent : TORNAY, n. 1379 ss not. 1382.

<sup>672</sup> Not. HAEFLIN / HALLER / KELLER, n° 1339 ; BIANCHI, p. 160.

Dans un premier arrêt<sup>673</sup>, le Tribunal fédéral avait à se prononcer sur le recours de plusieurs ressortissants de l'ex-Yougoslavie qui s'étaient vu refuser leur demande de naturalisation, dans la commune lucernoise d'Emmen. Le Tribunal fédéral se penche d'abord sur la question de la recevabilité de l'arrêt, une question qui n'allait pas de soi. Sur le fond, s'appuyant notamment sur le constat que les personnes dont la demande avait été refusée étaient toutes originaires des Balkans, alors que celles originaires d'Europe notamment avaient vu leur demande acceptée, le Tribunal fédéral a jugé que la décision des citoyens d'Emmen était discriminatoire au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. et qu'elle devait être annulée.

Dans un second arrêt<sup>674</sup>, le Tribunal fédéral était saisi d'une affaire zurichoise dans laquelle le Conseil d'État du canton avait jugé non conforme au droit fédéral une initiative cantonale, lancée par l'UDC locale. Son but était d'introduire, dans le canton, le vote aux urnes, pour décider des naturalisations ordinaires. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral explique que la décision de naturalisation est avant tout une décision administrative soumise au droit, notamment aux garanties de procédure<sup>675</sup>. En conséquence, le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.)<sup>676</sup>, qui exige notamment que l'autorité motive ses décisions, est applicable. Or, le corps électoral ne peut pas se motiver. Par conséquent, la procédure demandée par l'initiative était bien inconstitutionnelle<sup>677</sup>. Ensuite, la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.) est, selon le Tribunal fédéral, incompatible avec l'exigence démocratique qui veut que des données sensibles (origine, fortune, revenu, situation de famille, etc.) soient communiquées aux citoyens pour que ceux-ci décident en connaissance de cause<sup>678</sup>. Enfin, le Tribunal fédéral en conclut que les référendums administratifs portant sur la situation juridique d'un particulier sont difficilement admissibles au regard des exigences constitutionnelles<sup>679</sup>.

---

<sup>673</sup> ATF 129 I 217, JdT 2004 I 574 (trad.).

<sup>674</sup> ATF 129 I 232, JdT 2004 I 588 (trad.).

<sup>675</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.3, JdT 2004 I 588 (trad.) et les références citées.

<sup>676</sup> Sur cette notion : TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER, § 30 n° 35 ss et § 29 n° 11 ss.

<sup>677</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.2, JdT 2004 I 588 (trad.) et les références citées ; TORNAVY, p. 307 ss.

<sup>678</sup> ATF 129 I 232 consid. 4, JdT 2004 I 588 (trad.) et les références citées.

<sup>679</sup> ATF 129 I 232 consid. 5, JdT 2004 I 588 (trad.) et les références citées.

Après cela, le Tribunal fédéral s'en est, pour l'essentiel, tenu à sa nouvelle jurisprudence<sup>680</sup>.

#### 4.1.3 La situation après l'intervention du juge

Ces deux arrêts ont suscité des réactions médiatiques<sup>681</sup> et juridiques<sup>682</sup> très importantes. De son côté, la classe politique a abondamment réagi à ces deux arrêts<sup>683</sup>. La principale réaction politique a été le lancement de l'initiative « pour des naturalisations démocratiques » par l'UDC, déposée le 18 novembre 2005<sup>684</sup>. Cette initiative demandait un retour à la situation juridique antérieure, c'est-à-dire un renversement des deux arrêts de 2003. Plus précisément, deux choses étaient proposées<sup>685</sup> :

- les communes auraient dû pouvoir décider de manière autonome quel organe était compétent pour accorder le droit de cité communal<sup>686</sup> ;
- la décision prise par l'organe désigné aurait dû être définitive (elle n'aurait pas pu être examinée par une autre instance).

Le Parlement fédéral, déjà occupé par la question<sup>687</sup>, a été saisi de trois interventions parlementaires<sup>688</sup> et de trois initiatives cantonales<sup>689</sup>, des-

---

<sup>680</sup> P.ex. ATF 132 I 167, JdT 2008 I 271 (trad.) ; ATF 132 I 196, JdT 2007 I 101 (trad.). Pour les quelques tempéraments : TORNAY, p. 332 ss not p. 339 (tableau récapitulatif) ; HARTMANN / MERZ, n° 12.77.

Sur la distinction entre vote aux urnes et vote en assemblée communale, introduite par la suite : *infra* 4.2.6.

<sup>681</sup> Pour un recensement, certainement partiel : GUTZWILLER, n. 529 ; TORNAY, p. 318 s. et n. 1464.

<sup>682</sup> Le site internet du TF ne recense pas moins de treize commentaires de l'arrêt « Emmen » et quinze de l'arrêt zurichois (certains valant pour les deux décisions). V. ég. TORNAY, n. 1467 à 1469.

<sup>683</sup> TORNAY, n. 1465 s.

<sup>684</sup> Examen préliminaire : FF 2004 p. 2261 ; aboutissement : FF 2006 p. 835.

<sup>685</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*, not. pp. 8482 et 8496 ss. V. ég. pour une présentation différente : AUER / TORNAY, p. 741.

<sup>686</sup> En fait, pour ce faire, l'initiative retire aux cantons une compétence organisationnelle pour la confier aux organes communaux (TORNAY, p. 324).

<sup>687</sup> MCF 01.076 « Loi sur la nationalité. Révision » ; TORNAY, n. 1399.

<sup>688</sup> Outre l'initiative PFISTERER (v. n. 691) : in. parl. 03.455 JODER « Naturalisations. Accroître le pouvoir des cantons et des communes » et 04.471 MARKWALDER BÄR « Loi sur la nationalité. Modification ». Pour des descriptions de ces initiatives : TORNAY, n. 1475 s.

tinées au moins à clarifier la situation juridique, voire à la renverser<sup>690</sup>. Finalement, la CIP/CE s'est penchée sur la question suite à une initiative parlementaire déposée par Thomas PFISTERER<sup>691</sup>. Dictée par la volonté de donner « au législateur, et non au Tribunal fédéral, [le rôle] de clarifier la situation juridique », afin de trouver « une solution qui concilierait la tradition de naturalisation par le peuple [...] avec les principes de l'état de droit »<sup>692</sup>, cette loi de modification de la LN a inscrit dans le texte légal les principes suivants<sup>693</sup> :

- l'obligation de motivation de tout rejet d'une demande de naturalisation (art. 15b al. 1 LN) ;
- l'autorisation de principe des naturalisations par les assemblées de commune (art. 15a al. 2 LN<sup>694</sup>), pour autant qu'une demande de naturalisation ne puisse être rejetée que si elle a fait l'objet au préalable d'une proposition de rejet motivée (art. 15b al. 2 LN)<sup>695</sup> ;
- l'obligation faite aux cantons d'ouvrir une possibilité de recours devant un tribunal qui statue en dernière instance cantonale sur les décisions communales ou cantonales en matière de naturalisation ordinaire (art. 50 LN)<sup>696</sup> ;
- la protection de la sphère privée du demandeur (art. 15c LN)<sup>697</sup>.

---

<sup>689</sup> In. cant. 03.317 SCHWYZ « Procédure de naturalisation », 04.306 LUCERNE « Naturalisations. Adaptation des bases légales » et 04.306 ARGOVIE « Naturalisations ». Pour des descriptions de ces initiatives : TORNAY, n. 1477 à 1479.

<sup>690</sup> Pour une présentation des débats parlementaires : CIP/CE, p. 6497 s.

<sup>691</sup> In. parl. 03.454 PFISTERER « Loi sur la nationalité. Modification ».

<sup>692</sup> CIP/CE, p. 6500 s.

<sup>693</sup> RO 2008 p. 5911 ; CIP/CE, p. 6504 ss ; HANGARTNER, *Grundsatzfragen*, p. 295 s. ; TORNAY, p. 320 ss.

<sup>694</sup> Notons que l'obligation de motivation exclut *de facto* le référendum obligatoire sur les naturalisations dès lors que, ainsi, une naturalisation pourrait être refusée sans motivation, not. si l'autorité qui a préparé le scrutin n'avait aucun motif pour refuser une naturalisation (CIP/CE, p. 6506). Moins catégorique : HANGARTNER, *Grundsatzfragen*, p. 296. TORNAY envisage qu'une motivation soit formulée par le comité « référendaire » (TORNAY, p. 321 s.). Cette position semble aussi être celle du TF (TORNAY, p. 337 s. et les références citées).

<sup>695</sup> CIP/CE, p. 6504.

<sup>696</sup> CIP/CE, p. 6505.

<sup>697</sup> CIP/CE, p. 6505.

L'initiative PFISTERER avait un but plus ambitieux que le résultat auquel elle a abouti. Il s'agissait de préserver les traditions helvétiques (la naturalisation comme acte plus politique que juridique, le vote aux urnes)<sup>698</sup>. Sous l'impulsion du Conseil national<sup>699</sup>, le Parlement a préféré n'inscrire que le vote en assemblée communale dans la loi.

Quoi qu'il en soit, la modification législative a servi de contre-projet indirect à l'initiative « pour des naturalisations démocratiques »<sup>700</sup> qui a finalement été rejetée en votation populaire le 1<sup>er</sup> juin 2008<sup>701</sup>.

## 4.2 SON APPRÉCIATION

Le cas des naturalisations par les urnes est emblématique. Il se situe en effet au cœur de principes constitutionnels (et politiques) incontournables : la répartition des compétences (entre Confédération, cantons et communes), la protection des droits fondamentaux, la démocratie directe et la séparation des pouvoirs<sup>702</sup>. Au fond, ce cas pose la question de la légitimité du pouvoir : légitimité du pouvoir de participer aux décisions collectives, légitimité de celui qui pourra peut-être remettre en cause ces décisions. Une telle constellation est idéale pour observer les rapports entre droit et politique.

Nous examinerons les deux arrêts du Tribunal fédéral dans un même mouvement dès lors qu'ils ont suscité une même réaction dans le monde politique. Pour ce faire, nous analyserons successivement la position du juge comme acteur (*infra* 4.2.1), l'impact de cette jurisprudence sur deux institutions juridiques (*infra* 4.2.2), comment se comporte le juge soumis à la contrainte (*infra* 4.2.3), en quoi la jurisprudence du Tribunal fédéral comporte une dimension d'opportunité (*infra* 4.2.4), le rapport

---

<sup>698</sup> TORNAY, p. 320. L'initiative visait not. à restreindre les recours à la violation des garanties constitutionnelles « de procédure ».

<sup>699</sup> Not. BOCN 2007 p. 1564 ss.

<sup>700</sup> Ch. II al. 2 de la LF du 21 décembre 2007 portant modification de la loi sur la nationalité (RO 2008 p. 5911 ss not. p. 5912).

<sup>701</sup> Résultats de la votation : FF 2008 p. 5599.

<sup>702</sup> TORNAY, p. 349 ss. Sur la question de la légitimité du législateur et du juge : DÜRR, p. 66 ss. V. ég. SPESCHA, *passim*. Le sujet a également suscité l'intérêt de l'un des auteurs qui ont inspiré la première partie de ce mémoire (MOOR, *Pour une théorie*, p. 220).

entre le droit et sa textualité (*infra* 4.2.5) et enfin comment le Tribunal fédéral a pris la mesure de la reconnaissance du droit (*infra* 4.2.6).

#### 4.2.1 L'acteur principal : le Tribunal fédéral

Le juge peut être un acteur important du cycle des politiques publiques (*infra* 4.2.1.2) pour autant qu'il y participe (*infra* 4.2.1.1).

4.2.1.1 La recevabilité, comme condition de participation du juge  
Dans l'affaire d'Emmen, la première question que le juge a examinée est celle de la recevabilité du recours<sup>703</sup>. Sans entrer dans les détails, pour qu'un recours de droit public fût recevable, il fallait que le recourant pût se prévaloir d'un « intérêt juridiquement protégé » (art. 88 OJ)<sup>704</sup>. Le Tribunal fédéral a, pour la première fois dans cette affaire, estimé que l'art. 8 al. 2 Cst. accordait aux justiciables une protection suffisante pour avoir la qualité pour recourir<sup>705</sup>.

La question de la recevabilité est importante dans notre contexte<sup>706</sup>. C'est en effet une condition *sine qua non* de l'intervention du juge dans le cycle des politiques publiques.

Cela étant, l'absence de voies de recours n'exclut cependant pas d'autres formes d'intervention plus marginales (effet prophylactique de la jurisprudence<sup>707</sup>, recours à des *obiter dicta*<sup>708</sup> dans d'autres affaires, participation à des commissions d'experts, etc.). À titre d'exemple, dans l'élaboration de la loi censée répondre à la jurisprudence du Tribunal fédéral, on relèvera la participation d'un juge fédéral, Giuseppe NAY, audi-

<sup>703</sup> ATF 129 I 217 consid. 1, JdT 2004 I 574 (trad.). Sur la recevabilité (actuellement) des recours en matière de naturalisation ordinaire : DONZALLAZ, art. 83 LTF n° 2762 ss ; TORNAY, p. 345 ss.

<sup>704</sup> Cette voie de recours a été supprimée avec l'abrogation de l'OJ et l'entrée en vigueur de la LTF.

<sup>705</sup> TORNAY, p 313 s. et les références citées ; WYSSMAN, p. 268.

<sup>706</sup> Sur ce problème : BOHNET, *passim*.

<sup>707</sup> On pense ici au contrôle juridique préventif (CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport contrôle juridique préventif*, p. 1989 ss.), mais aussi au rôle de « législateur négatif » du TF (AUER, *Les effets*, n° 29).

<sup>708</sup> *Supra* n. 245.

tionné comme expert, comme exemple d'un mode alternatif de participation des juges au processus normatif<sup>709</sup>.

#### 4.2.1.2 Une mise à l'agenda par le juge

Avant les arrêts de 2003, les difficultés posées par la procédure de naturalisation avaient été soulevées par des interventions parlementaires<sup>710</sup>, des contributions doctrinales<sup>711</sup> et de la jurisprudence cantonale<sup>712</sup>. C'est cependant la jurisprudence du Tribunal fédéral, « innovatrice, audacieuse et déstabilisante », qualifiée de « pavé dans la mare »<sup>713</sup> ou de « décisions du siècle »<sup>714</sup>, qui a enclenché le processus politico-juridique. Cela nous permet de rappeler que le juge est un acteur politique comme les autres, dans la mesure où il est l'une des pièces de l'appareil institutionnel<sup>715</sup>.

Normalement, une décision judiciaire est un exemple de droit-contrainte : elle clôt un débat en le dépolitisant. Cela étant, aussi contrainte soit-elle, la charge politique n'est jamais réduite à néant. Dans le cas qui nous intéresse, les arrêts du Tribunal fédéral ont mis un terme à une séquence (celle des recourants). Dans le même temps, ils en ont

---

<sup>709</sup> CIP/CE, p. 6501.

<sup>710</sup> Depuis 2000 : Qst. 01.5203 HUBMANN VRENI « Refus d'accorder la nationalité suisse pour des motifs étrangers à l'affaire » ; in. parl. 01.455 CIP/CN « Droit de recours contre les décisions de naturalisation discriminatoires » ; qst. 00.5076 FÄSSLER-OSTERWALDER « Quels organes pour la naturalisation ? » ; qst. 00.5069 ZISYADIS « Procédure de naturalisation » ; QO 00.1054 BIGGER « Droit de se faire naturaliser en dépit d'un refus par le peuple ? » ; QO 00.1149 BAUMANN « La naturalisation est-elle l'ultime instrument contre une expulsion ? » ; motion 00.3052 GARBANI « Nature administrative des décisions de naturalisation » ; ip. 00.3077 BERGER-WILDHABER « Naturalisations par le peuple. Apparence d'un acte démocratique » ; motion 00.3086 Groupe écologiste « Introduction d'un droit à la naturalisation » ; motion 00.3092 AEPPLI « Sauvegarde des droits fondamentaux dans les procédures de naturalisation » ; motion 00.3226 Commission programme de législature « Garantie d'une procédure de naturalisation respectant les principes d'un État de droit » ; qst. 00.5049 SCHWAAB « Procédure de naturalisation » ; qst. 00.5055 RECHTSTEINER « Refus de la naturalisation pour des motifs ethniques » ; qst. 00.5057 WIDMER « Procédure de naturalisation et droits de l'homme ». V. ég. TORNAY, p. 301 s. et n. 1399.

<sup>711</sup> Pour une liste : TORNAY, p. 303 et n. 1403. V. ég. WALDMANN, pp. 450 ss et 600 ss.

<sup>712</sup> TORNAY, p. 304 ss et les références jurisprudentielles citées.

<sup>713</sup> TORNAY, p. 316 s.

<sup>714</sup> HANGARTNER, *Grundsatzfragen*, p. 295 (trad.).

<sup>715</sup> TROPER, *Le pouvoir*, p. 5 ; *id.*, *Pour une théorie*, p. 100.

ouvert une nouvelle. On est entré dans une phase de droit-moyen, car, pour les opposants à la nouvelle jurisprudence, il fallait revenir en arrière et modifier la loi, voire la constitution. On a donc assisté à une politisation.

#### 4.2.2 Retour sur deux institutions, entre droit et politique

Intéressons-nous maintenant à deux institutions connues de la science du droit, l'acte de souveraineté (*infra* 4.2.2.1) et le revirement de jurisprudence (*infra* 4.2.2.2), que l'on trouve dans le cas qui nous occupe.

##### 4.2.2.1 L'acte de souveraineté

Un acte de souveraineté (ou acte de gouvernement, ou acte politique) est un acte d'opportunité politique. La souveraineté s'y exprime et, par définition, elle ne peut être l'objet d'aucune sujétion. Un acte de souveraineté ne peut donc faire l'objet d'aucun recours<sup>716</sup> et échappe ainsi au contrôle du juge. Une élection, une grâce et, au moins jusqu'en 2003, une naturalisation<sup>717</sup> étaient des exemples d'actes de souveraineté.

Il ne faut cependant pas renverser la logique. Ce n'est pas parce que la naturalisation est un acte de souveraineté que le législateur n'a pas prévu de droit de recours (et que le juge refuse de se saisir de l'affaire). C'est bien parce que ni le législateur ni le juge n'entend porter de jugement en droit sur cette décision que celle-ci est souveraine. La théorie réaliste est ici parfaitement correcte : le pouvoir de l'acteur découle de sa position institutionnelle, et non d'un quelconque texte.

Quoi qu'il en soit, cette catégorie est déjà intéressante dans notre perspective, quant à son rapport au droit et à la politique. En effet, si l'acte de souveraineté n'est pas soumis au juge, il n'échappe en revanche pas au droit. Ne serait-ce que par la norme attributive de compétence, le droit saisit également les actes de gouvernement. L'acte de souveraineté montre que droit et politique sont toujours imbriqués. Il est impossible de les dissocier. Le Tribunal fédéral ne dit pas autre chose quand il af-

---

<sup>716</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 560.

<sup>717</sup> HANGARTNER, *Grundsatzfragen*, p. 297 ss. L'auteur conteste la nouvelle qualification.

firme que la procédure de naturalisation « ne se déroule pas dans un cadre non juridique »<sup>718</sup>.

#### 4.2.2.2 Le revirement de jurisprudence

**Un changement de droit sans changement de loi.** – L'intervention du Tribunal fédéral est d'autant plus intéressante ici que celle-ci a été l'occasion d'un revirement de jurisprudence, c'est-à-dire que le juge « abandonne une solution admise jusqu'alors et en adopte une nouvelle »<sup>719</sup>. Cette définition, faussement banale, cache une mise en cause de la théorie légaliste. Dès lors que les supports textuels n'ont subi aucune modification, le changement d'attitude du juge (et donc de la norme) pose problème.

Faisons l'exercice avec les arguments tirés du droit international, mais on pourrait aussi raisonner sur la base des garanties de procédure (art. 29 al. 2 Cst.). On remarque alors la plasticité des relations entre droit international et droit interne dans le débat juridico-politique. Dans le premier cas que nous avons examiné, la portée des engagements internationaux avait d'abord été minimisée lorsqu'il s'agissait de ratifier la Conv. VMS (droit-opportunité [variante]). Elle avait été ensuite maximisée lorsqu'il était question d'adopter une norme en soi inconstitutionnelle (droit-opportunité<sup>720</sup>). Ici, le droit international est mobilisé à la fois à l'appui de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>721</sup> et comme argument contre l'initiative populaire<sup>722</sup>. Le Conseil fédéral estimait par exemple que l'initiative n'était pas contraire aux « règles impératives du droit international » (art. 139 al. 3 Cst.) et qu'elle ne devait pas, de ce fait, être invalidée<sup>723</sup>. En revanche, il affirmait le non-respect par l'initiative de la CEDR, du Pacte ONU II et de la CEDH<sup>724</sup>. Nous n'examinerons pas la pertinence de ces arguments. Relevons simplement que ces traités existaient sous l'empire de l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral,

<sup>718</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.3, JdT 2004 I 588 (trad.).

<sup>719</sup> LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 194.

<sup>720</sup> *Supra* 3.2.2.2.

<sup>721</sup> ATF 129 I 217 consid. 1.1, JdT 2004 I 574 (trad.).

<sup>722</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*, p. 8486 ss.

<sup>723</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*, p. 8498 s.

<sup>724</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*, p. 8487 ss. V. ég. TORNAY, p. 325 s.

sans que les autorités (politiques ni surtout judiciaires !) ne trouvent à s'en émouvoir. Autrement dit, selon la théorie légaliste, si ces traités étaient de nature à rendre contraires au droit les naturalisations par les urnes, ils auraient dû s'imposer dès leur ratification. (Il en est de même pour les garanties du droit de procédure, du point de vue du droit interne.)

**L'insuffisance des explications juridiques.** – Les juristes ont des palliatifs : d'une part, on va exiger du juge une motivation particulière de ses revirements<sup>725</sup> et, d'autre part, le revirement peut s'appuyer sur une évolution des conceptions juridiques (ou sociales), selon les doctrines évolutionnistes de l'interprétation. Dans l'affaire des naturalisations, le Tribunal fédéral invoque la doctrine la plus récente à propos de la conception de la décision de naturalisation comme acte juridique ou acte de souveraineté, mais pas au sujet du droit international. Donc, les doctrines évolutionnistes de l'interprétation ne sont ici d'aucun secours au regard des arguments tirés du droit international et retenus par le Tribunal fédéral.

En revanche, *la théorie micropolitique* (dans le droit fil de la théorie réaliste) qui voit l'argument juridique comme un argument parmi d'autres et l'argumentation juridique comme un outil destiné à *emporter la conviction du lecteur* nous semble mieux à même de qualifier le comportement du juge. C'est un travail de persuasion et de constatation à la fois. D'un côté, le Tribunal fédéral et Conseil fédéral avancent un argument de droit-opportunité (« obstacle juridique insurmontable ») et cherchent à imposer sa reconnaissance comme droit-contrainte (pour dépolitiser). De l'autre côté, on peut dire que, si les traités internationaux (et les garanties de procédure) sont restés inappliqués, c'est qu'ils ne jouissaient pas (encore) d'une reconnaissance suffisante. Suite à un travail politique et doctrinal, la situation a néanmoins évolué et le juge a en quelque sorte pris acte de cette évolution.

Cette atténuation n'enlève rien au constat préliminaire : si le revirement de jurisprudence est un changement du droit, il s'apparente à un changement de législation, ce qui met le juge dans une position comparable à

<sup>725</sup> Art. 23 LTF et 37 RTF ; LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 198 ss.

celle du législateur. De fait, dans le cas des naturalisations, au moment précis où le Tribunal fédéral décide de renverser sa pratique et d'interdire les naturalisations aux urnes, il est *politique*.

#### 4.2.3 De la contrainte argumentative au dialogue normatif

Voyons maintenant comment la contrainte d'argumentation a pesé sur le Tribunal fédéral (*infra* 4.2.3.1) et comment cette contrainte a permis au législateur, voire au constituant, d'entrer en dialogue avec le juge (*infra* 4.2.3.2).

4.2.3.1 Le Tribunal fédéral soumis à la contrainte d'argumentation  
Les deux arrêts de 2003 montrent combien l'argumentation est centrale pour le juge. Si les réactions médiatiques, puis politiques, ont été fortes après la publication de ces deux décisions, de quelle ampleur auraient-elles été si le juge ne s'était pas soigneusement motivé ? On saisit bien ici pourquoi le juge, en particulier quand ses décisions ne sont pas routinières, mais quand elles vont susciter une politisation du débat, *doit* se motiver, s'expliquer pour convaincre ses lecteurs et anticiper une quelconque remise en cause de sa légitimité. Si le Tribunal fédéral n'avait pas bien étayé ses décisions et, en quelque sorte, « compté ses troupes et ses cartouches », il se serait alors exposé à des mesures de rétorsion (contrainte de coercition). Dans le cas qui nous intéresse, la réaction la plus douce aura été un changement de la loi et une tentative de révision de la Constitution, mais elle aurait pu être plus incisive (certains ont menacé de non-réélection les juges trop impudents<sup>726</sup>).

4.2.3.2 Un dialogue autour de la norme

**Une parole, une réponse, une réplique...** – Une décision judiciaire peut éveiller une volonté de « reprise en main »<sup>727</sup>. Tel a été le cas après les deux arrêts sur la naturalisation aux urnes. On l'a dit : le législateur (ou le constituant), observant les décisions judiciaires, a voulu réagir et modifier la norme.

<sup>726</sup> ZIMMERLI, *Beeinflussungsversuchen*, n<sup>os</sup> 1, 12 ss, 17 et les références citées.

<sup>727</sup> Cette volonté est aussi bien celle de l'initiative « pour des naturalisations démocratiques » (CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*, p. 8496 s), de la CIP/CE (CIP/CE, not. p. 6500) que du Conseil fédéral (CONSEIL FÉDÉRAL, *Avi*s, p. 6656), quoique moins explicite.

Cette manifestation n'est qu'une étape dans ce qu'il convient d'appeler un dialogue normatif. Le législateur s'exprime, le juge répond, le législateur réplique. Et on recommence. Mais alors si le juge est libre, comme le veut la théorie réaliste, au moins dans sa version la plus radicale<sup>728</sup>, comment ce dialogue est-il possible ? En fait, la théorie réaliste trouve aussi bien avec l'initiative PFISTERER qu'avec l'initiative « pour des naturalisations démocratiques » un nouveau démenti<sup>729</sup>.

**Comment s'exerce la contrainte.** – Le législateur (ou le constituant) réagit parce qu'il sait que, d'une manière ou d'une autre, sa réaction aura un effet sur le juge. Ce ne sera pas pour autant l'effet décrit par la théorie légaliste. Même après le changement de la loi, le juge n'est pas lié par ce texte, puisqu'il en est l'interprète en dernier ressort. Sa position institutionnelle n'a pas changé. Ce sera un autre effet. L'expression du législateur est une *contrainte* nouvelle qui pèse sur le juge. Plus exactement, compte tenu des attentes des lecteurs du système juridique (dont la lecture aura pu être forgée par la théorie légaliste), le juge sera soumis à une contrainte argumentative d'autant plus intense que la volonté politique du législateur est forte et exprimée de manière fermée (densité normative forte pour la théorie légaliste, forte reconnaissance du droit selon la théorie micropolitique). La réponse du législateur ou du constituant est un droit-contrainte dans la mesure où elle vient réduire la marge de manœuvre politique du juge (elle dépolitise, parce qu'elle fait peser une contrainte argumentative supplémentaire sur le juge).

Pour mieux comprendre, raisonnons avec l'affaire des naturalisations aux urnes. Une projection uchronique<sup>730</sup> nous y aidera. Imaginons que le Tribunal fédéral veuille demain refuser d'appliquer l'art. 15a LN en raison de son incompatibilité avec la Constitution et le droit internatio-

---

<sup>728</sup> Certains auteurs réalistes admettent une réaction du législateur ou du constituant (vue comme une contrainte au sens fort ; *supra* 2.3.1.2). Nous avons vu pourquoi cette qualification ne saurait être retenue (*supra* 2.3.2).

<sup>729</sup> Encore, pour être complet, faudrait-il commencer par l'intervention du constituant et du législateur (aux niveaux fédéral et cantonal) qui ont adopté les normes en cause, mais on s'en tiendra à une séquence temporelle récente et clairement identifiable.

<sup>730</sup> L'uchronie est une évocation imaginaire dans le temps, généralement dans le futur.

nal (art. 6, 13 ou 14 CEDH ou CEDR)<sup>731</sup>. Ou imaginons que l'initiative « pour des naturalisations démocratiques » ait été approuvée et que le Tribunal fédéral souhaite l'écarter pour la même raison<sup>732</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, la contrainte d'argumentation serait autrement plus forte sur le juge. Pour trancher selon son point de vue, le juge devrait trouver des arguments susceptibles de s'imposer à ses lecteurs. Faire prévaloir des objections tirées du droit supérieur lui demanderait une argumentation d'une telle force de persuasion, d'une telle exigence de rationalité, que le juge renoncerait probablement (mais pas sûrement). Ainsi, on peut estimer que la contrainte d'argumentation l'emporterait alors et non une quelconque volonté du constituant. Autrement dit, les attentes des lecteurs seraient probablement (mais, encore une fois, pas sûrement) telles qu'aucun argument du juge ne pourrait les renverser. Néanmoins, si le juge se lançait dans l'exercice et s'il l'emportait, il aurait simplement ajouté une réplique supplémentaire au dialogue normatif.

#### 4.2.4 Une analyse critique de l'argumentation du Tribunal fédéral

Pour le Tribunal fédéral, le refus des naturalisations aux urnes est motivé essentiellement par quatre raisons<sup>733</sup> : la naturalisation est un acte juridique et non un acte de souveraineté (*infra* 4.2.4.1), l'examen des faits (à Emmen) montre qu'il y a eu discrimination (*infra* 4.2.4.2), le droit de vote ne saurait l'emporter sur l'interdiction des discriminations (*infra* 4.2.4.3) et, enfin, les naturalisations aux urnes présentent un fort risque de discrimination (*infra* 4.2.4.4).

Regardons cette argumentation de manière critique. Notre propos n'est pas de rouvrir la discussion ni de critiquer la position du Tribunal fédé-

<sup>731</sup> HANGARTNER, *Grundsatzfragen*, p. 303 s. ; AUER, *Einbürgerungen*, n° 50 ss. Ce dernier soutient que l'art. 15a al. 2 LN est contraire à la Cst.

<sup>732</sup> AUER / TORNAY, n. 17. Après tout, la Cst. ne dit rien du rapport entre elle et le droit international (art. 190 Cst. *a contrario*). V. ég. WENGER, p. 424 ss not. p. 434.

<sup>733</sup> Pour des raisons de place, nous renonçons à analyser les arguments du TF relatifs à la protection de la sphère privée (v. cep. ATF 129 I 232 consid. 4.3, JdT 2004 I 588 [trad.] ; HANGARTNER, *Grundsatzfragen*, p. 305 s.) et aux difficultés liées aux référendums administratifs individuels (v. cep. ATF 129 I 232 consid. 4.3 et 5, JdT 2004 I 588 [trad.] ; TORNAY, p. 343 ss not. p. 345).

ral. *Il s'agit uniquement de mettre en évidence la dimension d'opportunité qui existe dans la décision du juge que nous approuvons au demeurant.* Cela n'empêche pas le juge de s'inspirer de valeurs très respectables (celles issues de sa propre philosophie politique par exemple<sup>734</sup>), mais étrangères au domaine juridique. Cela signifie qu'il se retrouve bien dans une position essentiellement *politique*.

#### 4.2.4.1 Acte juridique ou de souveraineté, une motivation autoréférentielle ?

**Le problème.** – Le Tribunal fédéral affirme que l'octroi de la naturalisation « réalise tous les éléments constitutifs d'une décision » (acte individuel et concret<sup>735</sup>) et qu'il « ne se déroule pas dans un cadre non juridique »<sup>736</sup>. Ces éléments ne démontrent cependant pas encore que la naturalisation quitte la catégorie des actes de souveraineté pour celle des actes juridiques<sup>737</sup>. En effet, nous avons déjà montré que tous les actes de souveraineté sont soumis au droit ne serait-ce que la norme attributive de compétence<sup>738</sup>. De même, d'autres actes de souveraineté, comme l'élection ou la grâce<sup>739</sup>, concernent aussi des cas individuels.

Le Tribunal fédéral affirme ensuite que « le large pouvoir d'appréciation de l'autorité qui décide sur les naturalisations ne plaide pas [...] contre l'obligation de motiver, mais au contraire en faveur de celle-ci »<sup>740</sup>. L'affirmation n'est pas contestable, mais dès lors que l'on n'a pas encore établi que la décision de naturalisation est un acte juridique, elle relève de la « déclaration de principe », puisqu'elle admet ce qu'elle doit prouver<sup>741</sup>.

<sup>734</sup> Le juge peut demeurer un militant (FAVRE, *Le juge*, p. 52 s.). Même un juge peut reconnaître cette marge de manœuvre (SEILER, *Richter*, n<sup>os</sup> 21 et 24).

<sup>735</sup> V. ég. AUER / VON ARX, p. 925.

<sup>736</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.3, JdT 2004 I 588 (trad.).

<sup>737</sup> Dans ce sens : HANGARTNER, *Grundsatzfragen*, p. 298.

<sup>738</sup> *Supra* 4.2.2.1.

<sup>739</sup> La grâce – il est vrai – est régie par moins de conditions matérielles que la naturalisation (GUTZWILLER, n<sup>o</sup> 870). Certains y voient aussi un acte qui doit être soumis à l'interdiction de l'arbitraire (*id.*, n. 2536). Le TF ne voit aucun intérêt pratique du recourant à avoir une motivation (p.ex. ATF 118 la 104 consid. 2b, JdT 1994 IV 63).

<sup>740</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.3, JdT 2004 I 588 (trad.).

<sup>741</sup> SEILER, *Einbürgerungen*, p. 535 s.

**Des réponses peu convaincantes.** – Les naturalisations sont-elles des actes de souveraineté ? En guise de réponse, nous soulèverons deux points. Premièrement, les tentatives de réduction de la difficulté<sup>742</sup> sont peu convaincantes. Dire par exemple que la naturalisation à un « caractère double »<sup>743</sup> n’a que l’apparence de la cohérence<sup>744</sup>. Dès lors que l’on en vient à proposer des solutions telles que le refus admissible uniquement sur proposition (de l’autorité ou d’un comité « référendaire »), une motivation intégrée au bulletin de vote, une motivation *a posteriori* (recherche de la motivation dans les discussions précédant le vote), on mesure à quelles étrangetés peut conduire une position médiane<sup>745</sup>. En définitive, tout revient à cette alternative : soit la décision est de nature essentiellement politique, et le juge devrait être exclu de la procédure (ou devrait s’abstenir d’intervenir trop intensément), soit la décision est de nature juridique, et le juge devrait exercer un contrôle étroit. Or, les deux raisonnements sont soutenables. Rien dans l’ordonnancement juridique ne permet de trancher la question<sup>746</sup>. Pour la résoudre, il faudrait déterminer si des décisions peuvent être valables juridiquement si elles reposent sur des motifs politiques<sup>747</sup>, ce qui est un choix de société, c’est-à-dire une question politique<sup>748</sup>.

**Un raisonnement à la limite gênant.** – Deuxièmement, le raisonnement du Tribunal fédéral est gênant, si on le pousse à l’extrême, car il peut aboutir à une remise en cause de toute expression démocratique<sup>749</sup>. Le Tribunal fédéral n’explique pas pourquoi son argumentation ne s’appliquerait pas aux autres actes de souveraineté. Prenons le cas d’une

<sup>742</sup> TORNAVY, p. 353 s. Sur la difficulté de qualifier ces décisions : SEILER, *Einbürgerungen*, p. 536 s.

<sup>743</sup> EHRENZELLER, cité par : CIP/CE, p. 6502. Pour d’autres références : GUTZWILLER, n. 2518.

<sup>744</sup> Pour une critique plus détaillée : GUTZWILLER, n° 868.

<sup>745</sup> Sur toutes ces modalités alternatives : GUTZWILLER, n° 958 ss. V. ég. ATF 130 I 140 consid. 5.3.6, JdT 2006 I 370 (trad.) ; AUER, *Einbürgerungen*, n° 10 ; DONZALLAZ, art. 83 LTF n° 2767 ; HARTMANN / MERZ, n° 12.77

<sup>746</sup> *Infra* 4.2.4.3.

<sup>747</sup> SEILER, *Einbürgerungen*, p. 535.

<sup>748</sup> La Suisse connaît une montée en puissance du droit. Le droit régit toujours plus de domaines, on invoque toujours plus les droits fondamentaux et il y a une judiciarisation croissante des relations sociales (KIENER / KRÜSI, p. 240 ss).

<sup>749</sup> Dans ce sens : SEILER, *Einbürgerungen*, pp. 531 s., 535 et les références citées.

élection<sup>750</sup> ou d'un référendum révocatoire<sup>751</sup>, notamment parce que l'organe décisionnel est le même (vote aux urnes). Imaginons qu'un édile recoure contre sa non-réélection ou sa révocation en exigeant une motivation de la décision ainsi prise à son endroit<sup>752</sup>. Son traitement se déroule dans un cadre juridique et concerne un cas particulier<sup>753</sup>. A-t-il droit à une motivation ? Certes, le Tribunal fédéral n'a jamais dit que tous les actes de souveraineté devaient être motivés ; il a seulement dit que les décisions de naturalisation ordinaire devaient l'être. Cela étant, puisque l'on est heurté à l'idée que des décisions concernant des élus puissent devoir être motivées, c'est qu'il existe des manifestations souveraines qui doivent échapper au contrôle du juge. Mais alors quel est le critère de distinction ?

#### 4.2.4.2 Les « faits », un travail sur la mineure ou la majeure du syllogisme ?

**Les arguments factuels de l'affaire d'Emmen.** – Dans l'affaire d'Emmen, le Tribunal fédéral fait le constat suivant : « Les quatre demandes concernant au total 8 personnes d'origine italienne ont été admises ; les 16 demandes concernant au total 36 personnes ressortissantes de l'ex-Yougoslavie ont été refusées. Ont été également refusées les demandes de naturalisation émanant d'une famille turque, d'un ressortissant hongrois, et d'une famille d'origine polonaise et néerlandaise. »<sup>754</sup> À l'appui de sa condamnation des discriminations, le juge souligne notamment que « [s]i l'on compare ces résultats à celui obtenu par les requêtes déposées par les personnes d'origine italienne, on peut présumer que l'origine des requérants a été le critère déterminant »<sup>755</sup>. Il relève que la durée du séjour en Suisse ne pouvait pas servir de facteur explicatif dès lors que parmi les candidatures refusées figurait celle de celui qui avait le plus longtemps séjourné dans notre pays<sup>756</sup>. Il fait

<sup>750</sup> On pourrait raisonner sur la base du référendum administratif avec lequel l'exigence de motivation serait impraticable (SEILER, *Einbürgerungen*, p. 531 s. ; GUTZWILLER, n° 903 ss not. n° 910). Cette institution est toutefois moins connue en Suisse romande.

<sup>751</sup> P.ex. art. 57 CstL/BE ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 50 n° 7.

<sup>752</sup> Se pose aussi la question : SEILER, *Einbürgerungen*, p. 532.

<sup>753</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.3, JdT 2004 I 588 (trad.).

<sup>754</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.3.1, JdT 2004 I 574 (trad.).

<sup>755</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.3.1, JdT 2004 I 574 (trad.).

<sup>756</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.3.1, JdT 2004 I 574 (trad.).

encore appel à des événements connexes à la cause qui lui est soumise<sup>757</sup>. Des tracts, distribués avant le scrutin, mettaient en cause la légitimité des naturalisations des ressortissants de l'ex-Yougoslavie, notamment en raison de leur religion musulmane.

**La nature de ces arguments.** – Avant d'examiner la nature des arguments retenus par le Tribunal fédéral, il faut souligner le travail d'explicitation qui est celui de l'interprète. La Constitution prévoit que « [n]ul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, [...] de sa langue, [...] » (art. 8 al. 2 Cst.). Le terme « discrimination » n'est notamment pas défini par le texte lui-même. Le Tribunal fédéral, se fondant sur les travaux préparatoires (interprétation historique), définit qu'une discrimination est réalisée « lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente, uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé »<sup>758</sup>. Ce faisant, il participe bien à la formulation de la majeure du syllogisme, donc à l'édiction du droit.

Revenons à la nature des arguments retenus, car le travail de concrétisation des termes de la loi ne s'arrête pas là. Si le raisonnement du juge repose ici bien sur un support normatif (art. 8 al. 2 Cst.), sa mise en œuvre le contraint à quitter le terrain juridique (quelle est la portée de la disposition en question ? à quelles conditions est-elle invocable ?) pour entrer sur un autre terrain, celui des faits, plus statistique, sociologique ou pratique<sup>759</sup>.

L'examen des faits se situe théoriquement dans la *mineure* du syllogisme. Or, l'examen des faits constitutifs d'une discrimination (les Italiens sont naturalisés, pas les ex-Yougoslaves) participe de la définition de la discrimination et donc de la *majeure* du syllogisme. Comment cela ? Quand le Tribunal fédéral démontre – le doute n'est ici guère permis<sup>760</sup> – que l'origine des candidats a été le facteur déterminant du refus de leur demande, il agit aussi sur la définition même de la discrimi-

<sup>757</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.3.2, JdT 2004 I 574 (trad.).

<sup>758</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.1, JdT 2004 I 574 (trad.).

<sup>759</sup> Ces arguments ont aussi une dimension politique : ils auraient tout aussi bien pu être utilisés à la tribune du parlement ou dans un débat télévisé.

<sup>760</sup> Sur la question de la preuve de la discrimination : GUTZWILLER, n° 1012 ss.

mination. Associer un élément à une catégorie générale est un travail de classification de l'élément, mais aussi de définition et de précision de la catégorie. De même, qualifier un traitement en particulier de « discriminatoire » revient à décrire la discrimination elle-même. C'est l'effet d'itération du droit. Ainsi, très concrètement, pour enseigner aux étudiants ce qu'est une discrimination, on va dorénavant leur présenter le cas particulier d'Emmen comme exemple, ce qui contribuera à fixer dans leur esprit ce qu'est une discrimination (en général).

Ainsi, dans le raisonnement du Tribunal se mêlent aussi bien du général et de l'abstrait que de l'individuel et du concret. Sait-on ce qu'est une discrimination parce qu'on l'a définie abstraitement et qu'on la constate dans les faits (raisonnement déductif) ou a-t-on observé des discriminations factuelles que l'on a voulu faire entrer dans la case « discrimination » (raisonnement inductif)<sup>761</sup> ? Autrement dit, on laisse une place à l'hypothèse selon laquelle le Tribunal fédéral a jugé inacceptable la situation vécue par les candidats à la naturalisation et qu'il a cherché des arguments pour faire droit à leur recours (*ergebnisorientierte Rechtsprechung*).

4.2.4.3 Droit de vote vs non-discrimination, quelle règle de conflit ?  
Lorsqu'il examine la compatibilité entre le droit de vote<sup>762</sup> et l'interdiction de la discrimination, le Tribunal fédéral s'appuie sur l'art. 35 al. 2 Cst. qui dispose que « [q]uiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux »<sup>763</sup>. Or, tant l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.) que le droit de vote (art. 34 al. 2 Cst.) figurent au rang des droits fondamentaux. Arbitrer en faveur de l'un et au détriment de l'autre, c'est établir une règle de conflit. En l'occurrence, l'interdiction des discriminations l'emporte sur le droit de vote, alors même que le principe veut que les garanties fondamentales ne connaissent aucune hiérarchie et qu'elles doivent

<sup>761</sup> En particulier, le TF relève que des tracts incitant à la discrimination avaient été distribués.

<sup>762</sup> Le droit de vote des citoyens est violé dans la mesure où la protection de la sphère privée des candidats restreint leur droit d'être informés et où l'exigence d'une motivation viole leur droit au vote secret (GUTZWILLER, n° 1117 ss).

<sup>763</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.2.1, JdT 2004 I 574 (trad.) ; TORNAY, p. 315 et les références citées.

s'appliquer concomitamment<sup>764</sup>. Quoiqu'il en soit, s'il y a incompatibilité entre deux droits fondamentaux – encore faut-il l'établir –, le juge *doit* trancher dans un cas concret (c'est la contrainte de réponse). Cependant, l'argument du Tribunal fédéral cache mal la dimension d'opportunité de son choix. L'arrêt zurichois rappelle qu'« un acte communal ou cantonal peut être judiciairement annulé pour violation du droit supérieur, même lorsqu'il a abouti avec le concours des citoyens »<sup>765</sup>. Le Tribunal fédéral ajoute que « [l]orsque [le respect des droits fondamentaux] n'est pas possible au cours d'un scrutin populaire par les urnes, une réglementation [...] prescrivant de soumettre au référendum de telles décisions individuelles s'avère contraire à la Constitution »<sup>766</sup> ou encore que « le droit de vote [...] ne fonde aucun droit à la reconnaissance du résultat d'un scrutin qui serait matériellement contraire au droit »<sup>767</sup>. Cet argument a l'inconvénient d'occulter que c'est fondamentalement au nom du *fédéralisme* et de la primauté du droit fédéral (et non des droits fondamentaux en tant que tels) que ce contrôle s'exerce (art. 49 Cst. ; art. 2 disp.trans. aCst.)<sup>768</sup>. L'arrêt parle bien de « violation du droit *supérieur* »<sup>769</sup>, ce qui est révélateur. Le Tribunal fédéral trancherait-il dans le même sens en cas de conflit entre une initiative populaire *fédérale* et les droits fondamentaux ? Rien dans le système juridique suisse ne prévoit la primauté des droits fondamentaux sur la volonté démocratique<sup>770</sup>.

4.2.4.4 Le risque de discrimination, un raisonnement syllogistique ? Par surabondance, le Tribunal fédéral explique que l'obligation de motivation se déduit de l'interdiction de toute discrimination. De quel type de raisonnement s'agit-il ? Le Tribunal fédéral soutient qu'« à défaut d'obligation de motiver, l'interdiction de toute discrimination risque en

<sup>764</sup> TSCHANNEN, *Verfassungsauslegung*, n° 5 ; KIENER / KRÜSI, p. 247.

<sup>765</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.2.2, JdT 2004 I 574 (trad.).

<sup>766</sup> ATF 129 I 232 consid. 5, JdT 2004 I 588 (trad.).

<sup>767</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.2.2, JdT 2004 I 574 (trad.).

<sup>768</sup> AUER, *La juridiction*, n° 75 ss ; LE ROY / SCHOENENBERGER, p. 373 (dans la 2<sup>e</sup> éd., Genève / Zurich / Bâle 2008).

<sup>769</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.2.2, JdT 2004 I 574 (trad.).

<sup>770</sup> Au contraire, l'art. 190 Cst. qui interdit le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fédérales plaide plutôt en faveur de la primauté du principe démocratique (SPESCHA, p. 182 s.).

fait de se trouver vidée de sa substance »<sup>771</sup>. Admettons que l'interdiction des discriminations s'applique y compris aux actes de souveraineté<sup>772</sup>. D'abord, dans l'arrêt zurichois, le juge affirme que, lors d'un vote aux urnes, la « multitude de motifs rend pratiquement impossible [...] de trouver une motivation à la décision »<sup>773</sup>, alors que lui-même parvient très bien à identifier la volonté de discriminer chez les citoyens d'Emmen qui se sont exprimés dans les urnes<sup>774</sup>...

Ensuite, il constate que « [l']interdiction de toute discrimination revêt une importance particulière dans la procédure de naturalisation, car le danger existe que l'« aptitude » d'un requérant soit déniée en raison de son appartenance à un groupe ethnoculturel déterminé, qui serait considéré par la majorité comme « étranger » [...] Ce risque de décisions rendues sur la base de stéréotypes est encore accru [...] lors d'un vote aux urnes [...] »<sup>775</sup>. Donc, c'est le risque concret de discrimination qui justifie dans l'abstrait l'obligation de motivation et l'interdiction des naturalisations aux urnes. Le juge part d'un fait particulier pour en tirer un principe ou une norme en l'occurrence. On appelle cela un raisonnement inductif, empirique, à rebours du syllogisme, qui, lui, est déductif. Le piège est la généralisation abusive : ce n'est pas parce qu'il y a un risque de discrimination (ou que l'on en a constaté une, à Emmen) que toutes les procédures de naturalisation (ni même la majorité d'entre elles) sont discriminatoires. Ainsi le juge fait la norme, donc son pouvoir est législatif, c'est-à-dire *politique*.

#### 4.2.5 L'initiative populaire, entre droit et textualité du droit

En soi, le lancement d'une initiative populaire est déjà symptomatique des rapports entre droit-moyen et droit-opportunité. Que l'on cherche sincèrement à régler un problème public (droit-moyen) ou que l'on cherche simplement à mettre un sujet à l'agenda politique ou à mobiliser

<sup>771</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.4.3, JdT 2004 I 588 (trad.). V. ég. le consid. 3.4.1 sur le lien entre motivation et interdiction des discriminations.

<sup>772</sup> En soi, un acte de souveraineté devrait échapper à toute contrainte matérielle, mais notre démonstration peut faire sienne une conception plus progressiste.

<sup>773</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.5, JdT 2004 I 588 (trad.).

<sup>774</sup> ATF 129 I 217 consid. 2.3, JdT 2004 I 574 (trad.). Sur la contradiction : SEILER, *Einbürgerungen*, p. 533. Pour une critique de cette position : GUTZWILLER, n° 969.

<sup>775</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.4.3, JdT 2004 I 588 (trad.).

ses partisans (droit-opportunité), l'initiative populaire, en tant qu'institution juridique, est détournée de sa fonction strictement technique (la révision partielle de la Constitution).

Venons-en à l'initiative « pour des naturalisations démocratiques » en tant que telle. Il s'agissait en effet pour les initiants d'obtenir le retour à la situation juridique antérieure (droit-moyen)<sup>776</sup>. Au-delà, on peut ici illustrer l'idée exprimée dans la première partie selon laquelle la reconnaissance existe parfois en dehors du support textuel. Le Conseil fédéral mettait en avant l'ambiguïté du terme « commune » (commune bourgeoise ou politique ?)<sup>777</sup>, de celui de « naturalisation » (naturalisation ordinaire, facilitée, de par la loi ?)<sup>778</sup>, son imprécision quant à son objectif (l'initiative attribuait une compétence aux communes, mais ne leur imposait pas le vote aux urnes)<sup>779</sup>, l'ambiguïté du terme « définitif »<sup>780</sup>, etc. On affirme, à la limite, que le texte de l'initiative en soi n'aurait pas permis de renverser la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>781</sup> !

Pourtant, nul n'a contesté que le but de l'initiative est bien celui-là, et que telles auraient été les conséquences de son acceptation. Plus précisément, on peut douter que le Tribunal fédéral ait pu, si l'initiative avait été acceptée, s'appuyer sur des arguments tirés de son texte même pour en écarter l'application. On mesure ici combien la norme (via la contrainte argumentative) peut être distincte du support textuel.

#### 4.2.6 La reconnaissance de l'argumentation judiciaire

**Des arguments juridiques reconnus dans un débat politique.** – Les « naturalisations démocratiques » font partie des initiatives populaires problématiques en raison de leur incompatibilité avec le droit international, notamment en matière de droits fondamentaux<sup>782</sup>. Si la démocratie directe offre un terreau fertile au populisme, l'initiative qui nous inté-

---

<sup>776</sup> TORNAY, p. 325.

<sup>777</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*, p. 8497.

<sup>778</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*, p. 8498.

<sup>779</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*, p. 8498.

<sup>780</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*, p. 8498 s.

<sup>781</sup> AUER / TORNAY, p. 741 ; GUTZWILLER, n° 1186 ss ; TORNAY, p. 325 ; WENGER, p. 427 ss.

<sup>782</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport droit international*, n. 53.

resse ici a ceci de particulier que le souverain n'a pas cédé à la tentation, contrairement à l'interdiction des minarets ou à l'expulsion des criminels étrangers<sup>783</sup>.

En refusant l'initiative « pour des naturalisations démocratiques », le constituant a fait sienne la position du juge et ses arguments : « respect de l'État de droit », lutte contre les « discriminations » ou « l'arbitraire »<sup>784</sup>. Ce sont donc bien des arguments juridiques qui ont animé un débat politique. Non seulement le Tribunal fédéral a imposé un sujet dans l'actualité juridique et politique, mais ses arguments ont emporté la conviction générale. L'analyse VOX a confirmé cette interprétation : « Ce sont le refus de décisions arbitraires en matière de naturalisation et le respect de l'État de droit qui ont primé dans le choix. »<sup>785</sup>

La tentation est forte d'y voir l'avènement de la « république des juges ». Il faut s'en garder. Certes, il y a ingérence de l'argument juridique dans le débat politique. Pour autant, il ne faut pas perdre de vue que ces arguments reflètent des valeurs de nature politique (l'État de droit est une conquête démocratique). Le dialogue normatif – on l'a mis en évidence – qui s'est dessiné sur cette question aurait pu tourner au désavantage du Tribunal fédéral, mais tel n'a pas été le cas. Après un débat médiatique, un débat parlementaire et un débat populaire, l'argumentation du juge a fini par s'imposer jusque devant le peuple, indépendamment des critiques « juridiques » que l'on pouvait faire des décisions à l'origine du cas. En cela, on peut dire que la votation populaire est un outil de mesure de la reconnaissance dans le système juridico-politique suisse. Cette reconnaissance est toutefois susceptible d'évoluer. Ainsi, une intervention du juge peut, grâce aux arguments qu'il développe, causer une réévaluation de la reconnaissance, voire une nouvelle reconnaissance. C'est là que se situe le vrai changement du droit.

**Un jeu de perpétuelle évaluation du travail du juge.** – Moins d'une année après les arrêts de 2003, le Tribunal fédéral s'est « quelque peu

---

<sup>783</sup> *Supra* n. 2.

<sup>784</sup> La lecture de la brochure explicative établie par la Confédération est à ce titre instructive.

<sup>785</sup> VOX, p. 1.

rétracté »<sup>786</sup> en refusant de déclarer inconstitutionnel un règlement cantonal qui prévoyait de transférer la compétence de naturalisation à une assemblée communale, par vote à main levée<sup>787</sup>, ainsi qu'en admettant qu'un vote pouvait être motivé si le vote suivait le préavis de l'autorité<sup>788</sup>. Ainsi la distinction qu'opère le Tribunal fédéral entre naturalisation aux urnes et en assemblées communales est révélatrice, car elle est peu justifiable d'un point de vue juridique<sup>789</sup>. D'abord, la logique de la décision est la même dans un cas comme dans l'autre<sup>790</sup> : rien ne garantit qu'un débat franc et ouvert précède un vote négatif<sup>791</sup>. Ensuite, un citoyen n'a pas à motiver son vote, dans les urnes, comme en assemblée communale, de sorte que l'on comprend mal sur quel critère « juridique » repose la distinction faite par le Tribunal fédéral. Enfin, on ne voit pas comment la sphère privée des candidats à la naturalisation, mise en danger lors d'un vote aux urnes, serait mieux protégée devant une assemblée communale.

Que cela signifie-t-il ? Un passage par la théorie de la reconnaissance s'impose. En condamnant les naturalisations par les urnes dans les cas lucernois et zurichois, le Tribunal fédéral ne s'est pas contenté d'ouvrir un débat pour les acteurs politiques traditionnels<sup>792</sup> ; il s'est lui-même lancé dans une mesure de la reconnaissance que pouvaient obtenir ses propres décisions. Le vote en assemblée communale est un mode de décision largement répandu (plus que le vote aux urnes) et s'y attaquer pouvait susciter davantage de résistances. La naturalisation décidée en assemblée communale jouissait d'une reconnaissance plus forte. S'y opposer aurait été plus difficile. Ainsi, la doctrine va jusqu'à identifier

---

<sup>786</sup> GUTZWILLER, n° 165.

<sup>787</sup> ATF 130 I 140 consid. 5.3.6, JdT 2006 I 370 (trad.) ; TORNAY, p. 333 ; AUER, *Einbürgerungen*, n° 8.

<sup>788</sup> GUTZWILLER, n° 166 et les références jurisprudentielles citées (*id.*, n. 542) ; TORNAY, p. 332 ss et n. 1560.

<sup>789</sup> ATF 129 I 232 consid. 3.6, JdT 2004 I 588 (trad.) ; AUER, *Einbürgerungen*, n° 7 ; TORNAY, pp. 322 s. et 340 ss. Le TF semble en effet admettre que la discussion pouvant précéder un vote en assemblée communale peut suffire à établir une motivation.

<sup>790</sup> AUER, *Einbürgerungen*, n° 29 s.

<sup>791</sup> Dans ce sens : AUER, *Einbürgerungen*, n° 22 et les références citées. *Contra* : HAN-GARTNER, *Grundsatzfragen*, p. 311 ss.

<sup>792</sup> *Supra* 4.2.1.2.

des raisons stratégiques (éviter de nouveaux remous), liées à la position personnelle des juges présents dans ce dossier<sup>793</sup>. De fait, en réévaluant sa propre jurisprudence, en prenant peut-être en compte son impact potentiel, le Tribunal fédéral a lui-même pris la mesure de la reconnaissance que ses décisions pouvaient rencontrer. Peut-être les réactions politiques (initiative PFISTERER et initiative « pour des naturalisations démocratiques ») ont-elles été une contrainte systémique de nature à canaliser la jurisprudence fédérale. La doctrine observe que la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière « n'est tout simplement pas arrivée au terme de son parcours [...] »<sup>794</sup>.

### 4.3 RÉSUMÉ

Le cas des naturalisations par les urnes nous a, lui-aussi, permis de tester la robustesse de la *théorie micropolitique*, qui repose sur la théorie de la reconnaissance et la notion de contrainte.

Avant tout, nous avons montré que le juge pouvait jouer un rôle essentiel dans la mise à l'agenda d'un thème politique, ce qui fait de lui un acteur doté d'une dimension politique<sup>795</sup>.

Nous avons aussi montré, comme dans le cas de la lutte contre le hooliganisme, que des argumentations juridiques pouvaient raisonnablement être avancées en faveur et en défaveur des naturalisations aux urnes. En d'autres termes, nous avons mis en lumière la dimension d'opportunité que l'on pouvait lire dans les considérants des deux arrêts du Tribunal fédéral<sup>796</sup>. En termes stratégiques, le juge a joué sur une marge de manœuvre dans le jeu avec les autres acteurs (législateur, constituant) pour tenter d'imposer un nouveau point de vue dans la *reconnaissance du droit* des naturalisations.

Dans cet exercice, la *contrainte argumentative* est particulièrement forte pour ce qui est du Tribunal fédéral. Il doit s'expliquer pour emporter la conviction et faire *reconnaître* son point de vue. Dans ces deux arrêts, le Tribunal fédéral est confronté à une question : jusqu'à quel point est-il

---

<sup>793</sup> TORNAY, p. 341 et n. 1572.

<sup>794</sup> TORNAY, p. 342.

<sup>795</sup> *Supra* 4.2.1

<sup>796</sup> *Supra* 4.2.4.

possible de bouleverser le système suisse de la naturalisation ordinaire ? Posée avec d'autres mots : quel droit des naturalisations peut être reconnu par les lecteurs du juge ? Pour répondre à cette question, les acteurs politiques du débat se lancent dans une course pour la reconnaissance du droit. Les partisans des naturalisations aux urnes avanceront le principe de la souveraineté populaire ; leurs opposants (parmi lesquels on trouve le Tribunal fédéral) argueront du respect des principes de l'État de droit. Le jeu va se poursuivre jusqu'à ce qu'une mesure ultime de la reconnaissance intervienne : la votation populaire sur l'initiative « pour des naturalisations démocratiques ».

Une analyse uchronique a permis de montrer comment la *contrainte de coercition* pouvait s'exercer : dans le rapport avec le législateur ou le constituant, il arrive un moment (quand le législateur ou le constituant a changé le support textuel) où l'argumentation judiciaire ne parvient plus à emporter la conviction du lecteur et où le juge doit s'incliner<sup>797</sup>.

C'est en cela que la théorie réaliste se trouve invalidée : en dépit de sa position institutionnelle (qui est censée lui donner « le dernier mot »), le juge se trouve pris dans une relation avec les autres organes qui le contraignent à se comporter de telle ou telle manière.

La théorie légaliste a quant à elle trouvé ici une double invalidation. Outre la réversibilité des argumentations juridiques<sup>798</sup>, déjà rencontrée dans le premier cas, nous avons vu, avec l'initiative « pour des naturalisations démocratiques », l'écart qui pouvait exister entre le droit tel qu'il est communément admis et les textes de loi<sup>799</sup>.

---

<sup>797</sup> *Supra* 4.2.3.2.

<sup>798</sup> *Supra* 4.2.4.

<sup>799</sup> *Supra* 4.2.5.

## CONCLUSION

Après une synthèse de notre étude (*infra* 1.), nous resituerons nos conclusions par rapport au cycle des politiques publiques (*infra* 2.) et nous montrerons que ces conclusions valent quel que soit le juge considéré (*infra* 3.), avant de dire quelques mots sur ce que le juge apporte au processus démocratique (*infra* 4.).

### 1. LE DROIT, LA POLITIQUE ET LE JUGE

**Les résultats de l'étude.** – Notre étude a permis de proposer, d'une part, une grille d'analyse des rapports entre le droit et la politique et, d'autre part, un modèle explicatif du comportement du juge dans ce champ d'activité particulier<sup>800</sup>.

**Le droit et la politique.** – Nous avons expliqué comment le droit peut faire varier l'intensité de la politique dans le débat public, et inversement. La politique gouverne généralement sous la forme de lois. Cette exigence de forme suscite une « montée en charge » des forces politiques. Le droit politise alors le débat public (nous avons appelé cette relation *droit-moyen*). Inversement, une fois édicté, le droit limite l'action politique (droits fondamentaux, séparation des pouvoirs, fédéralisme). Le droit dépolitise alors le débat (*droit-contrainte*). Mais la réduction de la politique par le droit n'est jamais totale. La politique survit et peut à son tour instrumentaliser le droit et faire varier l'intensité du droit dans le débat public pour parvenir à ses objectifs. La politique peut mobiliser l'argument juridique (elle judiciarise) ou le relativiser (elle « déjudiciarise ») en fonction de la situation (*droit-opportunité*)<sup>801</sup>.

**Le juge comme acteur.** – Quelle est la place du juge à l'intérieur de ces rapports ? Le juge est souvent présenté comme un acteur neutre, car entièrement prévisible, dès lors qu'il ne ferait qu'« appliquer la loi » à l'aide d'un raisonnement syllogistique et de méthodes d'interprétation de la loi (*théorie légaliste*). Pour cette raison, l'analyse des politiques publiques l'ignore souvent. Mais si l'on prend la peine de mettre en lumière la marge de manœuvre dont dispose le juge, on se rend alors

---

<sup>800</sup> Nous nous contenterons ici des renvois essentiels.

<sup>801</sup> *Supra* 1.6.

compte que le juge (comme tous les interprètes du droit) est un acteur largement sous-estimé des politiques publiques.

Selon la vision décisionniste du rôle du juge (dite *théorie réaliste*), le juge tire son pouvoir avant tout de sa position institutionnelle « en dernier ressort » plus que de la texture ouverte du droit. Le simple fait que son jugement ne puisse pas être remis en cause confère au juge, au juge suprême en particulier, une liberté plus grande que celle que le système légaliste est censé lui donner.

On constate cependant que les juges font preuve d'une remarquable constance dans leurs décisions, en dépit de la liberté que la théorie réaliste a mise en lumière. Cela s'explique : si les juges « respectent la loi », c'est qu'un ensemble de contraintes factuelles les y conduit. D'abord, le juge doit répondre lorsqu'il est saisi (*contrainte de réponse*).

Ensuite et surtout, les interprètes du droit doivent tenir compte de la nécessité de s'expliquer et de convaincre leurs lecteurs (*contrainte d'argumentation*). Pour ce faire, le juge se sert des outils intellectuels proposés par la théorie légaliste : syllogisme judiciaire, arguments interprétatifs, etc.<sup>802</sup>. Si le juge parvient à emporter la conviction de ses lecteurs, l'interprétation du juge aura « fait jurisprudence », car c'est ce comportement que les justiciables anticiperont dorénavant.

Si le juge ne parvient pas à convaincre ses lecteurs, il existera un écart entre le comportement du juge et les attentes des lecteurs. Dès lors, ces lecteurs réagiront et chercheront à faire peser sur le juge une nouvelle contrainte (*contrainte de coercition ou institutionnelle*). Le Tribunal fédéral par exemple rend ses jugements sous la contrainte institutionnelle que représente un changement de la loi ou de la constitution. Si le juge veut passer outre cette nouvelle contrainte, il devra argumenter d'autant plus soigneusement, au point peut-être de préférer se soumettre. Les parlementaires, dans leur office de « juge » constitutionnel, travaillent sous d'autres contraintes institutionnelles, notamment le référendum, voire le risque de non-réélection.

---

<sup>802</sup> C'est au passage l'occasion de réconcilier la théorie légaliste avec la théorie réaliste. La première explique la manière dont le juge exerce la liberté que la seconde a mise en évidence.

Dans l'hypothèse où les attentes des lecteurs sont profondément divergentes (*hard cases*), le pouvoir du juge est alors plus grand : les acteurs pourront plus difficilement constituer une coalition suffisamment forte pour actionner la contrainte institutionnelle.

L'étendue exacte du pouvoir du juge devrait faire l'objet d'une autre étude. Il est cependant permis de la qualifier de *micropolitique*<sup>803</sup> dans le sens que le juge dispose d'un pouvoir, certes limité, mais de nature politique.

**La théorie de la reconnaissance.** – La théorie de la reconnaissance fait le lien entre les deux questions évoquées plus haut. La reconnaissance est le sentiment d'être face à une règle juridique, dans l'esprit de ceux qui sont régis par le droit (c'est-à-dire les lecteurs évoqués plus haut). La reconnaissance permet de distinguer le droit-contrainte et le droit-opportunité, car c'est d'abord dans l'esprit des acteurs que l'invocation de l'argument juridique produit ses effets. Si un acteur parvient à convaincre d'autres acteurs, il aura créé du droit-contrainte ; le droit-contrainte, forgé dans la conviction des acteurs, viendra ensuite réduire la marge de manœuvre des autres acteurs, en particulier du juge. S'il n'y parvient pas, l'argument juridique restera du droit-opportunité.

C'est aussi la mesure de la reconnaissance qui permet de dire si le juge est parvenu à se soumettre à la contrainte argumentative et donc à échapper à la contrainte institutionnelle. En effet, si l'argumentation du juge convainc les lecteurs du jugement qui l'auront reconnu comme juridique (droit-contrainte), ceux-ci n'actionneront pas la contrainte institutionnelle, car ils se soumettront au droit et on assistera à une dépolitisation du débat public. Dans le cas contraire, les lecteurs ne percevront l'argument juridique que comme un prétexte (droit-opportunité)<sup>804</sup>.

## 2. LE JUGE DANS LE CYCLE DES POLITIQUES PUBLIQUES

**Les différentes interventions du juge.** – Si l'on replace maintenant ce juge, soumis à un réseau de contraintes, dans le cadre initial de notre

---

<sup>803</sup> *Supra* 2.5.

<sup>804</sup> *Supra* 1.5.

étude, celui du cycle des politiques publiques, on relève des interventions du juge dans toutes les phases de ce cycle.

Le juge peut d'abord *mettre à l'agenda* une question, lorsqu'il émet un jugement qui ne répond pas aux attentes de ses lecteurs, qui chercheront à politiser pour « répondre » au juge par une modification de la loi ou de la constitution. (C'est un cas dans lequel la contrainte institutionnelle prend la forme d'un droit-moyen qui politise le débat public.) Le juge peut ensuite poser des principes et les règles qui influenceront les phases de *programmation* et d'*élaboration* d'une politique publique. Ceux qui élaborent une politique publique doivent anticiper le comportement des juges, par exemple la garantie des droits fondamentaux que les juges reconnaîtront probablement aux destinataires des politiques publiques. On appelle cela l'effet prophylactique de la jurisprudence. C'est dans la phase de *mise en œuvre* que l'on trouve les interventions les plus marquantes du juge. Ici, le juge est saisi par des recours contre des décisions de mise en œuvre des politiques publiques. Il peut alors, dans les limites des contraintes évoquées plus haut, dévier des attentes des concepteurs des politiques publiques en question.

**Des observations communes.** – Dans tous les cas, le juge modifie les contraintes qui pèsent sur les autres acteurs des politiques publiques considérées, car il fait varier l'intensité et donc le poids du droit dans le champ d'activité de ces acteurs. (C'est un cas de droit-contrainte évoqué plus haut.) Cette intervention influence le cycle des politiques publiques, car elle modifie le produit de l'étape en cours et donc le déroulement de l'étape suivante, ainsi que l'explique l'analyse des politiques publiques. Autrement dit, une décision judiciaire peut obliger les acteurs d'une politique publique à se repositionner et à former de nouvelles coalitions. Il s'agit pour eux soit de s'adapter à la contrainte nouvelle posée par le juge, soit de chercher à passer outre en faisant peser sur le juge une nouvelle contrainte (notamment en modifiant la loi ou la constitution et en créant ainsi une nouvelle contrainte argumentative)<sup>805</sup>.

Ainsi, une politique publique jugée inconstitutionnelle obligera ses bénéficiaires à trouver satisfaction d'une autre manière. De même, un

---

<sup>805</sup> *Supra* 2.1.1.

problème public qu'une coalition d'acteurs souhaite ne pas voir discuté pourra soudain être mis à l'agenda suite à une décision judiciaire bouleversant l'équilibre prévalant jusqu'alors.

### 3. LES DIFFÉRENCES ENTRE LES DEUX CAS EXAMINÉS

**Deux distinctions de la théorie du droit.** – Les deux cas que nous avons examinés appartiennent à des interventions du juge que la doctrine juridique distingue<sup>806</sup>. Le contrôle qu'a opéré le juge dans le cas de la lutte contre le hooliganisme est dit préventif, car il s'exerce avant la mise en application de la règle, et abstrait, car le contrôle s'opère en dehors de tout cas d'application<sup>807</sup>. En revanche, le contrôle juridictionnel dans le cas des naturalisations aux urnes est dit répressif, car il s'exerce après l'entrée en vigueur de la règle, et concret, car la norme est contrôlée à l'occasion de son application dans un cas particulier<sup>808</sup>. (C'est au travers d'une décision que la norme est contrôlée.)

En ce qui concerne notre étude, cette double opposition (contrôles préventif / répressif, abstrait / concret) n'a pas de portée substantielle. Elle n'a en effet guère d'influence sur la nature du travail du juge. Tout au plus, elle permet de distinguer des modalités de ce travail. Nous allons essayer de le démontrer.

**Le contrôle préventif et le contrôle répressif.** – Un élément distingue le contrôle préventif tel qu'il est pratiqué en Suisse au niveau fédéral et le contrôle juridictionnel répressif : la publicité. Le processus juridictionnel est relativement transparent : les séances des tribunaux sont normalement publiques ; les décisions judiciaires sont publiées. Quant à lui, le contrôle préventif est moins transparent<sup>809</sup>. Bien que le cas examiné soit une exception, il a permis de montrer comment, en portant à la connaissance des acteurs (politiques) les arguments juridiques, on per-

---

<sup>806</sup> *Supra* Introduction, 5.

<sup>807</sup> Nous avons examiné cette question ailleurs ; nous nous permettons d'y renvoyer : GRANDJEAN, *Le contrôle*, n° 11 ss.

<sup>808</sup> Notons au passage que si un contrôle préventif est nécessairement abstrait – une norme contrôlée avant sa promulgation ne peut être contrôlée qu'en dehors de tout cas d'application – la réciproque n'est pas vraie. Un contrôle abstrait peut toujours être opéré après la promulgation de la loi.

<sup>809</sup> GRANDJEAN, *Le contrôle*, n°s 61 et 64 ss.

met à ces acteurs de se positionner par rapport à ces arguments, soit pour y adhérer (droit-contrainte), soit pour les récuser (droit-opportunité). La distinction entre contrôles préventif et répressif est ainsi inopérante dès lors que la publicité de la procédure est assurée.

**Le contrôle abstrait et le contrôle concret.** – Le contrôle abstrait s'exerce – il est vrai – sur des normes en devenir dans deux sens au moins. D'une part, dans le cas suisse, le contrôle est continu et progressif durant la procédure législative. Il s'ensuit que la formulation de la loi peut évoluer y compris après le contrôle, par exemple au stade de la délibération parlementaire. D'autre part, la norme n'est pas encore appliquée, de sorte que l'on peut difficilement (même si l'on recourt à une évaluation prospective<sup>810</sup>) apprécier dans quel sens la norme sera mise en œuvre. Cela étant, même dans un contrôle abstrait, le juge ne peut pas faire l'économie d'imaginer des cas concrets d'application pour évaluer une règle qui lui est soumise. Inversement, le contrôle concret suppose d'identifier la « norme individuelle »<sup>811</sup> qui a été dégagée et qui s'applique dans le cas d'espèce. Ces deux types de contrôle ne sont ainsi pas si éloignés l'un de l'autre quant à la démarche intellectuelle.

**L'effet des décisions judiciaires sur le système juridico-politique.** – Cela nous permet d'examiner maintenant nos deux cas sous l'angle de l'effet qu'ils ont produit dans le système juridico-politique. Dans le cas des naturalisations aux urnes, l'impact sur le système juridique a été immédiat du point de vue des recourants : ils ont obtenu gain de cause. Dans le cas de la lutte contre le hooliganisme, l'impact n'a pas été immédiat, puisque l'OFJ notamment ne dispose pas de moyen pour « bloquer » un projet jugé problématique en cours d'élaboration. Pourtant, même en l'absence de sanction organisée, une forme de contrainte existe pour assurer l'effectivité du droit. Une fois rendues publiques, les objections constitutionnelles ont servi d'arguments dans le débat parlementaire. Alors que les élus évaluaient et finalement jugeaient la constitutionnalité du projet de loi en délibération, ils ont invoqué les objections constitutionnelles pour articuler la discussion politique. C'est ainsi,

<sup>810</sup> Sur cette notion : OFJ, *Module « loi »*, n° 107 ss.

<sup>811</sup> Ce concept est développé par MOOR (*supra* n. 320 ; MOOR, *De la pratique*, p. 53 s).

devant le parlement, que s'exerce une forme de sanction, qui influence le système juridico-politique<sup>812</sup>.

Encore un mot sur l'effet normatif de l'intervention du juge. En principe, les jugements du Tribunal fédéral n'ont d'effets qu'entre les parties aux procès, en particulier les déboutés d'Emmen dans l'affaire des naturalisations aux urnes. Pourtant, les acteurs politiques ont interprété ce changement de pratique comme équivalant à un changement de loi (force normative de la jurisprudence). Le jugement a donc eu un effet général sur le système. Autrement dit, le juge a posé une norme. De la même façon, dans le cas de la lutte contre le hooliganisme, l'interprétation de la Constitution fédérale par les parlementaires a conduit à une reformulation de la norme constitutionnelle attribuant à la Confédération des compétences en matière de sécurité intérieure.

Dans les deux cas donc, en dépit de leurs différences, les jugements ont eu un impact comparable sur le déroulement du cycle de la politique publique considérée.

**Le statut du juge.** – Reste la question du statut de l'interprète. Dans l'un des cas (les naturalisations aux urnes), le juge est le Tribunal fédéral, c'est-à-dire un juge au sens organique du terme. L'indépendance dont bénéficie le juge au sens organique (art. 191c Cst.) n'est pas directement significative dès lors qu'elle ne met pas le juge à l'abri des contraintes que nous avons mises en évidence.

Dans l'autre cas (la lutte contre le hooliganisme), le juge prend un visage plus insolite : celui de l'administration, puis des parlementaires. La subordination de l'administration-juge à sa hiérarchie et aux autorités politiques ne change pas grand-chose. D'une part, il semble que les ingérences soient « rarissimes »<sup>813</sup>. D'autre part, cette ingérence – la simple existence de cette dépendance implique une autocensure – n'est rien d'autre qu'une contrainte institutionnelle au sens de notre étude. L'OFJ notamment doit prendre des décisions qui ne l'exposent pas à la sanction institutionnelle en emportant la conviction de son lecteur.

---

<sup>812</sup> Sur cette idée en particulier : GRANDJEAN, *Le contrôle*, n° 64 ss.

<sup>813</sup> GRANDJEAN, *Le contrôle*, n° 41 ss et les références citées.

S'agissant des parlementaires qui jugent de la constitutionnalité des lois qu'ils adoptent (dans le cas de la lutte contre le hooliganisme), des arrière-pensées politiques viennent évidemment instrumentaliser les arguments juridiques. Mais les parlementaires, qui ne cachent pas les motifs politiques qui les animent, se sentent obligés d'argumenter sur le terrain juridique pour discuter la constitutionnalité des mesures contre la violence sportive. Leur situation est donc comparable ici à celle des juges plus classiques. Cela est d'ailleurs expliqué par la distinction que nous proposons entre droit-contrainte et droit-opportunité.

**Synthèse.** – En conclusion, ce qui caractérise le travail de l'interprète du droit, c'est son activité intellectuelle (syllogistique) et les outils intellectuels (méthodes d'interprétation, outils argumentatifs, etc.) qui sont à sa disposition pour convaincre ses lecteurs et échapper à la contrainte institutionnelle. Quel que soit le statut du juge, quelle que soit la manière dont il intervient, son travail caractéristique le soumet au réseau de contraintes que l'on a décrit. Le juge est ainsi lancé dans une course pour faire reconnaître son jugement comme valide et de l'imposer aux autres acteurs.

#### 4. LE DIALOGUE AUTOUR DE LA NORME

**Le dialogue normatif.** – Cette dernière remarque nous permet de dire un mot sur la valeur ajoutée que le juge apporte au débat public. Il faut se prémunir contre une vision angélique de la participation du juge à l'élaboration de la norme<sup>814</sup>. Les juristes (et les juges) ne doivent pas se croire meilleurs gardiens des valeurs constitutionnelles ou de l'intérêt général<sup>815</sup>. Cependant, le juge et le législateur (au sens organique) peuvent être tour à tour dans la position de celui qui fait la norme (on parle parfois de « normolateur »). Tout se passe comme dans un dialogue. Le législateur parle (il adopte une loi), le juge répond (il interprète cette loi), le législateur ou le constituant réplique (il adopte une nouvelle loi ou révisé la constitution), et ainsi de suite. Chaque parole de ce dialogue permet à celui qui l'énonce de faire valoir ses arguments. Cet échange

---

<sup>814</sup> Pour une réfutation magistrale de la justification du constitutionnalisme par la démocratie et la liberté : TROPER, *La logique, passim*.

<sup>815</sup> FRANÇOIS, *Justice*, p. 54 s. ; CAILLOSSE, *Droit et politique*, p. 153 s.

créé un nouvel espace (le jugement) et un nouveau lieu (le prétoire) de discussion autour de la norme. C'est en cela que la vision micropolitique est compatible avec les exigences de la théorie démocratique.

**Une démocratie du dialogue.** – Dominique ROUSSEAU voit dans l'interaction entre le juge et le législateur (ou le constituant) un « régime concurrentiel de l'énonciation de la volonté générale »<sup>816</sup>. Cette vision a l'inconvénient de chercher (encore et toujours) une volonté générale et on peut l'accuser de déposséder le peuple de quelque chose<sup>817</sup>. En revanche, elle rompt avec la conception monopolistique qui faisait du législateur l'unique producteur du droit.

Dans une approche plus historique, Pierre ROSANVALLON parle de « légitimité de réflexivité »<sup>818</sup> à propos de l'intervention du juge dans le processus normatif. Ce n'est pas parce qu'une décision a emporté la majorité qu'elle est légitime<sup>819</sup>. La démocratie ne se limite ainsi plus au moment du vote, mais « continue »<sup>820</sup> entre ces instants. Il n'est plus seulement question de « contre-pouvoir »<sup>821</sup> dans le sens de *checks and balances*. Il n'est pas non plus question de faire triompher des valeurs. Il s'agit d'offrir à chacun une évaluation particulière de ses positions et de contraindre tous les acteurs à aller « au bout » de leurs arguments. À ceux que la logique politique majoritaire a fait taire, la logique judiciaire redonne la parole<sup>822</sup>. Il n'y a ainsi aucun « pouvoir de dernier mot », ni d'un côté ni de l'autre, mais un exercice de persuasion et d'évaluation réciproque. Le droit ne se présente plus comme une hypothétique expression de la volonté générale, mais comme le produit d'un dialogue, d'un échange, d'un va-et-vient, entre les juges d'abord, entre le juge et

---

<sup>816</sup> ROUSSEAU, *Constitutionnalisme*, not. p. 11. V. ég. *id.*, *De la démocratie continue*, p. 17.

<sup>817</sup> BRUNET, *La démocratie*, p. 1 ss ; FRANÇOIS, *Justice*, p. 62.

<sup>818</sup> ROSANVALLON, *La légitimité*, p. 193 ss. L'auteur identifie également la « légitimité d'impartialité » (celle des autorités administratives indépendantes) et la « légitimité de proximité » (celle des pouvoirs locaux). V. ég. *id.*, *La contre-démocratie*, not. p. 117 ss.

<sup>819</sup> SPESCHA, p. 183 ss.

<sup>820</sup> ROUSSEAU, *De la démocratie continue*, *passim*.

<sup>821</sup> ZOLLER, p. 559 ss.

<sup>822</sup> ROSANVALLON, *La légitimité*, p. 230.

le législateur (ou le constituant) ensuite, avec l'ensemble de la société  
enfin.

**BIBLIOGRAPHIE**

- AESCHLIMANN Arthur, *Aspekte der Oberaufsicht über die eidgenössischen Gerichte*, SSP 2009 n° 1 p. 4 ss.
- AGUILA Yann, *Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle*, RFDC 1995 p. 9 ss.
- ALBRECHT Peter, *Richter als (politische) Parteivertreter*, in : Gass Stephan et al. (édit.), *Justice en lumière – Contributions choisies de la Revue suisse des juges (2005-2008)*, Berne 2009, p. 29 ss.
- ARENDT Hannah, *Qu'est-ce que la politique ?*, 1955-1959, trad., Paris 1995.
- AMSTUTZ Marc, *Ouroboros – Nachbemerungen zum pragmatischen Methodenpluralismus*, in : Gauch Peter et al. (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Zurich / Genève / Bâle 2008, p. 19 ss (cité : AMSTUTZ, *Ouroboros*).
- AMSTUTZ Marc, *Der Text des Gesetzes – Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB*, RDS 2007 II p. 237 ss (cité : AMSTUTZ, *Der Text*).
- AUBERT Jean-François, *Notion et fonctions de la Constitution*, in : Thürer Daniel / Aubert Jean-François / Müller Jörg Paul (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 3 ss (cité : AUBERT, *Notion*).
- AUBERT Jean-François, *Observations sur le rapport entre le droit et la politique*, in : Kley Roland / Möckli Silvano (édit.), *Geisteswissenschaftliche Dimensionen der Politik – Festschrift Alois Riklin*, Berne / Stuttgart / Vienne 2000, p. 299 ss (cité : AUBERT, *Observations*).
- AUBERT Jean-François, in : Aubert Jean-François / Eichenberger Kurt / Müller Jörg Paul / Rhinow René A. / Schnidler Dietrich (édit.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Bâle / Zurich / Berne 1987-1996, art. 71 [a]Cst. (cité : AUBERT, art. 71 [a]Cst.).
- AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003.
- AUER Andreas, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1983 (cité : AUER, *La juridiction*).

- AUER Andreas, *L'effet des décisions d'inconstitutionnalité du Tribunal fédéral*, PJA 1992 p. 559 ss (cité : AUER, *L'effet*).
- AUER Andreas, *Einbürgerungen durch Gemeindeversammlungen – Um- und Holzwege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, ZBl 2009 p. 69 ss (cité : AUER, *Einbürgerungen*).
- AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, 2 vol., 2<sup>e</sup> éd., Berne 2006 (cité : AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. I ou II).
- AUER Andreas / TORNAY Bénédicte, *Aux limites de la souveraineté du constituant : l'initiative « Pour des naturalisations démocratiques »*, PJA 2007 p. 740 ss.
- AUER Andreas / VON ARX Nicolas, *Direkte Demokratie ohne Grenzen ? – Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Verfassungsmässigkeit von Einbürgerungsbeschlüssen durch das Volk*, PJA 2000 p. 923 ss.
- BATIFFOL Henri, *Problèmes de frontières : droit et politique*, APD 1971 p. 1 ss.
- BAUMANN Max, *BGE 118 II 320 und das Känguruh*, recht 1995 p. 157 ss.
- BÉCANE Jean-Claude, *La loi revisitée – Réflexions sur les rapports entre la loi et l'État de droit*, in : Ameller Michel et al. (édit.), *La République – Mélanges Pierre Avril*, Paris 2001, p. 167 ss.
- BÉCANE Jean-Claude / COUDERC Michel / HÉRIN Jean-Louis, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 2010.
- BELLANGER François, *Le phénomène des autorités administratives indépendantes*, in : Bellanger François / Tanquerel Thierry (édit.), *Les autorités administratives indépendantes*, Genève / Zurich / Bâle 2011, p. 9 ss.
- BENOIT Anne, *Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des États fédérés en droit suisse et en droit américain*, thèse Neuchâtel, Genève / Zurich / Bâle 2009.
- BEUSCH Michael, *Die Zusammenarbeit zwischen Richterinnen und Gerichtsschreibern*, in : Gass Stephan et al. (édit.), *Justice en lumière – Contributions choisies de la Revue suisse des juges (2005-2008)*, Berne 2009, p. 127 ss.

- BIANCHI Doris, *Die Integration des ausländischen Bevölkerung – Der Integrationsprozess im Lichte des schweizerischen Verfassungsrechts*, thèse Zurich, Zurich / Bâle / Genève 2003.
- BILLIER Jean-Cassien / MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris 2001.
- BOHNET François, *Droits fondamentaux : Accès au TF menacé*, plädoyer 2002 n° 1 p. 49 ss.
- BONNET Julien, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois – Analyse critique d'un refus*, thèse Montpellier, Paris 2009.
- BOURETZ Pierre, *Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge*, Pouvoirs n° 74 (1995) p. 72 ss.
- BRAUD Philippe, *La science politique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris 2009.
- BRUNET Pierre, *Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif*, Droits 2004 p. 197 ss (cité : BRUNET, *Irrationalisme*).
- BRUNET Pierre, *La démocratie, entre essence et expérience*, in : La vie des idées (www.laviedesidees.fr), Paris 2008, p. « [http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20081009\\_brunetrousseau.pdf](http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20081009_brunetrousseau.pdf) » (consulté le 30 avril 2012) (cité : BRUNET, *La démocratie*).
- CAILLOSSE Jacques, *Droit et politique : veilles lunes, nouveaux champs*, Droit et société n° 26 (1994) p. 127 ss (cité : CAILLOSSE, *Droit et politique*).
- CAILLOSSE Jacques, *À propos de l'analyse des politiques publiques : réflexions critiques sur une théorie sans droit*, in : Commaille Jacques / Dumoulin Laurence / Robert Cécile (édit.), *La juridicisation du politique*, Paris 2010, p. 52 ss (cité : CAILLOSSE, *À propos*).
- CAMPAGNA Norbert, *Thomas Hobbes – L'ordre et la liberté*, Paris 2000.
- CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 1978, Paris 2004.

CCDJP, *Concept pour une politique de prévention de la violence dans le sport – Projet*, in : CCDJP (<http://www.kkjpd.ch>), Berne 2009, p. « <http://www.kkjpd.ch/images/upload/091112%20Bericht%20Policy%20Gewalt%20im%20Sport%20f.pdf> » (consulté le 30 avril 2012) (cité : CCDJP, *Concept*).

CCDJP, *Concordat instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives – Commentaire*, in : CCDJP (<http://www.kkjpd.ch>), Berne 2007, p. « <http://www.kkjpd.ch/images/upload/080114%20Hool-Konkordat%20Erl%C3%A4uterungen%20f.pdf> » (consulté le 30 avril 2012) (cité : CCDJP, *Commentaire*).

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique / TROPER Michel, *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, in : Troper Michel / Champeil-Desplats Véronique / Grzegorzczak Christophe (édit.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris 2005, p. 11 ss.

CHIARIELLO Élisabeth, *Der Richter als Verfassungsgeber ? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte – Das Phänomen Richterrecht exemplarisch dargestellt im Rahmen der grundrechtlichen Judikatur der Schweiz, Deutschlands und der europäischen Gerichtsbarkeit (EGMR EuGH)*, thèse d’habilitation Berne, Zurich / St-Gall 2009.

CHEVALLIER Jacques, *Conclusion générale – Les interprètes du droit*, in : CURAPP (édit.), *La doctrine juridique*, Paris 1993, p. 259 ss (cité : CHEVALLIER, *Les interprètes*).

CHEVALLIER Jacques, *Présentation*, in : CURAPP (édit.), *Droit et politique*, Paris 1993, p. 5 ss (cité : CHEVALLIER, *Présentation*).

CHEVALLIER Jacques, *Science du droit et science du politique : de l’opposition à la complémentarité*, in : CURAPP (édit.), *Droit et politique*, Paris 1993, p. 251 ss (cité : CHEVALLIER, *Science du droit*).

CHEVALLIER Jean-Jacques, *Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d’un couple fusionnel*, in : Ameller Michel et al. (édit.), *La République – Mélanges Pierre Avril*, Paris 2001, p. 183 ss (cité : CHEVALLIER, *Droit constitutionnel*).

- CIP/CE, *Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 27 octobre 2005* (« Loi sur la nationalité. Modification »), FF 2005 p. 6495 ss.
- COHEN Antonin / LACROIX Bernard / RIUTORT Philippe, *Nouveau manuel de science politique*, Paris 2009.
- COMMAILLE Jacques, *Le juridique dans le politique*, in : CURAPP (édit.), *Droit et politique*, Paris 1993, p. 269 ss (cité : COMMAILLE, *Le juridique*).
- COMMAILLE Jacques, *Droit et politique*, in : Alland Denis / Rials Stéphane (édit.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris 2003, p. 477 ss (cité : COMMAILLE, *Droit et politique*).
- COMMAILLE Jacques, *De la « sociologie juridique » à une sociologie politique du droit*, in : Commaille Jacques / Dumoulin Laurence / Robert Cécile (édit.), *La juridicisation du politique*, Paris 2010, p. 29 ss (cité : COMMAILLE, *De la « sociologie juridique »*).
- COMMAILLE Jacques, *La juridicisation du politique – Entre réalité et connaissance de la réalité*, in : Commaille Jacques / Dumoulin Laurence / Robert Cécile (édit.), *La juridicisation du politique*, Paris 2010, p. 199 ss (cité : COMMAILLE, *La juridicisation*).
- COMMAILLE Jacques / DUMOULIN Laurence, *Le droit dans la politique – Actualité d'un projet*, in : Commaille Jacques / Dumoulin Laurence / Robert Cécile (édit.), *La juridicisation du politique*, Paris 2010, p. 211 ss.
- CONSEIL D'ÉTAT/FR, *Message n° 137 du 15 juin 2009 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi portant adhésion du canton de Fribourg au concordat instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives*, BGC/FR 2009 p. 1311 ss.
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 15 novembre 1989 relatif à la Convention européenne sur la violence et les débordements de spectateurs lors de manifestations sportives et notamment de matches de football*, FF 1990 I p. 1 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Conv. VMS*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal*, FF 1992 III p. 265 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message CEDR*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 7 mars 1994 concernant la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ainsi que l'initiative populaire « S. o. S. – pour une Suisse sans police fouineuse »*, FF 1994 II p. 1123 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LMSI*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale*, FF 1997 I p. 1 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Constitution*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 17 août 2005 relatif à la modification de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (Mesures contre la propagande incitant à la violence et contre la violence lors de manifestations sportives)*, FF 2005 p. 5285 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message hooliganisme*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Avis du 2 décembre 2005 sur le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 27 octobre 2005 (« Loi sur la nationalité. Modification »)*, FF 2005 p. 6655 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Avis*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 25 octobre 2006 relatif à l'initiative populaire fédérale « pour des naturalisations démocratiques »*, FF 2006 p. 8481 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message naturalisations démocratiques*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 29 août 2007 relatif à une disposition constitutionnelle concernant la lutte contre la violence lors des manifestations sportives (hooliganisme) et à une modification de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI)*, FF 2007 p. 6111 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message disp. cst. hooliganisme*).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 27 août 2008 relatif à l'initiative populaire « Pour l'interdiction de la construction de minarets »*, FF 2008 p. 6923 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message minarets*).

- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) » et la modification de la loi fédérale sur les étrangers*, FF 2009 p. 4571 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message renvoi*).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport du 5 mars 2010 sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit*, FF 2010 p. 1989 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport contrôle juridique préventif*).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, FF 2010 p. 2067 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport droit international*).
- CREDIT SUISSE / GSF.BERN, *Sichtbare politische Hände erwünscht – Credit Suisse Sorgenbarometer 2010 – Schlussbericht*, Berne 2010.
- CROZIER Michel / FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, 1977, Paris 1992.
- DONZALLAZ Yves, *Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire*, Berne 2008.
- DU PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 6<sup>e</sup> éd., Lausanne 1998.
- DUMOULIN Laurence / ROBERT Céline, *Autour des enjeux d'une ouverture des sciences du politique au droit – Quelques réflexions en guise d'introduction*, in : Commaille Jacques / Dumoulin Laurence / Robert Cécile (édit.), *La juridicisation du politique*, Paris 2010, p. 9 ss.
- DÜRR David, *Das Urteil des Richters über den Gesetzgeber – Reflexionen über die Einbürgerungsfälle BGE 129 I 217 ff. und 232 ff.*, in : Forstmoser Peter / Honsell Heinrich / Wiegand Wolfgang (édit.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht – Festschrift Hans Peter Walter*, Berne 2005, p. 59 ss.
- EHRENZELLER Bernhard, in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, vol. II, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, art. 2 et 54 Cst.
- ELSTER Jon, *Droit et causalité*, in : Troper Michel / Champeil-Desplats Véronique / Grzegorzczak Christophe (édit.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris 2005, p. 117 ss.

- ENGLER Marc, *Sicherheit an Sportveranstaltungen unter strafrechtlichen Gesichtspunkten*, S&D 2008 p. 162 ss.
- FAVRE Dominique, *Le juge et l'activité politique*, plädoyer 2009 n° 1 p. 52 ss (cité : FAVRE, *Le juge*).
- FAVRE Pierre, *La manifestation entre droit et politique*, in : CURAPP (édit.), *Droit et politique*, Paris 1993, p. 282 ss (cité : FAVRE, *La manifestation*).
- FEDPOL, *Rapport sur la sécurité intérieure de la Suisse (Rapport 2004)*, in : fedpol (www.fedpol.admin.ch), Berne 2005, p. « [http://www.fedpol.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/bericht\\_innere\\_sicherheit/biss\\_2004\\_f.pdf](http://www.fedpol.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/bericht_innere_sicherheit/biss_2004_f.pdf) » (consulté le 30 avril 2012) (cité : FEDPOL, *Rapport 2004*).
- FEDPOL, *Lutte de la Confédération contre la criminalité – Situation, mesures et moyens (Rapport annuel 2009)*, in : fedpol (www.fedpol.admin.ch), Berne 2010, p. « <http://www.fedpol.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/jahresberichte/jabe-2009-f.pdf> » (consulté le 30 avril 2012) (cité : FEDPOL, *Rapport 2009*).
- FONDAPOL, *2011 – La jeunesse du monde*, Paris 2011.
- FRANÇOIS Bastien, *Justice constitutionnelle et « démocratie constitutionnelle » – Critique du discours constitutionnaliste européen*, in : CURAPP (édit.), *Droit et politique*, Paris 1993, p. 53 ss (cité : FRANÇOIS, *Justice*).
- FRANÇOIS Bastien, *Du juridictionnel au juridique – Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité*, in : CURAPP (édit.), *Droit et politique*, Paris 1993, p. 201 ss (cité : FRANÇOIS, *Du juridictionnel*).
- FRANÇOIS Bastien, *Une théorie des contraintes juridiques peut-elle n'être que juridique ?*, in : Troper Michel / Champeil-Desplats Véronique / Grzegorzczak Christophe (édit.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris 2005, p. 169 ss (cité : FRANÇOIS, *Une théorie*).
- FREUND Julien, *Droit et politique – Essai de définition du droit*, APD 1971 p. 17 ss.
- FRICK Bruno, *Erste und dritte Gewalt im Clinch*, JYG 2007 n° 3.
- FRYDMAN Benoît / HAARSCHER Guy, *Philosophie du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Paris 2010.

- GERVASONI Mario, *Les naturalisations par la voie des urnes sont anti-constitutionnelles*, trad., REC 2003 p. 440 ss.
- GOYARD-FABRE Simone, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris 1997.
- GRANDJEAN Yann, *Le contrôle juridique préventif comme alternative à l'extension de la juridiction constitutionnelle*, Jusletter 12 septembre 2011 (cité : GRANDJEAN, *Le contrôle*).
- GRANDJEAN Yann, *La question prioritaire de constitutionnalité, une solution pour la Suisse ?*, PJA 2011 p. 1325 ss (cité : GRANDJEAN, *La question*).
- GRZEGORCZYK Christophe, *Obligations, normes et contraintes juridiques – Essai de reconstruction conceptuelle*, in : Troper Michel / Champeil-Desplats Véronique / Grzegorzczuk Christophe (édit.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris 2005, p. 25 ss.
- GUASTINI Riccardo, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad., Paris 2010.
- GUSY Christoph, *Ansichten zum Thema « Politisches Recht »*, JP n° 1 (2008) p. « <http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP.Gusy.deutsch.pdf> » (consulté le 30 avril 2012).
- GUTZWILLER Céline, *Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse*, thèse Genève, Genève / Zurich / Bâle 2008.
- HÄFELIN Ulrich / HALLER Walter / KELLER Helen, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich 2008.
- HALLER Walter / KÖLZ Alfred / GÄCHTER Thomas, *Allgemeines Staatsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2008.
- HAMON Francis, *Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation*, in : de Béchillon Denys et al. (édit.), *L'architecture du droit – Mélanges Michel Troper*, Paris 2006, p. 487 ss.
- HAMON Francis / TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, 31<sup>e</sup> éd., Paris 2009.
- HANGARTNER Yvo, in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, vol. II, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, art. 190 Cst. (cité : HANGARTNER, art. 190 Cst.).

- HANGARTNER Yvo, *Grundsatzfragen der Einbürgerung nach Ermessen*, ZBl 2009 p. 293 ss (cité: HANGARTNER, *Grundsatzfragen*).
- HART H.L.A., *Le concept de droit*, trad., Paris 1976 (réimpression 1994).
- HARTMANN Karl / MERZ Laurent, *Einbürgerung – Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts*, in : Uebersax Peter et al. (édit.) *Ausländerrecht – Eine umfassende Darstellung der Rechtstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2009, p. 589 ss.
- HENSLER Beat, *Interkantonale Zusammenarbeit, Konkordate und Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und kommandanten der Schweiz (KKPKS)*, LeGes 2008 p. 495 ss.
- HONSELL Heinrich, in : Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Geiser Thomas (édit.), *BaKomm. – Zivilgesetzbuch I*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle / Genève / Munich 2002, art. 1 CC.
- JAAG Tobias, *Aktuelle Entwicklungen im Einbürgerungsrecht*, ZBl 2005 p. 113 ss.
- JESTAZ Philippe, *Le droit*, 6<sup>e</sup> éd., Paris 2010.
- JOBERT Bruno, *Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique*, in : Commaille Jacques / Dumoulin Laurence / Robert Cécile (édit.), *La juridicisation du politique*, Paris 2010, p. 129 ss.
- KÄLIN Walter / ROTHMAYR Christine, *Justiz*, in : Klöti Ulrich et al. (édit.), *Handbuch der Schweizer Politik*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2006, p. 177 ss.
- KIENER Regina, *Richterliche Unabhängigkeit*, thèse d'habilitation, Berne 2001 (cité : KIENER, *Unabhängigkeit*).
- KIENER Regina, *Sind Richter trotz Wiederwahl unabhängig ?*, plädoyer 2001 n<sup>o</sup> 5 p. 36 ss (cité : KIENER, *Sind Richter... ?*).
- KIENER Regina / KRÜSI Melanie, *Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen*, ZBl 2009 p. 237 ss.
- KNAPP Blaise, *Cours de droit administratif*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1994.

- KNOEPFEL Peter / LARRUE Corinne / VARONE Frédéric, *Analyse et pilotage des politiques publiques*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich / Coire 2006.
- KÖLZ Alfred, *Die Bedeutung der Französischen Revolution für das schweizerische öffentliche Recht und politische System – eine Skizze*, RDS 1989 I p. 497 ss.
- KOPP Élisabeth, *Die Rolle des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes und des Bundesamtes für Justiz als « Hüter der Verfassungsmässigkeit »*, in : FSA (édit.), *Constitutionnalité et contrôle judiciaire*, Zurich 1988, p. 5 ss.
- KRIEGEL Blandine, *L'État et ses esclaves*, 1989, Paris 2003 (cité : KRIEGEL, *L'État*).
- KRIEGEL Blandine, *Querelles françaises – Entretiens avec Alexis Lacroix*, Paris 2008 (cité : KRIEGEL, *Querelles*).
- KRIESI Hanspeter, *Le système politique suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1998 (cité : KREISI, *Le système*).
- LE DIVELLEC Armel, *L'ordre-cadre normatif – Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution*, JP n<sup>o</sup> 4 (2010) p. « [http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP4\\_LeDivellec.pdf](http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP4_LeDivellec.pdf) » (consulté le 30 avril 2012).
- LE ROY Yves / SCHOENENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, 3<sup>e</sup> éd., Genève / Zurich / Bâle 2011.
- LIENHARD Andreas / HÄSLER Philipp, *Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts*, in : Schweizer Rainer J. (édit.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, SBVR III/1, Berne 2008, p. 95 ss.
- LINDER Wolf, *Schweizerische Demokratie*, 2<sup>e</sup> éd., Berne / Stuttgart / Vienne 2005 (cité : LINDER, *Schweizerische Demokratie*).
- LINDER Wolf, *Zur Funktion der Volksrechte im schweizerischen Politiksystem – Anmerkungen aus politischer Sicht*, in : Biaggini G. et al. (édit.), *Demokratie Regierungsreform Verfassungsfortbildung – Symposium René Rhinow*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 2009, p. 43 ss (cité : LINDER, *Zur Funktion*).
- LINSI Christian, *Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht*, LeGes 2008 p. 465 ss.

- MADER Luzius, *Le rôle du ministère suisse de la Justice*, CD 2001 p. 511 ss (cité : MADER, *Le rôle*).
- MADER Luzius, *Législation et légisprudence*, in : Chappelet Jean-Loup (édit.), *Contributions à l'action publique*, Lausanne 2006, p. 193 ss (cité : MADER, *Législation*).
- MARTY Dick F., *Tentatives de déstabilisation portées à l'image de la justice : que faire ?*, in : Gass Stephan et al. (édit.), *Justice en lumière – Contributions choisies de la Revue suisse des juges (2005-2008)*, Berne 2009, p. 53 ss.
- MASPETIOL Roland, *Le droit et la politique : deux visions partielles et fragmentaires d'une même réalité*, APD 1971 p. 37 ss.
- MEUNIER Jacques, *Contraintes et stratégie en droit constitutionnel*, in : Troper Michel / Champeil-Desplats Véronique / Grzegorzczak Christophe (édit.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris 2005, p. 187 ss
- MEUWLY Olivier, *Les penseurs politiques du 19<sup>e</sup> siècle*, Lausanne 2007.
- MILLARD Éric, *Le réalisme scandinave et la Théorie des contraintes*, in : Troper Michel / Champeil-Desplats Véronique / Grzegorzczak Christophe (édit.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris 2005, p. 143 ss (cité : MILLARD, *Le réalisme*).
- MILLARD Éric, *Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation*, in : de Béchillon Denys et al. (édit.), *L'architecture du droit – Mélanges Michel Troper*, Paris 2006, p. 725 ss (cité : MILLARD, *Quelques remarques*).
- MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Paris 2006 (cité : MILLARD, *Théorie*).
- MOHLER Markus H. F., *Sicherheitsrecht und Rechtsicherheit bei Sportveranstaltungen (staatliche Sicherheitsmassnahmen, Umfang und Grenzen)*, in : Arter Olivier / Baddeley Margareta (édit.), *Sport und Recht – Sicherheit im Sport*, Berne 2008, p. 73 ss (cité : MOHLER, *Sicherheitsrecht*).
- MOHLER Markus H. F., *Vernetzung von Sicherheit*, in : Schweizer Rainer J. (édit.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, SBVR III/1, Berne 2008, p. 521 ss (cité : MOHLER, *Vernetzung*).
- MOOR Pierre, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005 (cité : MOOR, *Pour une théorie*).

- MOOR Pierre, *De la pratique du juriste à la théorie du droit*, plädoyer 2007 n° 4 p. 50 ss (cité : MOOR, *De la pratique*).
- MOOR Pierre, *Dynamique du système juridique – Une théorie générale du droit*, Genève / Zurich / Bâle 2010 (cité : MOOR, *Dynamique*).
- MOOR Pierre / POLTIER Étienne, *Droit administratif*, vol. II : *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2011.
- MORAND Charles-Albert, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, in : Auer Andreas / Zen-Ruffinen Piermarco (édit.), *De la constitution – Mélanges Jean-François Aubert*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1996, p. 57 ss.
- MORIN Ariane, *Les articles 2 et 4 CC : deux règles dans l'esprit du Code civil suisse*, RDS 2007 II p. 203 ss.
- MÜLLER Markus / JENNI Christoph, *Die polizeiliche Generalklausel – Ein Institut mit Reformbedarf*, S&D 2008 p. 4 ss.
- OFJ, *Guide de législation – Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2007 (cité : OFJ, *Guide*).
- OFJ, *Guide de législation – Module « loi »*, Berne 2008 (cité : OFJ, *Module « loi »*).
- PASQUINO Pasquale, *Contraintes juridiques ? – La Cour constitutionnelle italienne*, in : Troper Michel / Champeil-Desplats Véronique / Grzegorzczak Christophe (édit.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris 2005, p. 177 ss (cité : PASQUINO, *Contraintes*).
- PASQUINO Pasquale, *Le principe de majorité : nature et limites*, in : La vie des idées ([www.laviedesidees.fr](http://www.laviedesidees.fr)), Paris 2010, p. « [http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20101214\\_principe\\_de\\_majorite\\_.pdf](http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20101214_principe_de_majorite_.pdf) » (consulté le 30 avril 2012) (cité : PASQUINO, *Le principe*).
- PAVIA Marie-Luce, *Démocratie continue et volonté générale*, in : Rousseau Dominique (édit.), *La démocratie continue – Actes du colloque du CERCOP du 2-4 avril 1992*, Paris 1995, p. 137 ss.
- PAYE Olivier, *Approche sociopolitique de la production législative : le droit comme indicateur de processus de décision et de représentation politiques*, in : Commaille Jacques / Dumoulin Laurence / Robert Cécile (édit.), *La juridicisation du politique*, Paris 2010, p. 174 ss.

- PECZENIK Aleksander, *L'existence de principes supra constitutionnels*, trad., in : de Béchillon Denys et al. (édit.), *L'architecture du droit – Mélanges Michel Troper*, Paris 2006, p. 817 ss.
- PERRIN Jean-François, in : Pichonnaz Pascal / Foëx Bénédicte (édit.), *CoRo – Code civil I*, Bâle 2010, art. 4 CC.
- PERROT Roger, *Institutions judiciaires*, 14<sup>e</sup> éd., Paris 2010.
- PFERSMANN Otto, *Contre le néo-réalisme juridique – Pour un débat sur l'interprétation*, AD 2001 p. 231 ss (cité : PFERSMANN, *Contre le néo-réalisme*).
- PFERSMANN Otto, *Une théorie sans objet – une dogmatique sans théorie – En réponse à Michel Troper*, AD 2004 p. 153 ss (cité : PFERSMANN, *Une théorie*).
- PFERSMANN Otto, *Critique de la théorie des « contraintes juridiques »*, in : Troper Michel / Champeil-Desplats Véronique / Grzegorzczak Christophe (édit.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris 2005, p. 123 ss (cité : PFERSMANN, *Critique*).
- PIAGET Emmanuel, *Les exigences en matière d'interprétation et de rédaction de la loi – Recherche de règles communes au législateur et à l'interprète*, RDS 2009 I p. 285 ss.
- PICARD Étienne, *Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique*, in : Sénat ([www.senat.fr](http://www.senat.fr)), *L'office du juge*, Paris 2006, p. « [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf) » (p. 42 ss) (consulté le 30 avril 2012).
- PICHONNAZ Pascal / VOGENAUER Stefan, *Le « pluralisme pragmatique » du Tribunal fédéral : une méthode sans méthode ?*, PJA 1999 p. 417 ss.
- PIMENTEL Carlos-Miguel, *Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique*, JP n<sup>o</sup> 1 (2008) p. « <http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/Pimentel.pdf> » (consulté le 30 avril 2012) (cité : PIMENTEL, *Contribution*).
- PIMENTEL Carlos-Miguel, *Reconnaissance et désaveu en droit politique (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être*, JP n<sup>o</sup> 5 (2010) p. « [http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP5\\_Pimentel\\_corr02.pdf](http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP5_Pimentel_corr02.pdf) » (consulté le 30 avril 2012) (cité : PIMENTEL, *Avènement*).

- POIRMEUR Yves, *Thèmes et débats autour du constitutionnalisme*, in : CURAPP (édit.), *Droit et politique*, Paris 1993, p. 13 ss.
- POSNER Richard A., *How judges think*, Cambridge / Londres 2008.
- RAMPNOUX René, *Histoire de la pensée occidentale – De Socrate à Sartre*, Paris 2008.
- RAYNAUD Philippe, *Le droit et la science politique*, JP n° 2 (2009) p. « [http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP2\\_Raynaud\\_droit-science-po.pdf](http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP2_Raynaud_droit-science-po.pdf) » (consulté le 30 avril 2012) (cité : RAYNAUD, *Le droit*).
- RAYNAUD Philippe, *Trois révolutions de la liberté – Angleterre, Amérique, France*, Paris 2009 (cité : RAYNAUD, *Trois révolutions*).
- RÉMY Marc, *Droit des mesures policières – Principes généraux, cadre juridique et coopération policière*, Zurich 2008.
- RHINOW René, *Politische Funktionen des Rechts*, RDS 2008 I p. 181 ss (cité : RHINOW, *Politische Funktionen*).
- RHINOW René, *Die Bundesverfassung 2000 – Eine Einführung*, Bâle 2000 (cité : RHINOW, *Die Bundesverfassung*).
- RHINOW René / SCHEFER Markus, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2009.
- ROSANVALLON Pierre, *La contre-démocratie*, Paris 2006 (cité : ROSANVALLON, *La contre-démocratie*).
- ROSANVALLON Pierre, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris 2008 (cité : ROSANVALLON, *La légitimité*).
- ROUSSEAU Dominique, *De la démocratie continue*, in : Rousseau Dominique (édit.), *La démocratie continue – Actes du colloque du CERCOP du 2-4 avril 1992*, Paris 1995, p. 5 ss (cité : ROUSSEAU, *De la démocratie continue*).
- ROUSSEAU Dominique, *Constitutionnalisme et démocratie*, in : La vie des idées ([www.laviedesidees.fr](http://www.laviedesidees.fr)), Paris 2008 (consulté le 18 octobre 2011), p. « [http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080919\\_drousseau.pdf](http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080919_drousseau.pdf) » (consulté le 30 avril 2012) (cité : ROUSSEAU, *Constitutionnalisme*).

- RUCH Alexander, *Äussere und innere Sicherheit*, in : Thürer Daniel / Aubert Jean-François / Müller Jörg Paul (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 889 ss.
- SCHAER Alexander, *Weiterhin kein Recht auf « automatische Einbürgerung » – Die Einbürgerungspraxis des Bundesgerichts seit 2003*, PJA 2007 p. 1542 ss (cité : SCHAER, *Einbürgerungspraxis*).
- SCHAER Alexander, *Einbürgerungsverfahren geniesst weiterhin viel Freiraum – Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Einbürgerungsrecht im Jahr 2007*, Jusletter 3 mars 2008 (cité : SCHAER, *Einbürgerungsverfahren*).
- SCHEFER Markus, *BWIS I – Kompetenzen und Grundrechte – Das HooliganGesetz wirft Fragen in Bezug auf die Bundeskompetenz und die Vereinbarkeit mit Grundrechten auf*, digma 2006 p. 59 ss.
- SCHERRER Thomas, *Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots*, thèse St-Gall, Buttikon 2001.
- SCHNAPPER Dominique, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris 2010.
- SCHUBARTH Martin, *Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität*, recht 1995 p. 151 ss (cité : SCHUBARTH, *Der Richter*).
- SCHUBARTH Martin, *Die Bedeutung der verfassungsmässigen Ordnung für das Verhältnis von Richter und Bundesgesetz*, RDS 2003 I p. 169 ss (cité : SCHUBARTH, *Die Bedeutung*).
- SCHWEIZER Rainer J., *Die Oberaufsicht der Parlamente über die Justiz*, SSP 2002 n° 3 p. 4 ss (cité : SCHWEIZER, *Die Oberaufsicht*).
- SCHWEIZER Rainer J., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, vol. II, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, art. 57 Cst.
- SCHWEIZER Rainer J. / KÜPFER Gabriela, *Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung*, in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, vol. II, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2008.
- SEILER Hansjörg, *Die Oberaufsicht der Parlamente über die Justiz : Die Interessenlage der Parlamente*, SSP 2002 n° 3 p. 8 ss (cité : SEILER, *Oberaufsicht*).

SEILER Hansjörg, *Verwaltungsakt-Begründungspflicht-Verwaltungsreferendum – Einbürgerungen usw. zwischen Rechtslehre und Demokratie*, in : Bovay Benoît / Nguyen Minh Son (édit.), *Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire – Mélanges Pierre Moor*, Berne 2005, p. 529 ss (cité : SEILER, *Einbürgerungen*).

SEILER Hansjörg, *Richter als Parteivertreter*, in : Gass Stephan et al. (édit.), *Justice en lumière – Contributions choisies de la Revue suisse des juges (2005-2008)*, Berne 2009, p. 17 ss (cité : SEILER, *Richter*).

SERVERIN Évelyne, *Sociologie du droit*, Paris 2000.

SOÛS Robert / VÖGELI Christoph, *BWIS-Massnahmen gegen Gewalt an Sportveranstaltungen: Top oder Flop ? – Das Rayonverbot und die Meldeauflage in der Praxis*, S&D 2008 p. 156 ss.

SPECTOR Céline, *Montesquieu – Liberté, droit et histoire*, Paris 2010.

SPESCHA Marc, *Absolute Demokratie gefährdeter Rechtsstaat Demokratiepraktische und staatsethische Überlegungen aus Anlass aktueller Gesetzesrevisionen im Bürger, Asyl- und Ausländerrecht*, PJA 2006 p. 181 ss.

STEINAUER Paul-Henri, *Le Titre préliminaire du Code civil*, TDP II/1, Bâle / Francfort-sur-le-Main 2008.

STEINMANN Gerold, *Beitrag des Bundesgerichts zur präventiven Rechtskontrolle – Möglichkeiten und Grenzen*, LeGes 2010 p. 367 ss.

STÖCKLI Hans, *Die präventive Rechtskontrolle aus der Sicht eines kommunalen Exekutivpolitikers und eines nationalen Parlamentariers*, LeGes 2010 p. 343 ss.

SZVIRCSEV TRESCH Tibor / WENGER Andreas / WÜRMLI Silvia / BISIG Esther, *Sicherheit 2011 – Aussen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitische Meinungsbildung im Trend*, Zurich 2011.

TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, Genève / Zurich / Bâle 2011.

TIMSIT Gérard, *Contre la nouvelle vulgate*, in : Colliard Jean-Claude / Jegouzo Yves (édit.), *Le nouveau constitutionnalisme – Mélanges Gérard Conac*, Paris 2001, p. 31 ss.

- TOBLER Andreas, *Die parlamentarische Oberaufsicht über die eidgenössischen Gerichte : Eine aktuelle Untersuchung der Geschäftsprüfungskommission der Ständerates*, SSP 2002 n° 3 p. 16 ss.
- TORNAY Bénédicte, *La démocratie directe saisie par le juge*, thèse Genève, Genève / Zurich / Bâle 2008.
- TORRIONE Henri, *Le poids des arguments – Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique*, in : Tercier Pierre et al., (édit.), *Gauchs Welt – Festschrift Peter Gauch*, Zurich / Bâle / Genève, p. 275 ss.
- TROPER Michel, *Le constitutionnalisme entre droit et politique*, in : CURAPP (édit.), *Droit et politique*, Paris 1993, p. 82 ss (cité : TROPER, *Le constitutionnalisme*).
- TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris 1994 (cité : TROPER, *Pour une théorie*).
- TROPER Michel, *Le bon usage des spectres – Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges*, in : Colliard Jean-Claude / Jegouzo Yves (édit.), *Le nouveau constitutionnalisme – Mélanges Gérard Conac*, Paris 2001, p. 49 ss (cité : TROPER, *Le bon usage*).
- TROPER Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris 2001 (cité : TROPER, *La théorie du droit*).
- TROPER Michel, *En réponse à Otto Pfersmann*, AD 2002-2003 p. 97 ss (cité : TROPER, *En réponse*).
- TROPER Michel, *La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois*, in : Avril Pierre (édit.), *L'équilibre des institutions, l'équilibre des pouvoirs – Mélanges Pierre Pactet*, Paris 2003, p. 911 ss (cité : TROPER, *La logique*).
- TROPER Michel, *La liberté de l'interprète*, in : Sénat (édit.), *L'office du juge*, Paris 2006, p. « [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf) » (p. 28 ss) (cité : TROPER, *La liberté*).
- TROPER Michel, *Le réalisme et le juge constitutionnel*, CCC n° 22 (2007) p. 185 ss (cité : TROPER, *Le réalisme*).

- TROPER Michel, *Le pouvoir des juges constitutionnels*, in : La vie des idées (www.laviedesidees.fr), Paris 2010, p. « [http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20100407\\_troper.pdf](http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20100407_troper.pdf) » (consulté le 30 avril 2012) (cité : TROPER, *Le pouvoir*).
- TROPER Michel, *Le droit et la nécessité*, Paris 2011 (cité : TROPER, *Le droit et la nécessité*).
- TROPER Michel, *La philosophie du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Paris 2011 (cité : TROPER, *La philosophie*).
- TSCHANNEN Pierre, *Verfassungsauslegung*, in : Thürer Daniel / Aubert Jean-François / Müller Jörg Paul (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 149 ss (cité : TSCHANNEN, *Verfassungsauslegung*).
- TSCHANNEN Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2011 (cité : TSCHANNEN, *Staatsrecht*).
- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2009.
- TSCHÜMPERLIN Paul, *Die Publikation gerichtlicher Entscheide*, in : Kettiger Daniel / Sägesser Thomas (édit.), *Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes*, Berne 2011, p. 69 ss.
- URFALINO Philippe, *La délibération n'est pas une conversation – Délibération, décision collective et négociation*, *Négociations* 2005 n° 2 p. 99 ss (cité : URFALINO, *La délibération*).
- URFALINO Philippe, *La décision par consensus apparent – Nature et propriétés*, *RESS* n° 136 (2007) p. 47 ss (cité : URFALINO, *La décision*).
- URFALINO Philippe, *L'esprit des règles de décisions*, in : Gnassounou Bruno / Michon Cyrille / Descombes Vincent (édit.), *Questions disputées*, Nantes 2007, p. 199 ss (cité : URFALINO, *L'esprit*).
- VOX, *Analyse des votations fédérales du 1<sup>er</sup> juin 2008*, in : gfs.bern (www.polittrends.ch), Berne 2008, p. « <http://www.polittrends.ch/abstimmungen/abstimmungsanalysen/vox-analysen/080601f.html#1> » (consulté le 30 avril 2012).

- WALDMANN Bernhard, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz – unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits*, thèse d'habilitation Fribourg, Berne 2003.
- WALTER Hans Peter, *Interne richterliche Unabhängigkeit*, in : Gass Stephan et al. (édit.), *Justice en lumière – Contributions choisies de la Revue suisse des juges (2005-2008)*, Berne 2009, p. 83 ss (cité : WALTER, *Unabhängigkeit*).
- WALTER Hans Peter, *Richtiges Recht richtig sprechen*, in : Gass Stephan et al. (édit.), *Justice en lumière – Contributions choisies de la Revue suisse des juges (2005-2008)*, Berne 2009, p. 169 ss (cité : WALTER, *Richtiges Recht*).
- WEBER Max, *Politik als Beruf*, Munich / Leipzig, 1919.
- WENGER David R., *Was weiss die Politik schon vom Recht... Szenarien einer Umsetzung der Einbürgerungsinitiative*, ZBI 2007 p. 424 ss.
- WERRO Franz, in : Pichonnaz Pascal / Foëx Bénédicte (édit.), *CoRo – Code civil I*, Bâle 2010, art. 1 CC.
- WIPRÄCHTIGER Hans, *Recht und Richter*, in : Tercier Pierre et al., (édit.), *Gauchs Welt – Festschrift Peter Gauch*, Zurich / Bâle / Genève, p. 327 ss (cité : WIPRÄCHTIGER, *Recht*).
- WIPRÄCHTIGER Hans, *Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen*, recht 1995 p. 143 ss (cité : WIPRÄCHTIGER, *Rechtsfindung*).
- WURZBURGER Alain, *Haute surveillance du Parlement sur la justice*, SSP 2002 n° 3 p. 11 ss.
- WYSSMANN Ursula, *Einbürgerungen an der Urne sind verfassungswidrig*, ius.full 2003 p. 266 ss.
- ZIMMERLI Ulrich, « *Beaufsichtigte* » *Justiz*, SSP 2002 n° 3 p. 3 (cité : ZIMMERLI, *Justiz*).
- ZIMMERLI Ulrich, *Wenn die Politik Druck macht – Richtertätigkeit unter Beeinflussungsversuchen*, JJG 2009 n° 4 (cité : ZIMMERLI, *Beeinflussungsversuchen*).

ZOLLER Élisabeth, *La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française*, RIDC 2001 p. 559 ss.

ZURN Christopher F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge / New York 2007.

## In der gleichen Reihe Dans la même collection

N°	Autoren, Titel und Datum – Auteurs, titres et date
260	V. FELLEBERG Monika Kinder als Mitbetroffene von häuslicher Gewalt
261	KOBEL Stéphane Politique fédérale des agglomérations dans les domaines des transports et de l'urbanisation
262	OBERMAYER Susanne Kooperationsinitiativen an Schweizer Hochschulen
263	LADNER Andreas Wahlen in den Schweizer Gemeinden
264	SCHLANSER Regula Qui utilise les crèches en Suisse ?
265	SOGUEL Nils, ZIEHLI Sonja Vergleich 2010 der Kantons- und Gemeindefinanzen Comparatif 2010 des finances cantonales et communales
266	LAURENT Vincent Perspectives et défis de la gestion durable du sous-sol en Suisse
267	BÄR Theo Die Regierungsreform im Bund
268	DOLDER Olivier Kleine Lotterien – grosse Unterschiede
269	LAESSLÉ Melaine Les coopératives d'habitation comme alternative au marché immobilier
270	TRIPET Florent Manuel Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik: Die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz
271	AGLIONE Camille-Angelo L'administration s'adresse aux ados: analyse du recrutement du Conseil des jeunes de Lausanne; pistes et conseils pour les décideurs
272	CAUVIN Francesca L'analyse participative de la Ville de Genève. Présentation et analyse de quelques initiatives communales encourageant la participation des citoyens à l'amélioration de leur qualité de vie
273	FATTORE Daniel Minorités linguistiques, où êtes-vous ? Pistes et mesures pour une meilleure représentation des minorités linguistiques au sein des organisations (para-)étatiques



## L'IDHEAP en un coup d'œil

### **Champ**

L'IDHEAP, créé en 1981, se concentre sur l'étude de l'administration publique, un champ interdisciplinaire (en anglais Public Administration) visant à développer les connaissances scientifiques sur la conduite des affaires publiques et la direction des institutions qui en sont responsables. Ces connaissances s'appuient sur plusieurs disciplines des sciences humaines et sociales, comme le droit, l'économie, le management et la science politique, adaptées aux spécificités du secteur public et parapublic. L'IDHEAP est le seul institut universitaire suisse totalement dédié à cet important champ de la connaissance.

### **Vision**

A l'interface entre théorie et pratique de l'administration publique, l'IDHEAP est le pôle national d'excellence contribuant à l'analyse des mutations du secteur public et à une meilleure gouvernance de l'Etat de droit à tous ses niveaux, en pleine coopération avec ses partenaires universitaires suisses et étrangers.

### **Mission**

Au service de ses étudiants, du secteur public et de la société dans son ensemble, l'IDHEAP a une triple mission qui résulte de sa vision:

- Enseignement universitaire accrédité au niveau master et post-master, ainsi que formation continue de qualité des élus et cadres publics;
- Recherche fondamentale et appliquée en administration publique reconnue au niveau national et international, et valorisée dans le secteur public suisse;
- Expertise et conseil indépendants appréciés par les organismes publics mandataires et enrichissant l'enseignement et la recherche.

## Principales prestations

### 1. Enseignement: former les élus et cadres actuels et futurs du secteur public

- Doctorat en administration publique
- MPA (Master of Public Administration)
- Master PMP (Master of Arts in Public Management and Policy)
- CEMAP (Certificat exécutif en management et action publique)
- Certificat universitaire d'un cours trimestriel du MPA
- SSC (Séminaire pour spécialistes et cadres)

### 2. Recherche: ouvrir de nouveaux horizons pour l'administration publique

- Projets de recherche fondamentale ou appliquée
- Directions de thèses de doctorat
- Publications scientifiques (ouvrages et articles)
- Colloques et conférences scientifiques
- Cahiers et Working Papers de l'IDHEAP

### 3. Expertise et conseil: imaginer et mettre en œuvre des solutions innovatives

- Mandats d'expertise et de conseil auprès du secteur public et parapublic

### 4. Services à la cité: contribuer à la connaissance du service public

- Bibliothèque spécialisée en administration publique
- Sites Badac.ch, gov.ch, ivote.ch
- Renseignements aux collectivités publiques
- Interventions médiatiques
- Articles et conférences de vulgarisation