

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

Sommaire

Préface	V-VII
Partie I – Droit public : questions choisies	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement ³	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i>	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung	435-465
Partie II – L'État et les acteurs privés	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d’emplois des agents du secteur public en Europe	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L’importance de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
Partie III – Droit du territoire, de l’énergie et de l’environnement	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l’exemple de la téléphonie mobile	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L’unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l’assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d’affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI	
Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts	951-964
THOMAS MERKLI	
Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL	
Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise	979-990
ALEXANDER RUCH	
Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER	
Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz	1007-1034
THIERRY TANQUEREL	
Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR	
Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY	
Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

Rationalité et subjectivité dans l'interprétation et l'application du droit

Sommaire

Page

Introduction	321
A. Des concepts au contenu fluctuant	321
B. La rationalité textuelle	323
I. La récusation	324
II. Le préalable d'une théorie du droit	325
A. Institutionnalité et vérité du droit	325
B. Sémantité du droit	326
III. L'établissement des faits	326
A. L'instruction	326
B. Le récit judiciaire	327
IV. La mise en œuvre du droit : interprétation et application	328
V. L'axe horizontal de l'interprétation	329
A. Du canon méthodologique à l'abduction	329
B. Les arguments d'origine externe	330
VI. L'axe vertical de l'application	331
A. Le problème de la mineure du syllogisme	331
B. Les phases du jugement	332
Conclusion	333

Introduction

A. Des concepts au contenu fluctuant

La question posée ici est celle de la place et de l'importance de la subjectivité du juriste lorsque celui-ci considère qu'il « dit » le droit. Car il y a une prétention, dans

* Professeur honoraire de l'Université de Lausanne, D^r h. c. de l'Université de Bâle.

l'ordonnement actuel du droit, à penser que la pensée juridique présente – ou du moins devrait présenter – toutes les garanties qu'offre la rationalité argumentée, de manière à éliminer tout risque d'un discours juridique qui serait « subjectif », c'est-à-dire imprégné de sentiments, de préconceptions, d'idéologies propres à la personne qui dit le droit.

Ce qui frappe en premier lieu est que « rationalité » soit régulièrement employé au singulier et « émotions » au pluriel. Qu'il y ait plusieurs types d'émotions paraît aller de soi. Mais n'y aurait-il qu'un seul type de raison ? Le doute est permis. Il est conforté lorsqu'on a besoin d'utiliser la forme adjectivale du nom : « rationnel » ou « raisonnable » ? Cette question en amène évidemment une autre : que faut-il entendre par « rationalité » ?

On sait en tout cas qu'on rencontre dans l'humanité diverses manières de construire de manière conceptuellement cohérente le monde et les rapports à l'altérité¹. On sait aussi que notre concept de « rationalité » a une histoire et que l'on peut suivre son développement à travers les mutations socio-économiques et politiques que l'Occident a parcourues depuis le Moyen Âge². On sait encore que la rationalité calculatrice de l'« agent [dit] rationnel » s'est construite dans le cadre d'une théorie des rapports entre individus au sein d'une société, théorie qui s'est formulée au cours du XVIII^e siècle³. La raison apparaît donc sous des modes spécifiques, et il importerait préalablement de désigner celui dont il devrait être question ici.

En va-t-il de même du concept de « subjectivité », dans la mesure où les deux concepts se pensent en opposition l'un à l'autre ? Surgit une question : ces deux concepts, « rationalité » et « subjectivité » – décrivent-ils exhaustivement les déterminations de nos actions – y compris celles de nos jugements ? Celui de « subjectivité » contient-il par exemple celui d'« émotion » (par exemple de sympathie) ? L'inscription d'une valeur (par exemple de justice) dans une argumentation introduit-elle un élément d'« irrationalité » ? Nous répondrons par l'affirmative, si l'opposition a pour but de décrire les conditions d'une action adéquate, de raison dite « pratique », menant à un choix. Car l'application du droit s'achève nécessairement par un choix, dans les situations d'incertitude, où la rationalité, n'étant pas formalisée, est incapable à elle seule de mener à une solution unique : au début de l'argumentation le choix à faire est douteux, et le choix fait le reste au moins dans une certaine mesure, puisqu'il a fallu une argumentation hésitante pour y parvenir.

¹ Voir DESCOLA Philippe, *Par-delà nature et culture*, Paris, 2007.

² Voir ELIAS Norbert, *La dynamique de l'Occident*, trad. Pierre Kamnitzer, Paris, 1975 (1^{re} éd., *Wandlungen der Gesellschaft : Entwurf zu einer Theorie der Zivilisation*, 1939).

³ Voir DARDOT Pierre / LAVAL Christian, *La nouvelle raison du monde : essai sur la société néolibérale*, Paris, 2009.

Où, dans ces conditions, classer les « valeurs » ? La justice est une valeur, qui apparaît, pour le commun des mortels, comme un sentiment ; et le spectacle de l'injustice provoque une émotion. Toutefois, tout sentiment de la justice s'inscrit dans une vision de ce que devrait être une société dans une organisation qualifiée de « juste » ; même si cette construction peut être implicite, il est possible d'en analyser la cohérence (la « rationalité » ?) dans les relations réciproques de ses implications, le cas échéant également par rapport à d'autres valeurs.

B. La rationalité textuelle

Les structures instrumentales du droit sont d'une part une logique gouvernée par des critères de rationalité liés à l'existence de textes, d'autre part l'aménagement institutionnel des compétences de décisions. Sa finalité : rendre une justice socialement acceptée.

Les juges – et même plus largement les juristes – sont de par leur fonction appelés à prendre des décisions : donc à agir. Et c'est une action adéquate (pour conserver ce terme neutre) qu'on attend d'eux. Toutefois, c'est une action qui présente la caractéristique qu'elle ne les concerne pas personnellement : les conséquences de leurs décisions pèsent sur autrui. Le juge n'est pas intéressé « égoïstement » à l'issue de la cause et, dès lors, la « rationalité » de ce qu'il entreprend est censée ne pas être influencée par des « émotions » qui naîtraient de l'atteinte à ses intérêts (même s'il peut être intéressé à bien régler sa jurisprudence du point de vue des instances supérieures, là où sa promotion en dépend).

De plus, la « rationalité » qu'il doit mettre en œuvre est celle qui lui est dictée par les textes normatifs de l'ordre juridique auquel il est soumis : il n'a pas, du moins dans le principe, de liberté. En outre, la norme qu'il élabore sur la base de cette rationalité pour résoudre un litige concret va être intégrée dans l'ordre juridique, à la rationalité duquel elle contribuera.

Enfin, l'action du juriste a la caractéristique de mener à une décision. Décision qui, parce qu'elle doit s'intégrer dans un ordre juridique qui la justifie, constitue dans son essence un discours dont la finalité est d'être institutionnellement impérative – légitimement exécutoire.

Où se situe, dans un tel contexte, la place de la « subjectivité » ? Nous allons l'illustrer d'une part par l'institution de la récusation, d'autre part par des considérations d'épistémologie juridique,

I. La récusation

Ce qui précède peut être illustré par l'institution de la récusation. Celle-ci permet d'écartier un juge dont on peut penser *a priori* qu'il pourrait se laisser influencer par des motivations étrangères à une appréhension objective de la cause, parce qu'il est personnellement intéressé à l'issue de la cause – par des considérations que nous avons appelées « égoïstes ». La maxime est ici que non seulement le juge doit être objectif, mais qu'il doit le paraître.

Premier groupe d'hypothèses : celui des intérêts personnels liés à l'issue du litige. Il peut s'agir aussi bien des intérêts du juge lui-même que de ceux de personnes qui sont membres de sa famille et qui sont parties au procès, ou qui sont mandataires d'une des parties, ou même qui ont statué comme autorité précédente.

Mais ce premier groupe d'hypothèses s'est enrichi d'un second. Il peut en effet se trouver que, avant même que, procéduralement, il soit saisi, le juge ait une opinion préconçue : il est *prévenu* parce qu'il a déjà une opinion personnelle sur l'affaire ou son contexte. D'abord si le juge a déjà agi dans la même cause à un autre titre : comme membre d'une autorité, conseil d'une partie, expert, témoin. Mais, de plus, les lois procédurales sont sur ce point rédigées de manière assez large (« indéterminée », comme nous dirons), puisqu'elles prévoient de manière générale la récusation lorsque le juge peut être prévenu « de toute autre manière ». Par exemple, en faisant paraître dans la presse, avant même tout litige, des articles critiques sur l'une des parties. Il ne serait pas même exclu qu'une campagne de presse unilatérale et excessive à laquelle le juge compétent n'a pas personnellement participé puisse néanmoins susciter des doutes sur sa neutralité.

Cette hypothèse est intéressante dans la mesure où elle montre que l'ordre juridique ne repose pas sur une rationalisation univoque qui conduirait nécessairement, si les démarches sont effectuées selon une correcte méthodologie, à un résultat prédéterminé : si tel était le cas, il suffirait de les vérifier, et le concept de prévention serait inutile. Ce que l'institution de la récusation vise donc à mettre en œuvre est une procédure qui débute et se poursuit dans un état de constante incertitude, laquelle ne doit pas être éliminée par une prévention manifestant la subjectivité du juge. Nous appellerons cette subjectivité externe, parce que les éléments qui la fondent existaient déjà avant que la procédure ait commencé.

Le thème de la récusation est donc, sous l'angle qui nous intéresse, est révélateur. Si l'ordre juridique intègre ainsi le risque que le juge décide sous l'influence d'une précon-

ception étrangère à l'ordre juridique⁴, cela ne signifie pas autre chose que les normes qui sont censées offrir exclusivement la base rationnelle des décisions laissent en réalité au moins une certaine liberté à la subjectivité du juge. La récusation écarte ce risque sous un certain angle, mais révèle aussi qu'un risque *général*, consubstantiel aux textes légaux à appliquer, existe que la subjectivité aurait pu rester invisible si des indices extérieurs ne l'avaient pas révélée. Ce risque ne peut s'expliquer que par l'existence, dans ces textes, de marges de liberté dans lesquelles s'ouvre la possibilité d'une telle subjectivité – subjectivité que nous appellerons *interne*, puisqu'elle est impliquée par la nécessité d'appliquer les textes juridiques y compris la marge de liberté qui fait partie intégrante de leur contenu normatif.

Quelles sont les implications de cette subjectivité interne, c'est-à-dire comment elle peut s'objectiver dans la rationalité revendiquée par l'ordre juridique, telle est la question épistémologique qu'il faut donc aborder.

II. Le préalable d'une théorie du droit

A. Institutionnalité et vérité du droit

Un détour par la théorie du droit doit être fait préalablement pour éclairer ce qui va suivre.

Premièrement, il faut insister sur la compréhension du droit comme système sémantique. L'ordre juridique fonctionne comme système de significations dont les combinaisons, en fondant le jugement, sont censées assurer sa rationalité. Par les références signifiantes que tout jugement doit apporter aux textes légaux, il garantit, dans la plus grande mesure possible (comme nous allons le voir), la validité de sa *prétention de rationalité*. Il peut ainsi, face aux justiciables et à la société en général, en effet, construire sa force persuasive.

En second lieu, le droit est aussi un système *institutionnalisé*. Un état d'incertitude règne au début de la procédure. On ne sait pas quels sont les faits de la cause, lesquels seront établis au cours de la procédure. On ne sait pas quelle est la norme selon laquelle le litige sera jugé, ni comment elle sera appliquée. Ces deux incertitudes devront être considérées comme levées à la fin de la procédure, au moyen de la décision qui sera prise. Le juge doit répondre aux questions qui lui sont posées, sous peine de déni de justice : il a une obligation de réponse, qui ne lui permet pas de s'abstenir au cas où il serait incertain

⁴ « Étrangère » : si on se réfère aux idéologies d'un ordre normatif exhaustif, du genre « le juge est la bouche de la loi » dans la vulgate qui arbore cette citation de MONTESQUIEU.

quant à ce qui lui incombe de dire. Et cette réponse est définitive. L'institutionnalité du droit l'exige et donc le permet, même si la rationalité qui peut être atteinte est limitée, et même si elle est guidée, orientée, préformée par ce que nous avons appelé des préconceptions. C'est bien pourquoi, prudemment, nous venons de dire que l'incertitude est *considérée* comme levée. *Res judicata pro veritate accipitur*. L'adage romain – toujours en vigueur – montre que le déficit de rationalité est assumé ; et par « déficit », nous entendons les critiques faites à l'argumentation par ceux qui n'ont pas la compétence de rendre une décision reconnue par l'ordre juridique comme définitive.

B. Sémanticité du droit

Le second présupposé pouvant être considéré comme suffisamment connu, nous nous concentrerons sur les conséquences du premier. Rappelons ce que nous entendons par sémanticité du droit. Le droit est un ensemble de textes lus et écrits les uns par rapport aux autres. Cet ensemble est constitué d'une part par un groupe de textes passés, qui servent de références – lois, jurisprudence, doctrine – et d'autre part par les divers textes qui sont en train d'être écrits pour résoudre les litiges présents et qui doivent prendre pour référence ceux du premier groupe. Référence signifie ici que les motivations des textes du second groupe doivent montrer qu'ils s'intègrent à l'ensemble. Il y a sémanticité dans la mesure où ces motivations ont à donner la signification de la décision à prendre en puisant dans les ressources du code constitué par les textes de référence.

Ces motivations ont à légitimer les trois opérations qui conduisent au jugement : l'établissement des faits, l'interprétation de la norme puis son application. Nous allons les aborder successivement, en négligeant le fait qu'elles ne se suivent pas, mais s'interpénètrent (c'est la norme qui désigne les faits qu'on appelle « pertinents » et qui doivent être établis).

III. L'établissement des faits

A. L'instruction

Venons-en donc d'abord à la confrontation à la réalité : aux faits. Quels sont les processus de rationalité à l'œuvre pour les reconstituer dans leur vérité ? Au départ de tout litige (et même : au départ de toute adoption d'une norme) se trouve une situation factuelle : la « réalité ». Elle existe, certes, pourrait-on dire, « objectivement », c'est-à-dire indépendamment de la vision qu'en ont les parties au litige. Toutefois, on ne peut avoir affaire qu'avec des « visions » – la réalité « objective » est inatteignable en tant que telle. Ce sont donc des « visions » qui sont transmises au juge, lequel, appuyé sur les preuves

dont il dispose, va lui substituer sa propre « vision » : celle-ci va constituer la base « factuelle » de son jugement – l'« état de fait ». La procédure va traverser, à cet effet, la phase dite de l'« établissement des faits », ou de l'« instruction ».

Cette phase sert à lever l'incertitude qui règne quant à la consistance de la situation factuelle. Témoins, experts, inspection locale, etc., sont autant de preuves qui seront apportées à son sujet. Il s'agit de ce que nous appelons des « récits probatoires » : le témoin « raconte » ce qu'il a vu ou entendu, l'expert « raconte » ce que la science a à dire, l'inspection locale « raconte » ce que l'on peut observer sur les lieux de la situation factuelle, etc. Ces récits sont pour le juge le seul accès à la situation factuelle dont il dispose⁵. Sauf dans les hypothèses où la loi attribue à un type de récit par lui-même un effet de vérité (preuve dite légale, système qui est de nos jours rarissime), les récits probatoires constituent pour le juge des indices, qu'il réunit pour faire à son tour le récit de la situation factuelle : et ce récit – que nous appelons judiciaire – sera tenu pour vrai, selon la règle mentionnée ci-dessus. L'incertitude sera levée, du moins juridiquement, c'est-à-dire dans la portée institutionnelle qu'aura le jugement. La certitude ainsi gagnée pourra certes être contestée, mais seulement hors de la sphère juridique et, donc, sans effet sur le jugement.

B. Le récit judiciaire

faut s'arrêter un moment sur l'écriture du récit judiciaire. Le plus commode pour la démonstration consiste à prendre une histoire simple (comme il est d'ailleurs d'usage dans les exposés de théorie !). Dans le cadre d'un procès en divorce, l'épouse invoque l'adultère du mari ; et un détective vient témoigner avoir vu celui-ci entrer dans un hôtel, accompagné d'une femme, à cinq heures de l'après-midi, et en ressortir, avec la même femme, une heure plus tard. C'est un récit probatoire ; et ce n'est évidemment pas la situation factuelle elle-même, mais un simple indice. Le juge ne peut rien en conclure s'il s'arrête là : il lui faut l'interpréter. Il le fera sur la base d'un schéma argumentatif qu'on peut résumer ainsi : si un homme et une femme se rendent ensemble dans un hôtel pour une heure en fin d'après-midi, c'est pour y entretenir des relations sexuelles. Ce schéma, appliqué au cas d'espèce, permet d'inférer d'un simple indice qu'il y a bien eu adultère, lequel pourra dès lors entrer dans le récit judiciaire. Cet enchaînement n'est pas une déduction, car le schéma est celui d'une vraisemblance, et une preuve contraire peut être apportée dans le cas concret sans que la vraisemblance générale de l'hypothèse en soit nécessairement ébranlée. Il y a donc bien falsification possible, mais elle porte sur

⁵ Et cela même s'il n'y a aucune contestation à son sujet entre les parties au litige : le juge reprendra leurs déclarations concomitantes dans son récit.

l'épisode singulier. (On peut évidemment aussi contester la plausibilité du schéma, mais ce n'est pas toujours plus facile !)

Ce procédé logique est celui de l'abduction⁶. Et on peut appeler de tels schémas règles abductives. Sont-elles des instruments de « rationalité » ? Sont-elles « rationnelles » ou simplement raisonnables ? Il nous semble que la question peut être résolue, si on les aborde du point de vue de la fonction qu'elles remplissent.

Cette fonction est de remplir l'espace de liberté réservé au juge qui est précisément, et sciemment, dénommé « libre appréciation des preuves ». Or, en droit, « libre » signifie bien absence de contrainte normative, mais, comme la liberté est ici exercice d'une compétence, elle est juridiquement réglée : l'usage qui en est fait doit être motivé. En ce qui concerne les faits, le juge doit donc expliquer comment il écrit le récit judiciaire. Les règles *abductives* ont cette fonction, même si, souvent, elles ne sont pas explicitées. Mais d'où le juge les tire-t-il ? Elles font partie d'un fonds commun de savoirs, d'expériences, de pratiques, généralement partagé dans la société dans laquelle le juge vit. Ce fonds est aussi celui du juge qui le reprend parce qu'il est intimement persuadé de sa pertinence : il partage cette vision du monde. Sa subjectivité se rationalise par cette reprise, qui a pour effet que le récit qu'il construit grâce à elle peut être généralement compris et accepté. On a donc une rationalité *relative* (il n'est pas certain que le récit corresponde à la réalité de ce qui s'est effectivement passé), que le juge considère qu'il l'a suffisamment établie en référant ce qu'il conçoit *subjectivement* avec des vraisemblances sociales couramment admises : en d'autres mots, les règles abductives lui permettent d'*objectiver* sa *propre* vision du monde.

IV. La mise en œuvre du droit : interprétation et application

Les faits étant établis, on peut aborder maintenant ce qui concerne proprement ce qu'on appelle le raisonnement juridique. Les opérations juridiques en lesquelles il consiste se situent sur deux niveaux : d'abord un axe horizontal, celui de l'interprétation des textes, puis un axe vertical, celui de leur application. C'est le premier qui retient en général l'attention : il s'agit de comprendre le texte *au même niveau d'abstraction* que celui dans

⁶ On appelle abduction le procédé consistant à introduire à titre explicatif, sur la base d'indices, une règle à titre d'hypothèse probable, la situation à expliquer pouvant dès lors être considérée comme un cas particulier tombant sous cette règle. Cf. ECO Umberto, *Sémiotique et philosophie du langage*, trad. Myriem Bouzaher, Paris, 1988, p. 49 ss, (1^{re} éd., *Semiotica e filosofia del linguaggio*, 1984), et *Les limites de l'interprétation*, trad. Myriem Bouzaher, Paris, 1992 (1^{re} éd., *I limiti dell'interpretazione*, 1990).

lequel il est écrit, autrement dit : lorsqu'une notion qu'il emploie n'est pas claire, de la définir – définition qui, dans l'application, va se substituer au texte légal. On définit ainsi son *intension*. Umberto ECO parle d'une logique de dictionnaire⁷. Une fois celle-ci clarifiée, l'application de la loi à un cas concret est une opération d'*extension* : l'affaire en cause est-elle un cas ou un non-cas de la notion légale, le cas échéant redéfinie ? ECO qualifie cette logique d'encyclopédie. C'est un axe vertical, puisque l'opération d'extension doit se référer à un texte de rang supérieur.

V. L'axe horizontal de l'interprétation

A. Du canon méthodologique à l'abduction

On sait suffisamment qu'aucun accord n'existe sur l'objectivité méthodologique de l'interprétation. Les discussions sont à vrai dire largement obérées par l'idée qu'il existerait un *vrai* sens de la norme, que l'interprète aurait pour tâche de découvrir, au sens de révéler ce qui, auparavant, était caché : c'est-à-dire en quelque sorte un *objet* préexistant, et, par conséquent la possibilité d'une *objectivité*. Pour mieux ancrer cette idée, on a inventé la métaphore de la volonté du législateur, comme s'il existait un législateur *personnifié* exerçant sa *volonté*.

Il se trouve certes, non seulement dans la vulgate de théorie du droit, mais aussi dans la pratique, un canon de méthodes d'interprétation, face à un texte qui ne serait pas clair⁸. On sait qu'il n'y a aucune hiérarchie, ni non plus de métaméthode qui dicterait le choix à faire entre elles. Dans la pratique, le juge choisit celle qui lui paraît le mieux convenir au problème posé, et il est légitime alors de se demander si ce n'est pas plutôt dans l'éventail des diverses solutions que chacune présente qu'il détermine la méthode qu'il va retenir, dans une démarche rétrograde. Le problème épistémologique de l'objectivité n'est donc que repoussé.

En réalité, ce que fait le juge en interprétant n'est pas différent, dans la *nature* de l'opération, que ce qu'il fait dans l'établissement des faits. L'analyse syntaxique et lexicale du texte, la fonction qu'il occupe dans l'ensemble de la loi, son intégration dans l'ordre juridique, le contexte de son adoption, les particularités du cas porté devant lui, tous ces éléments lui fournissent un certain nombre d'indices qu'il doit rassembler pour

⁷ ECO (1988, *cit.* n. 6), p. 110 ss.

⁸ On n'insiste pas ici sur le fait que la notion de « clarté » est aussi relative : il y a clarté si et seulement si l'affaire concrète à juger peut sans argumentation spéciale être considérée comme un cas – ou un non-cas – de la notion – en d'autres mots si on ne peut pas juger de l'extension avant d'avoir clarifié son intension.

établir la définition de la notion à interpréter et par conséquent le sens et la portée de la norme : ici aussi il y a abduction. Parfois, les *références internes*, c'est-à-dire celles dont il dispose dans l'ensemble des textes juridiques, lui sont utiles, voire suffisantes : des schémas argumentatifs provenant de la seule contextualité juridique. Mais parfois aussi il recourt à des argumentations qui font appel à des considérations *externes* qu'il choisit sans qu'il y ait aucune obligation juridique à les retenir plutôt que d'autres.

B. Les arguments d'origine externe

Ces argumentations d'origine externe, qui ne sont donc pas dérivées des textes eux-mêmes, sont, sous l'angle qui nous intéresse ici, capitales. Par exemple, ayant à statuer sur un ordre de démolition d'un bâtiment illégal engendrant des frais très élevés qui le rend critiquable sous l'angle du principe de proportionnalité, le juge considère que le prononcé en lieu et place d'une simple amende, avec comme conséquence factuelle le maintien de l'immeuble, donnerait l'impression qu'on pourrait acheter la violation de la loi, ce qui compromettrait le respect dû au droit. Ou, renversant la jurisprudence selon laquelle, pour pouvoir être prononcé, le divorce de doubles nationaux devait être reconnu par les deux États concernés (à une époque où l'Italie ne connaissait pas l'institution), et motivant ce revirement notamment par l'évolution des mœurs depuis l'adoption de la norme (quelques décennies), le juge a considéré qu'il suffisait que l'État de l'époux demandeur (en l'espèce la France) reconnaisse le jugement suisse⁹. Dans l'un et l'autre cas, l'argument et le résultat qui en découle sont raisonnables ; mais on ne peut pas soutenir qu'ils sont juridiquement contraignants – une solution inverse eût été possible qui n'aurait pas été contraire à l'ordre juridique. Le juge a fait un choix subjectif que l'argumentation lui permet d'objectiver en se référant à une exigence de politique administrative ou à l'état actuel des conceptions sociales en matière de permanence d'une structure familiale. La consistance des textes applicables lui permet ce choix, dans la mesure où l'argumentation non juridique a une pertinence suffisante pour s'inscrire raisonnablement en même temps dans l'ordre juridique et dans les connaissances, expériences, conceptions sociales dominantes. Dans la mesure où le texte légal laisse au juge l'espace d'une lecture autonome, ce dernier peut ainsi puiser dans sa propre expérience une solution juste possible – juste, en non pas exacte – et la confronter à ce qu'il perçoit à l'extérieur du système juridique comme socialement recevable.

Autrement dit : la situation épistémologique n'est donc pas différente de celle que nous avons constatée dans l'établissement des faits et de celle que nous constaterons dans l'axe vertical de l'application. Il y a une circulation d'informations entre la société et le système juridique, lesquelles sont de nature à pouvoir pénétrer l'espace que le texte ne

⁹ Pour la petite histoire, l'arrêt a été rendu à une majorité de trois contre deux.

remplit pas avec la clarté requise pour pouvoir être appliqué. Ces informations n'ont rien de contraignant. En cherchant à les faire jouer avec ce que les différentes interprétations possibles du texte rendent ouvert, le juge réunit les indices propres à construire une chaîne abductive, dont la vraisemblance est étayée autant par le texte juridique que par l'expérience sociale.

VI. L'axe vertical de l'application

A. Le problème de la mineure du syllogisme

La fonction principale des définitions est de clarifier le texte, avons-nous dit, en vue d'unifier son application. Mais quel est le problème que pose l'application ? Suffit-il de *définir* pour le résoudre ?

Une définition consiste à énumérer les éléments distinctifs de la notion à interpréter – ses paramètres, dont l'ensemble forme le *programme normatif*.

La définition d'une notion n'est exhaustivement déterminante pour son application que dans les situations où elle peut se réduire pour n'importe laquelle d'entre elles à un, et un seul paramètre toujours identiquement présent¹⁰ dans toutes : ainsi les données chiffrées, les états stabilisés par décision d'autorité (l'état civil), etc. On dit de telles notions qu'elles sont juridiquement déterminées¹¹. Elles ont une totale *densité normative*. Elles sont rarissimes.

Lorsque la densité normative d'une notion n'a pas ce degré d'exhaustivité, il règne logiquement *a priori* un état d'incertitude sur son application dans le cas concret : celui-ci en est-il un cas ou un non-cas ? L'observation de Bruno LATOUR, selon laquelle l'hésitation est le sentiment dominant chez le juge est absolument pertinente¹². Et, s'il y a incertitude, cela signifie que, toujours *a priori*, on se trouve avant le jugement nécessairement dans une situation d'imprévisibilité sur l'issue de l'affaire. Pour y arriver, le juge doit analyser le programme normatif de la notion légale, générale, pour formuler la norme particulière sur la base de laquelle il pourra trancher par simple déduction, en remplaçant dans cette norme le terme abstrait par les noms propres des parties en cause.

¹⁰ Dans son intension.

¹¹ Pour plus de détails sur ce concept, repris de la doctrine allemande, que nous ne faisons qu'esquisser ici, cf. MOOR Pierre, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, p. 64 ss ; MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I : *Les fondements*, 3^e éd., Berne, ch. 2.1.1.3/a, 4.2.4.

¹² LATOUR Bruno, *La fabrique du droit – Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, 2004, p. 104, 153/4, 161/2, 181, 187, 202.

La question est dès lors d'établir la relation à établir entre la notion générale et la notion particulière qui constitue la mineure¹³. Cette relation est *a priori* incertaine : la situation juridique paraît à ce moment bifurquée, deux réponses paraissant *a priori* être possibles. Mais il faut choisir, ce qui implique que le juge trouve une argumentation adéquate.

B. Les phases du jugement

On peut préciser ici ce que nous avons laissé dans l'ombre précédemment : la distinction entre le processus de découverte et celui de justification. Le juge part d'abord à la recherche d'une solution, qu'il choisit à titre d'hypothèse. Cette solution, il la formule en fonction de plusieurs motivations, de nature très différente, dont il est impossible – et peu utile – de démêler l'écheveau – et ce serait peu utile, puisqu'il s'agit ici d'une démarche préalable, qui, par la suite, va être contrôlée. Cet écheveau réside dans la personnalité même du juge. Son sentiment de la justice, son instinct juridique, forgé par son expérience pratique, ses connaissances antérieures, sa perception de l'environnement dans lequel se situe l'affaire, ses positions idéologiques font de la formulation de l'hypothèse quelque chose d'éminemment subjectif¹⁴.

La phase de légitimation est proprement celle de l'argumentation : elle sert à vérifier ou à infirmer l'hypothèse. Les deux phases ne se suivent pas forcément ; elles peuvent être concomitantes. Quel cheminement argumentatif permet-il d'intégrer l'hypothèse dans l'ordre juridique ? S'il n'y arrive pas, le juge devra formuler une autre hypothèse. Pour construire son argumentation, il recourra d'abord à des arguments purement juridiques – par exemple des normes constitutionnelles, des jurisprudences antérieures sur des cas analogues. Mais, très fréquemment, ils ne seront pas suffisants, et il lui faudra combler le vide normatif en se référant à des arguments d'origine extérieure : des arguments qui ne trouvent pas (encore)¹⁵ leur fondement dans l'ordre juridique, mais dans les représenta-

¹³ Concrètement : soit un syllogisme judiciaire formulé classiquement : Les actes médicaux accomplis contrairement aux règles de l'art entraîne la responsabilité de leur auteur (la majeure – « actes médicaux accomplis contrairement aux règles de l'art » étant une notion indéterminée) ; or le docteur X a accompli un tel acte (la mineure) ; il est donc responsable (la conclusion). On voit que, manifestement, la mineure est problématique, puisqu'il faut préalablement établir que l'acte en cause est contraire aux règles de l'art, proposition qui constitue, dans la terminologie que nous avons employée, une norme particulière, qui est la véritable mineure du syllogisme.

¹⁴ A titre de boutade, l'un des tenants du *Legal Realism* américain, Jerome FRANK, dans un des ouvrages fondateurs de cette théorie (*Law and the Modern Mind*, 1^{re} éd., New Brunswick/N.J., 1930), exposait la « théorie » dite du petit déjeuner : il est plus utile à l'avocat de connaître ce que le juge a mangé à son lever que les normes applicables au cas qu'il va juger.

¹⁵ Pas encore : parce que, s'ils sont repris par le juge, ils acquièrent valeur juridique et sont dès lors intégrés dans l'ordre juridique ; la jurisprudence doit donc bien être considérée comme une source du droit, même si son impérativité est relative.

tions sociales, les coutumes, les pratiques, les connaissances sociales, etc.¹⁶ Le juge puise alors dans un univers qui ne se présente pas nécessairement de manière univoque, ce qui l'amène de nouveau à choisir.

Enfin, le juge rédige son jugement. Cette phase est capitale : écrire sert à permettre factuellement la publication des motifs, par opposition à une justice orale, mais aussi, sinon surtout, en explicitant l'argumentation, à l'auteur du texte de vérifier ce qu'il a auparavant peut-être seulement pensé. Il ne le fait pas pour rapporter ses différentes démarches, mais pour démontrer que la solution qu'il a retenue est celle qui s'intègre et dans l'ordre juridique et dans l'environnement social, autrement dit que la norme particulière à laquelle il a abouti peut être reçue par la société. À vrai dire, il est rarissime que la « société » écoute le discours de la motivation ; mais celui-ci est néanmoins rédigé de telle manière qu'il s'adresse, avec toute la rigueur persuasive possible, non pas seulement aux parties – d'ailleurs la partie qui succombe ne voudra sans doute pas l'entendre – mais à l'ensemble de la communauté – celle-ci étant, il est vrai, représentée par le corps des juristes. Cela donne au jugement l'aspect d'un produit fini, qui ne reproduit que partiellement l'histoire de sa production.

Conclusion

La précompréhension que le juge tire de sa subjectivité joue dans tous les cas de rationalité bifurquée, qu'il s'agisse de l'établissement des faits, de l'interprétation ou de l'application du droit. Ces cas ne sont pas isolés ; ils sont même plus nombreux qu'on veut bien l'admettre généralement, et cela même pour les normes parmi les plus importantes : que l'on pense par exemple au droit de la responsabilité civile ou à la garantie de la liberté personnelle.

Mais le juge n'est pas maître de sa subjectivité. D'une part, elle est limitée par les textes légaux, particulièrement par leur programme normatif. Sous cet angle, ce programme exclut des considérations qui ne peuvent pas être rattachées à ses paramètres. D'autre part, le juge est lié par l'exigence générale de rationalité propre au droit : il doit motiver ses choix. Ce n'est cependant pas *sa* rationalité qui doit les lui dicter, mais une rationalité objective, c'est-à-dire qui est *de nature* à être partagée par tous les sujets de droit de la collectivité à laquelle il appartient. L'objectivation est donc relative : une autre solution, sans doute moins « objective », eût été pensable, mais moins persuasive parce que moins généralement acceptable, en même temps que moins généralement acceptable parce que moins persuasive.

¹⁶ Sur les schémas argumentatifs, cf. MOOR Pierre, *Dynamique du système juridique*, Genève/Zurich/Bâle, 2010, p. 271 ss.

Cette objectivation relative a en conséquence un aspect fonctionnel. Le discours de la motivation a bien pour but de faire apparaître que le choix fait par le juge est indépendant de sa subjectivité. Mais il n'a pas pour effet de supprimer la sphère de liberté que la norme laisse au juge : c'est à celui-ci de remplir le vide normatif existant à l'intérieur même de la norme. Bien plus, c'est sa fonction. Ce faisant, il dit autant le droit qu'en appliquant une norme à forte densité normative ; la différence réside cependant en ce que remplir le vide normatif consiste à créer des normes particulières. Ce que le juge prend comme usages, savoirs, expériences dans la pratique qu'en a la société devient par le fait même de cette reprise une norme juridique.

L'indétermination des textes ne doit dès lors pas être comprise comme une sorte de péché originel qui affecterait définitivement un droit par nature imparfait, le droit « idéal » étant conçu comme celui dont l'application serait en tous les cas absolument prévisible. Non seulement l'imprévisibilité de l'application permet la prise en considération de la singularité des affaires qui lui sont soumises, mais aussi, sinon surtout, rend possible la communication permanente d'informations entre la société et le système juridique – une communication, toutefois, canalisée dans la clôture des textes légaux de ce système, dont les programmes normatifs servent de cadre restrictif à l'imagination judiciaire. Si le législateur est l'acteur principal du système juridique en ce qu'il reçoit et travaille au plus haut niveau les informations qu'émet la société, le juge continue son œuvre. L'un se situe dans la dimension macropolitique, l'autre se trouve dans la situation d'accomplir une micropolitique¹⁷.

Ce pouvoir, le juge le légitime en recourant à des schémas argumentatifs qu'il reprend de la société – il se légitime dans la dimension politique de son activité créatrice et garantit ainsi, politiquement, l'acceptabilité sociale de sa *juris dictio*¹⁸. Mais en même temps, par le fait même de cette reprise, il légitime celle des représentations sociales qu'il sélectionne en leur donnant le statut de normes. Cette communication est nécessaire pour permettre un *certain* dynamisme à l'intérieur même de la stabilité des normes générales. Mais elle présuppose que le juge bénéficie d'une *certaine* liberté, pour qu'il puisse entendre les informations sociales et les travailler jusqu'à sélectionner celle qui lui paraît en même temps la plus raisonnable et la plus conforme au programme normatif qu'il a à appliquer. Cette liberté serait privée de sens si elle ne s'y manifestait pas comme subjectivité ; elle ne serait qu'une machine enregistreuse.

¹⁷ MOOR (2005, *cit.* n. 11), p. 52 ss, et (2010, *cit.* n. 16), p. 298 ss. Nous entendons ici politique au sens que lui a donné CASTORIADIS : « L'activité collective, réfléchie et lucide, qui surgit à partir du moment où est posée la question de la validité de droit des institutions » (CASTORIADIS Cornelius, notamment *Les carrefours du labyrinthe III : Le monde morcelé*, Paris, 1990, p. 113 ss, ou *Les carrefours du labyrinthe IV : La montée de l'insignifiance*, *eod. loc.*, 1996, p. 120).

¹⁸ Heureux néologisme, inventé par Gérard TIMSIT.