

# LES MULTIPLES SPATIALITÉS DU DROIT

Privé

  
EDITIONS  
ALPHIL  
PRESSES  
UNIVERSITAIRES  
SUISSES

N°17, 2024  
**GÉO-REGARDS**

SOCIÉTÉ NEUCHÂTELOISE DE GÉOGRAPHIE ET  
INSTITUT DE GÉOGRAPHIE DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL



# **GÉO-REGARDS**

**REVUE NEUCHÂTELOISE DE GÉOGRAPHIE**

**LES MULTIPLES SPATIALITÉS DU DROIT**

**PUBLIÉ SOUS LA DIRECTION DE JEAN RUEGG,  
MATHIS STOCK, MAURICE YIP**

**N° 17, 2024**

**SOCIÉTÉ NEUCHÂTELOISE DE GÉOGRAPHIE  
ET INSTITUT DE GÉOGRAPHIE DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL**

**ÉDITIONS ALPHIL-PRESSES UNIVERSITAIRES SUISSES**

© Éditions Alphil-Presses universitaires suisses, 2025

[www.alphil.ch](http://www.alphil.ch)

[www.alphilrevues.com](http://www.alphilrevues.com)

© Société neuchâteloise de géographie, [www.s-n-g.ch](http://www.s-n-g.ch)

© Institut de géographie de l'Université de Neuchâtel, [www.unine.ch/geographie](http://www.unine.ch/geographie)

*Géo-Regards: revue neuchâteloise de géographie* est une revue à comité de lecture issue de la fusion du *Bulletin de la Société neuchâteloise de géographie* et de *Géo-Regards: cahiers de l'Institut de géographie*. *Géo-Regards* est, entre autres, référencé par Elsevier (Scopus), sur le portail Mir@bel, et par le Comptoir des presses d'universités. La revue figure sur la liste des revues scientifiques de l'Union géographique internationale.

N° 17, 2024

DOI: 10.33055/GEOREGARDS.2024.017.01

ISSN 1662-8527

ISBN 978-2-88930-686-2

ISBN PDF 978-2-88930-687-9

ISBN Epub 978-2-88930-688-6

Abonnements	L'adhésion à la Société neuchâteloise de géographie comprend l'abonnement à <i>Géo-Regards: revue neuchâteloise de géographie</i> . Cotisations annuelles: membre ordinaire: 40 fr.; couple: 60 fr.; étudiant(e): 20 fr. Abonnement (sans adhésion): 33 fr. Société neuchâteloise de géographie Case postale 53 2006 Neuchâtel <a href="http://www.s-n-g.ch">www.s-n-g.ch</a>
Vente directe	Éditions Alphil-Presses universitaires suisses <a href="mailto:commande@alphil.ch">commande@alphil.ch</a> Tous les numéros sont aussi disponibles en librairie
Vente version électronique	<a href="http://www.alphilrevues.com">www.alphilrevues.com</a>
Éditeurs	Patrick Rérat (Uni. Lausanne), Étienne Piguet (Uni. Neuchâtel)
Comité scientifique et de rédaction	Roger Besson (Uni. Neuchâtel), Patrick Bottazzi (Uni. Berne), Frédéric Dobruszkes (Uni. libre Bruxelles), Marion Ernwein (Uni. Oxford), Marie-Christine Fourny (Uni. Grenoble Alpes), Jean-Marie Halleux (Uni. Liège), Hugues Jeannerat (Uni. Neuchâtel), Francisco Klausner (Uni. Neuchâtel), Laurent Matthey (Uni. Genève), Étienne Piguet (Uni. Neuchâtel), Raffaele Poli (Uni. Neuchâtel), Martine Rebetez (Uni. Neuchâtel), Jean Ruegg (Uni. Lausanne), Joëlle Salomon Cavin (Uni. Lausanne, responsable de la présentation des thèses), Ola Söderström (Uni. Neuchâtel), Thierry Theurillat (Haute École Arc), Mathieu Van Criekingen (Uni. libre Bruxelles)
Photographie de couverture	Jean Ruegg, les rives du lac Léman à Lutry, 3 décembre 2017.
Secrétaire de rédaction	Zoé Bovay, <a href="mailto:secretariat.geographie@unine.ch">secretariat.geographie@unine.ch</a>
Responsable d'édition	Sandra Lena, Éditions Alphil-Presses universitaires suisses

# L'INSPECTION LOCALE PAR LE JUGE, LE SYSTÈME JURIDIQUE À L'ÉPREUVE DU TERRAIN

FLORIAN FASEL, Centre de droit public, Université de Lausanne,  
florian.fasel@unil.ch

THIERRY LARGEY, Centre de droit public, Université de Lausanne,  
thierry.largey@unil.ch

## RÉSUMÉ

*Au sein du système juridique, les faits sont en principe représentés à l'aide d'un texte. Celui-ci ne remplit pas seulement une fonction de représentation, mais également une fonction argumentative permettant la prise d'une décision juridiquement rationnelle. Il arrive néanmoins que le texte se révèle incapable de rendre compte de certaines caractéristiques pertinentes des lieux dans lesquels s'inscrit la cause. Le juge peut pallier cette insuffisance en procédant à une inspection locale, c'est-à-dire en se confrontant directement au terrain. Il en résulte une plus grande proximité avec les faits, mais aussi un déficit sur le plan argumentatif. Cet article explore la tension qui s'immisce entre l'appréhension immédiate du terrain et le travail de justification des décisions ou des jugements. Une attention particulière est portée à l'inspection locale effectuée par les autorités judiciaires de recours, dans le but de contrôler la validité d'une décision prise par une autorité administrative.*

**Mots-clés :** inspection locale, immédiateté, argumentation, circonstances locales, retenue judiciaire.

## INTRODUCTION

«L'information n'est pas la connaissance. La seule source de connaissances est l'expérience. Vous avez besoin d'expérience pour acquérir la sagesse.» Cette citation d'Albert Einstein révèle que la sagesse ne saurait être atteinte qu'en éprouvant personnellement et directement la réalité. En ce sens, seule la connaissance immédiate des réalités du terrain offrirait au juge les moyens de trancher avec sagesse les causes qui lui sont soumises.

Il existe toutefois une tension, au sein du système juridique, entre le devoir de tenir compte des faits – notamment géographiques et territoriaux – au plus proche de leur réalité et celui d'en faire le récit dans un jugement. Qu'il s'agisse de la procédure – souvent écrite – ou de la motivation des décisions, le système juridique exige en général que les faits soient représentés à l'aide de textes (MOOR, 2010, pp. 83 ss). Dans certaines situations, le caractère médiat du texte est perçu comme un obstacle à une bonne appréhension de la situation de fait. C'est dans ce type de situation que des mesures probatoires comme l'inspection locale se justifient.

L'inspection locale a pour avantage de permettre une appréhension littéralement immédiate de la situation de fait. En tant qu'elle permet au juge de constater au mieux les faits sur la base desquels il est amené à statuer, l'inspection locale constitue un atout indéniable à la prise d'une bonne décision. Dès lors qu'elle porte sur des faits qui, précisément, se laissent mal appréhender par le biais d'un texte, l'inspection locale peut se trouver en tension avec la fonction que la textualité remplit au sein du système juridique. Cette tension se révèle en particulier lorsque l'expérience immédiate des lieux est utilisée par une autorité de recours pour contrôler la validité de la décision d'une autorité inférieure.

Focalisée sur les champs de tension qui animent le système juridique dans l'établissement des faits, la présente contribution s'articule en trois parties. La première partie traite de la notion d'inspection locale, considérée comme une mesure probatoire imposant ou permettant au juge de se rendre concrètement sur le terrain afin de l'expérimenter et établir les faits de la cause. Une telle mesure vise à pallier l'insuffisance des médiums usuels du droit à transmettre certaines caractéristiques pertinentes du terrain, telles que la beauté d'un paysage ou l'incidence d'une construction sur l'esthétique d'un site bâti. L'objectif est de prémunir les administrés contre le risque de décisions ou de jugements arbitraires en permettant d'établir les faits pertinents de la manière la plus complète et la plus exacte possible.

La deuxième partie met en évidence une première tension entre l'inspection locale et le fonctionnement du système juridique. Ce dernier exige que les décisions prises par les autorités soient motivées. Le travail de motivation ne vise pas seulement à garantir que le droit d'être entendu des administrés soit respecté ; il exerce une véritable fonction de régulation de la subjectivité du juge. Or, les faits sur lesquels porte l'inspection locale sont difficilement communicables et transcriptibles par écrit. Ils se prêtent donc mal au travail de rationalisation que vise le devoir de motivation des décisions et des jugements. L'inspection locale en appelle donc, avant tout, à la sagesse personnelle du juge et incite à la prudence.

Juger avec prudence implique de tenir compte du fait que l'inspection locale est temporellement et spatialement limitée. C'est ce thème qui est exploré dans la troisième partie. Il est contextualisé dans le domaine du contrôle judiciaire des décisions administratives. S'y manifeste une seconde tension, entre deux modes de connaissance du terrain : la connaissance des circonstances locales et l'inspection locale.

## LA NOTION D’INSPECTION LOCALE

### L’INSPECTION LOCALE EN TANT QUE MESURE PROBATOIRE

L’inspection locale – ou « visite des lieux » – décrit les situations dans lesquelles l’autorité amenée à statuer sur une affaire (rendre une décision ou un jugement) se déplace physiquement sur le terrain dans le but d’établir certains faits en ayant une perception immédiate et directe des lieux, notamment du contexte géographique s’agissant des décisions à incidence spatiale ou patrimoniale. Bien que dans leur version allemande, les lois utilisent le terme « *Augenschein* », il est admis de longue date que tout type de perception sensorielle entre en ligne de compte ; notamment l’ouïe, l’odorat ou encore le toucher (AUER et BINDER, 2019, N 49).

L’inspection locale est une *mesure probatoire*, autrement dit un moyen légal d’établir les faits de la cause. Elle permet à l’autorité de saisir et expérimenter directement le contexte géographique ou technique qui encadre la question juridique à résoudre. Sa consécration dans les lois de procédure vise à légitimer, à titre de moyen de preuve, cette expérience personnelle et – on l’admet sans trop de difficulté – subjective.

Il y a là un véritable enjeu car le droit règle strictement la manière dont les faits peuvent être importés dans le système juridique. À titre d’illustration, le Tribunal fédéral a récemment annulé une décision dans laquelle des juges cantonaux s’étaient fondés sur leur propre connaissance du terrain, sans passer formellement par une vision locale ou d’autres moyens de preuve pour prendre leur décision ; trois des cinq juges avaient grandi dans la région dans laquelle se déroulait l’affaire. Seuls des faits notoires ou, éventuellement, des connaissances acquises par les juges à l’occasion d’autres procédures, auraient pu être pris en compte sans autre forme de procédure probatoire (arrêt du Tribunal fédéral TF 1C\_250/2020 du 25 mars 2021).

Ce point de vue s’explique par la méfiance dont on fait généralement preuve face à l’idée d’un juge qui soit aussi témoin dans l’affaire qu’il doit juger. Moor écrit à cet égard que

*« la seule preuve directe de l’existence d’un fait qui permettrait au juge de l’inclure directement dans son récit serait qu’il ait assisté personnellement à l’évènement [...] mais même ainsi, il y aurait un récit probatoire. Le même individu remplirait en effet deux rôles [...] car non seulement il aurait le statut de juge, mais aussi celui de témoin, dont le témoignage doit pouvoir être contesté avant que, en tant que juge, il puisse procéder à l’identification de son propre récit. En d’autres mots, en tant que juge, il serait intéressé à la reconnaissance de la véracité de son propre récit – et, donc témoin intéressé, par conséquent non fiable »* (2010, p. 98).

L’inspection locale, en tant que mesure probatoire autorisée, implique que l’on accepte de brouiller dans une certaine mesure la distinction entre juge et témoin.

### SA CONSÉCRATION EN DROIT POSITIF

La possibilité de procéder à une inspection locale est consacrée dans les diverses lois de procédure administrative. On la retrouve notamment à l’art. 12 let. d de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) ainsi qu’à l’art. 29 let. b de la loi vaudoise sur la procédure administrative (LPA-VD). Sur le plan de la systématique

légale, les dispositions autorisant les inspections locales figurent en principe dans les règles générales de procédure.

Toute autorité est formellement habilitée à procéder à une inspection locale si elle l'estime opportune. Il ne s'agit donc pas d'une sorte de privilège – ou d'un devoir – qui ne concernerait que les autorités chargées de mettre en œuvre le droit. Les autorités judiciaires de recours disposent de la même faculté, y compris le Tribunal fédéral dont le pouvoir d'examen est pourtant limité en matière de faits ; il ne peut revoir les faits établis par l'instance inférieure – Tribunal cantonal ou Tribunal administratif fédéral – que sous l'angle de l'arbitraire.

### LA RAISON D'ÊTRE – EN DROIT – DE L'INSPECTION LOCALE

En procédure administrative, l'établissement des faits est une tâche dont la responsabilité incombe aux autorités – administratives ou judiciaires. Celles-ci disposent à cet égard d'une large marge de manœuvre s'agissant du *choix du moyen de preuve* le plus approprié. Lorsqu'une autorité de recours choisit de procéder à une inspection locale, c'est en général parce qu'elle estime le procédé nécessaire pour juger le cas de la manière la plus juste qui soit. L'inspection locale par les autorités de recours ne vise donc pas nécessairement à pallier un manquement de l'autorité inférieure, mais davantage à fonder l'opinion personnelle et originale du juge.

Du point de vue du strict droit positif, l'inspection locale est rattachée au droit d'être entendu, plus spécifiquement au droit à la preuve. L'administré souhaitant démontrer le bien-fondé de sa position a le droit de proposer divers moyens. Parmi ceux-ci, il peut demander au juge de procéder à une inspection locale. L'autorité reste libre d'apprécier sa pertinence et donc d'y répondre favorablement ou non. Lorsqu'une inspection locale apparaît nécessaire ou utile à la bonne compréhension de la position du recourant, le respect du droit d'être entendu impose en principe d'y procéder ; il en va de la possibilité pour les administrés concernés d'exposer de manière effective leur point de vue. Il est à ce propos particulièrement important, sous l'angle du droit d'être entendu, que ceux-ci puissent participer à l'inspection locale, c'est-à-dire être présents lorsqu'elle se déroule (TF 1C\_519/2020 du 28 octobre 2021, c. 4). On ne saurait considérer comme suffisant le fait qu'ils aient eu la possibilité de se prononcer, par la suite, sur le procès-verbal de celle-ci (BOVAY, 2015, pp. 282 ss).

L'inspection locale vise les situations dans lesquelles il est nécessaire de disposer d'une perception littéralement *immédiate* des faits pour dire le droit. En principe, les faits sont établis au travers de divers médiums : rapports écrits, illustrations, photographies, etc. Ceux-ci ne permettent pas toujours de retranscrire fidèlement les éléments juridiquement pertinents, de sorte qu'il apparaît nécessaire, à tout le moins utile, que l'autorité appelée à trancher le litige se rende sur le terrain pour établir ou préciser certains faits et s'en faire une idée personnelle. En ce sens, l'inspection locale fait prévaloir la recherche d'une solution juste, quand bien même elle extirpe l'établissement des faits du carcan formel qui le régit. Si le procédé laisse sans doute une place accrue à la subjectivité du juge (voir ci-dessous), il vise à prévenir le risque d'une décision arbitraire au sens non pas d'une décision motivée par une part de subjectivité mais au sens d'une décision prise dans une situation de trop grande incertitude factuelle. En substance, bien qu'il soit délicat de transcrire et de consigner l'expérience personnelle du terrain dans des documents, il importe que celui qui est appelé à juger de l'affaire soit bien renseigné,



même si cela doit se faire au détriment de certains impératifs du système juridique tels que l'exigence de motivation (voir la deuxième partie).

## **LE DÉROULEMENT DE L'INSPECTION LOCALE**

La loi se contente de prévoir la possibilité de procéder à une inspection locale ; elle n'en fixe pas les modalités. Il est donc difficile de rendre compte du processus dans son intégralité. Deux aspects méritent toutefois d'être examinés. Le premier porte sur la délégation des inspections locales. Il s'agit de déterminer si l'autorité est tenue d'y participer elle-même ou s'il est admissible qu'elle délègue la tâche à des tiers, par exemple des experts. Le second aspect concerne la question de savoir quelles sont les traces qui doivent rester de l'inspection locale.

### **La délégation**

En principe, une délégation de l'inspection locale – à un tiers ou à une partie de l'autorité appelée à décider ou juger – est admissible pour autant que la lettre ou le sens de la loi ne l'exclue pas. Suivant la doctrine, il est rare que les audiences sur place soient menées par l'ensemble de l'autorité amenée à décider de la cause (AUER et BINDER, 2019, N 53), au motif qu'il n'existe pas un droit constitutionnel à l'appréciation directe des preuves. En d'autres termes, l'administré n'a pas un droit inconditionnel à ce que les personnes amenées à juger de l'affaire procèdent elles-mêmes à l'inspection locale.

Il importe à cet égard de souligner que, sur le plan épistémologique, toutes les inspections locales ne se valent pas (RHINOW et al., 2014, N 1225). Dans certaines situations, le décideur ou le juge prend part, au travers de l'inspection locale, à une expérience personnelle concrète. Dans d'autres, il est confronté à une expérience médiate, une forme de témoignage ou un récit raconté par la personne chargée de l'instruction. Nous envisageons, dans la présente contribution, les situations dans lesquelles les juges se rendent eux-mêmes sur le terrain et mobilisent de la sorte leur propre expérience immédiate des lieux, de leur géographie et de leur spatialité.

### **La matérialisation**

Du point de vue du droit positif, la *matérialisation de l'inspection locale* doit être garantie dans des médiums durables tels que des textes et/ou des photographies. La garantie du droit d'accès au dossier reconnu aux parties exige de conserver des traces de l'inspection locale (AUER et BINDER, 2019, N 56), en principe dans un procès-verbal d'inspection faisant partie intégrante du dossier. Le procès-verbal, avec des annexes photographiques le cas échéant, est au demeurant nécessaire lorsque l'autorité de décision délègue la tâche de l'inspection locale, de manière que l'autorité amenée à trancher puisse se faire sa propre idée des faits. Le but est d'éviter de la placer dans une position où elle devrait faire une confiance aveugle aux personnes ayant procédé à l'inspection locale (WIEDERKEHR et al., 2022, N 49).

Une partie de la doctrine est assez optimiste quant aux possibilités de matérialiser les perceptions de l'inspection locale dans un dossier, sans en perdre la substance (perte d'information lors de la transcription) ou la portée (usage de termes ne reflétant qu'imparfaitement l'impression).

Auer et Binder déclarent que

*« en règle générale, l'administration directe des preuves lors d'une inspection visuelle ne pose aucun problème, notamment parce que les moyens techniques actuels permettent de consigner relativement facilement les perceptions visuelles sur papier et de les intégrer dans le dossier » (2019, N 53 in fine).*

Tous les auteurs ne partagent toutefois pas cet enthousiasme ; en particulier, Rhinow et al. critiquent la délégation de l'inspection locale en raison de la difficulté à la retranscrire (2014, N 1225). À notre avis, c'est à cette seconde position qu'il convient de se rallier, en particulier lorsque l'inspection locale porte sur l'appréciation d'une caractéristique subjective de l'environnement naturel ou bâti telle que la beauté du paysage. L'inspection locale est une sorte d'expérience esthétique mobilisant l'ensemble des sens et résistant, par conséquent, à la concrétisation en vue d'une communication objective, susceptible d'être acceptée par tout un chacun. Hors de caractéristiques factuelles purement quantitatives qui ne nécessitent aucune appréciation telle que la hauteur d'un mur (pour autant que l'on s'entende sur la base du mur considéré), elle ne peut être transcrite et consignée dans des supports médiatiques sans déformation et sans perte importante de substance et de nuances, d'autant plus pour la personne qui n'a pas pris part à la visite des lieux. Il est possible de limiter cette perte en objectivant dans une certaine mesure le flou de la loi, par exemple en concrétisant la notion de beauté d'un paysage au travers de la mise en évidence de ses éléments caractéristiques qui en justifient la protection (par exemple la présence de biotopes ou de structures géologiques remarquables).

## **LA TENSION ENTRE L'INSPECTION LOCALE ET LA MOTIVATION DES DÉCISIONS**

### **L'EXIGENCE DE MOTIVATION DES DÉCISIONS ET DES JUGEMENTS**

Toute décision et tout jugement doivent être justifiés – autrement dit motivés. Une part importante de la justification fait référence aux faits pertinents de la cause. Expliquer une décision requiert par conséquent de l'autorité qu'elle indique quels sont les faits sur lesquels elle s'est reposée et en quoi ils appellent la solution qu'elle a retenue. La décision – ou le jugement – comporte ainsi, dans sa motivation, un *récit des faits* ; il s'agit d'y raconter l'histoire de l'affaire en cause.

Visant précisément à établir les faits au moyen de l'expérience personnelle et immédiate du terrain, l'inspection locale influence – par l'intermédiaire du raisonnement comme on le verra plus bas – la motivation du jugement. Parce qu'elle ne se laisse guère consigner de manière satisfaisante, elle peut engendrer des difficultés de transcription aboutissant *in fine* à un déficit dans la qualité de la motivation. Cette situation révèle l'existence d'une tension entre le moyen de preuve utilisé – l'inspection locale – et le récit des faits qui prévaut à la solution juridique adoptée ; par solution juridique, il faut comprendre l'octroi ou le refus d'une autorisation par l'administration, respectivement l'admission ou le rejet d'un recours par une autorité judiciaire (parfois une autorité administrative).

Dans les propos qui suivent sont esquissées les conséquences de la difficulté à motiver sur la base d'une inspection locale, en mettant l'accent sur le rôle que joue la motivation en matière d'épistémologie du droit.

## **LA MOTIVATION EN TANT QUE CONDITION DU DROIT D'ÊTRE ENTENDU**

En droit positif, la motivation des décisions et des jugements est une exigence issue des garanties fondamentales de procédure, plus précisément du principe du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.).

La décision et le jugement doivent être motivés car il est nécessaire que l'administré puisse comprendre les raisons ayant amené l'autorité à sa décision ou à son jugement. Il en va du respect de l'administré en tant qu'individu, mais aussi de la possibilité pour ce dernier de se déterminer dans le cadre d'un éventuel recours. Il doit pouvoir disposer des moyens d'évaluer les chances de succès d'un recours et, le cas échéant, pouvoir présenter à l'autorité de contrôle une argumentation tendant à démontrer en quoi la décision attaquée est contraire au droit. Cette forme d'argumentation permet au recourant de critiquer certains points précis d'une décision, plutôt que de devoir déployer une argumentation complète visant à justifier une solution alternative au litige ; elle est au demeurant imposée par le droit de procédure tel que l'appliquent la plupart des autorités judiciaires de recours (CDAP-VD PE.2012.0351 du 25 octobre 2012).

## **LA LÉGITIMATION DES DÉCISIONS**

La décision ou le jugement doit être motivé pour apparaître en outre légitime. En argumentant à l'appui d'une décision, l'administration – ou le juge – en assied le bien-fondé afin d'en assurer l'acceptabilité. Dans un État de droit, le pouvoir des autorités ne doit pas apparaître arbitraire. Il en va d'une part des relations *entre autorités et société* – on peut parler avec Moor à cet égard d'impérativité sacionormative – mais aussi, plus spécifiquement, du rapport *entre la décision et le système juridique*, à la fois en tant que destinataire abstrait et en tant que communauté composée de divers acteurs. Toujours avec Moor, il est possible de parler à cet égard d'impérativité épistémique, c'est-à-dire de la composante argumentative de la décision dont le rôle est de « *démontrer l'intégration substantielle de la solution retenue par la décision dans l'ensemble de l'ordre juridique* » (2010, pp. 163-164).

## **DU RAISONNEMENT EFFECTIF DU JUGE À LA MOTIVATION DU JUGEMENT**

### **Distinction et lien entre raisonnement et motivation**

Selon les théories que l'on qualifie en général de « théories réalistes du droit », la motivation des jugements, dont certaines fonctions viennent d'être mises en évidence, ne serait, en substance, qu'un paravent permettant de masquer l'arbitraire du juge. Fondamentalement, la motivation et le raisonnement effectivement suivi par le juge seraient deux opérations absolument distinctes. Le « vrai » raisonnement du juge ne pourrait être saisi qu'à travers des disciplines telles que la sociologie, la psychologie ou encore les neurosciences (FRYDMAN, 2011, pp. 431 ss).

Telle n'est pas la position adoptée ici. Le courant de pensée dans lequel s'inscrit cette contribution correspond globalement à ce que l'on peut qualifier de courant rhétorico-herméneutique (FRYDMAN, 2011, pp. 642 ss). En substance, la position défendue est la suivante : il existe une distinction entre la motivation figurant dans le jugement

notifié aux parties et le raisonnement juridique effectif entrepris par le juge. La première n'est pas l'exact reflet du second. Néanmoins, la *perspective de motivation* joue un rôle dans ce raisonnement. Le juge raisonne en tenant compte du fait que sa décision devra être argumentée de manière à être recevable tant par la société que par l'ordre juridique (bien résumé dans LEBEN, 2011). Les deux opérations, bien que distinctes, sont ainsi intimement liées et s'influencent mutuellement (PAPAUX, 2002).

Cette compréhension de l'épistémologie du droit peut non seulement se targuer du soutien de nombreux auteurs mais aussi d'une certaine forme de consécration dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, celui-ci ayant affirmé à diverses reprises la fonction d'autocontrôle que remplissait l'exigence de motivation (voir par ex. ATF 129 I 232, c. 3.3, p. 239).

### **La liberté sous contrôle du juge exacerbée par l'inspection locale**

L'argumentation n'est pas une démonstration mathématique. Il est donc particulièrement rare qu'une seule solution apparaisse défendable, notamment lorsque la loi emploie des termes flous tels que « l'aspect caractéristique du paysage » ou qu'il n'existe pas de cas déjà tranché se référant à une situation similaire.

Il en découle, sur le plan épistémologique, une grande liberté, dans le choix de la solution juridique ou dans l'interprétation à donner aux notions juridiques indéterminées. Néanmoins, dans le but de garder cette liberté sous contrôle, les exigences en termes de motivation sont d'autant plus grandes que le juge dispose d'une large marge de manœuvre (MOOR et POLTIER, 2011, p. 365). Bien que le juge en appelle à ses propres affects, il doit expliquer, en quelque sorte, en quoi ils valent pour tous. Pour ce faire, une explication détaillée des raisons le guidant est nécessaire ; celle-ci doit tenir compte de l'ensemble des caractéristiques et spécificités factuelles du cas d'espèce, de sorte que le juge – comme les autorités de contrôle – puisse s'assurer que la décision prise est juridiquement rationnelle.

Ainsi, plus le système juridique pose de contraintes argumentatives – en d'autres termes offre de points d'appui à l'argumentation – plus il est facile de prendre une décision juridiquement rationnelle (LEBEN, 2011, pp. 50 s.).

Ce constat invite à s'interroger sur la qualité de la motivation que permet l'inspection locale. La raison en est la suivante. L'expérience personnelle du juge acquise lors de l'inspection locale – laquelle n'est pas ou qu'imparfaitement retranscrite dans des médiums – guide son raisonnement effectif à des degrés divers ; elle affecte par conséquent la motivation du jugement entrepris.

L'inspection locale se justifie par l'incapacité d'apprécier des faits ou d'exprimer et de communiquer des perceptions ou des impressions complètement sur une seule base médiante ; elle en appelle par conséquent à une expérience *immédiate* du terrain qui se prête difficilement à la généralisation et l'objectivation. Cette difficulté se répercute au stade de la motivation. Néanmoins, en vertu de l'art. 29 al. 2 Cst. et des exigences relatives à l'État de droit, en particulier celle de rendre des décisions justifiées et par extension acceptables et juridiquement rationnelles, le juge reste tout de même tenu de motiver la solution juridique retenue en expliquant en quoi elle devrait valoir pour tous.

La tâche est particulièrement ardue et peut aboutir à une motivation peu convaincante. À titre d'exemple, dans une affaire à Obergoms (VS), le Tribunal fédéral s'est

prononcé sur l'octroi d'une concession permettant à une société d'exploiter la force hydraulique de deux cours d'eau : le *Gonerliwasser* et le *Gerewasser*. S'agissant du premier d'entre eux, le Tribunal fédéral annule l'autorisation de prélèvement d'eau en retenant notamment que le *Gonerliwasser* constitue un élément précieux du paysage. S'appuyant sur une inspection locale, il relève que le cours d'eau est bien visible («*deshalb gut sichtbar*»), que les cascades sont extrêmement impressionnantes, même à distance («*wirken auch aus der Distanz äusserst eindrucklich*») et que la rivière offre un spectacle naturel impressionnant avec ses nombreuses chutes et son grondement audible de loin («*ein eindruckliches Naturschauspiel*») (ATF 140 II 262, c. 8.4.2 et 8.4.3). Limitée à de telles considérations témoignant d'impressions personnelles (tel n'est pas le cas dans l'affaire en cause, le tribunal ayant étendu son champ argumentatif au-delà de ses seules impressions personnelles), la perspective de motivation perd, dans une assez large mesure, sa capacité à guider le raisonnement du juge. Il en découle une grande liberté pour ce dernier ; le système juridique ne lui donne guère d'autres moyens pour trancher que de se fonder sur son appréciation personnelle du terrain.

La solution à la tension entre l'inspection locale et le récit des faits dans la motivation semble être de faire confiance aux juges y compris lorsque leur subjectivité est particulièrement impliquée et que le droit ne leur offre pas les moyens d'évaluer la rationalité de leur décision. Ceci n'a rien d'exceptionnel : l'échec du *système juridique* à évacuer toute dimension émotionnelle du *droit* n'est pas le propre de l'inspection locale (voir PAPAUX, 2009). Tout raisonnement comporte une part d'inexprimable et aucune solution juridique ne peut apparaître rationnelle au point d'en devenir incontestable, raison pour laquelle il est nécessaire d'instituer des autorités disposant du pouvoir de trancher (MOOR, 2010, pp. 175 ss). Une certaine liberté, associée à une part de subjectivité, subsiste toujours ; l'inspection locale l'exacerbe. La solution apparaît de la sorte raisonnable. Il est des situations dans lesquelles il s'avère nécessaire et souhaitable de procéder à une inspection locale même si cela suppose de s'accommoder d'une grande liberté au juge.

## **LA DÉLICATE ARTICULATION ENTRE L'INSPECTION LOCALE LORS DU CONTRÔLE JUDICIAIRE D'UNE DÉCISION ET LE RESPECT DE LA MARGE DE MANŒUVRE DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE**

Les développements qui précèdent nous ont permis de mettre en évidence la difficulté qu'il y a à s'assurer que la décision ou le jugement rendus soient juridiquement rationnels lorsqu'ils se fondent sur une inspection locale. La solution est, en soi, de s'en remettre à la sagesse du juge. Dans les pages qui suivent, nous développons le propos en mettant en évidence l'existence de certains risques posés par l'inspection locale effectuée par le juge lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre du contrôle de la validité d'une décision administrative.

Tant du point de vue de l'organisation de l'État que de leur rapport concret au terrain, l'administration et le juge ne sont pas égaux ; la première rend des décisions, le second en contrôle la légalité voire l'opportunité. Sont à cet égard à considérer deux modes d'intégration de la connaissance concrète et immédiate du terrain en droit : la « connaissance des circonstances locales » de l'autorité de décision et l'inspection

locale par le juge. La première s’inscrit plutôt dans la durée, au fil de l’expérience de terrain acquise par l’administration dans l’exercice de ses tâches, alors que la seconde est strictement délimitée dans le temps. On pourrait en déduire que la connaissance des circonstances locales doit se voir accorder un poids plus important que l’inspection locale. Néanmoins, la position institutionnellement supérieure du juge et le déficit argumentatif inhérent à l’inspection locale peuvent avoir l’effet inverse.

## **LES COMPÉTENCES DISCRÉTIONNAIRES DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES**

### **L’étendue limitée du pouvoir du juge**

En raison de sa position institutionnelle, le juge, saisi d’un recours contre une décision rendue par une autorité administrative, est dans l’obligation de statuer. Il a le pouvoir d’annuler la décision, de la modifier (réforme) ou encore de renvoyer l’affaire à l’autorité avec des instructions impératives (MOOR et POLTIER, 2011, pp. 826 ss; BOVAY, 2015, p. 627). Néanmoins, il ne devrait pas, en théorie au moins, se contenter de substituer sa propre appréciation – acquise par exemple lors de l’inspection locale – à celle de l’autorité administrative. Lorsque cette dernière est au bénéfice de compétences discrétionnaires, le juge se doit de respecter la marge de manœuvre protégée qui lui est conférée (MOOR et POLTIER, 2011, pp. 782 ss).

### **La notion de compétences discrétionnaires**

Nombreuses sont les règles de droit qui ont pour but d’octroyer une certaine liberté aux autorités chargées d’appliquer le droit, en particulier aux *autorités administratives* chargées de rendre des décisions. Le droit administratif problématise ce thème à travers la notion de « compétences discrétionnaires » de l’autorité administrative.

Bien qu’il existe parfois une part de liberté appartenant spécifiquement à l’administration, cette dernière et le juge appelé à contrôler ses décisions appliquent *les mêmes lois*; celles-ci n’indiquent toutefois pas quelle part de la liberté octroyée appartient spécifiquement à l’administration. La difficulté consiste alors à déterminer si et dans quelle mesure le choix opéré par l’autorité administrative doit être protégé de l’intervention du juge (voir MOOR et al., 2012, pp. 735 ss). En substance, il s’agit de définir le champ du pouvoir discrétionnaire de l’administration devant être soustrait au contrôle judiciaire – champ que l’on retrouve dans les lois de procédure sous le terme d’« opportunité ».

La reconnaissance d’un champ d’opportunité de l’administration soulève deux questions. La première est celle de savoir *quand* il se justifie de reconnaître à l’administration une part de liberté protégée de l’intervention du juge. La seconde est celle de savoir *comment* cette part de liberté peut être protégée de manière effective, en particulier lorsque le juge se fonde sur une inspection locale pour contrôler une décision administrative.

### **La compétence discrétionnaire légitimée par la connaissance des circonstances locales**

Si l’on a pu un temps considérer que l’imprécision des lois octroyait *de facto* une marge de manœuvre protégée – une marge d’opportunité – à l’administration, cette position ne semble plus guère emporter l’assentiment de la doctrine. La question de

savoir ce qui justifie que l'on protège la marge de manœuvre de l'administration se pose ainsi avec de plus en plus d'acuité. Les justifications potentielles sont multiples et dépendent largement de la nature de l'affaire comme l'a montré Schindler de manière très convaincante (2010, N 418 ss).

La reconnaissance d'une marge de manœuvre protégée se justifie lorsque l'ouverture de la loi (son caractère indéterminé) vise à permettre à l'administration de mener une politique publique dans le champ de ses prérogatives ou de faire usage de son expertise technique. *A contrario*, lorsque le caractère indéterminé de la loi ne sert qu'à permettre aux autorités de rendre une décision au plus près des spécificités du cas d'espèce, il n'y a pas lieu de reconnaître à l'administration une marge de manœuvre protégée. Chaque autorité chargée de dire le droit – l'administration comme le juge – dispose en ce cas de la même liberté dans l'application de la norme (WULLSCHLEGER, 2019, p. 718). Par exemple, l'appréciation de la beauté d'un paysage, pour déterminer s'il doit être protégé, ne s'inscrit pas dans une politique publique dont une seule autorité serait maîtresse (BOULAZ, 2017, pp. 383 ss). Elle sert à caractériser une situation d'espèce pour définir le régime juridique applicable. Ainsi, la marge de manœuvre de l'autorité de décision ne devrait bénéficier d'aucune protection particulière.

À notre avis, cette approche doit être nuancée car le respect du pouvoir discrétionnaire se justifie également par une meilleure connaissance des circonstances locales. Suivant le principe de subsidiarité, l'autorité qui dispose d'une connaissance concrète du terrain – des circonstances locales – est la plus apte à apprécier la beauté d'un paysage. Cette aptitude spéciale devrait être à ce titre protégée – du moins tant que l'appréciation ne paraît pas manifestement arbitraire, erronée ou contraire au droit (voir notamment TF 1C\_128/2019 du 25 août 2020, c. 5.3 dans lequel ce principe est rappelé). Il est admis en ce sens que, lorsqu'il s'agit d'évaluer si une construction est de nature à compromettre la beauté d'un site, les autorités locales disposent d'un large pouvoir d'appréciation car elles possèdent, en général, une connaissance plus étendue et plus précise du terrain. En ce sens, le Tribunal fédéral s'impose une « retenue » lorsqu'il examine l'application des clauses d'esthétique (LARGEY, 2012, p. 298 et les nombreuses références citées en notes 41, 42 et 43).

L'exemple de la « beauté d'un paysage » met en lumière un problème épineux au regard de l'inspection locale. Par son caractère indéterminé, cette notion juridique laisse aussi bien à l'autorité administrative qu'au juge une certaine liberté d'appréciation en fonction des circonstances d'espèce. Néanmoins, en raison de sa connaissance des circonstances locales, une part de cette liberté devrait appartenir à l'administration. De manière fondée ou non, le juge procédant à une inspection locale peut penser qu'il dispose d'une connaissance du terrain équivalente à celle de l'administration et, sur cette base, considérer qu'il peut procéder sans réserve au contrôle de la décision administrative, sur ce point. Si l'inspection locale permet au juge d'acquérir une connaissance de terrain équivalente à celle de l'administration s'agissant de faits ponctuels qui ne nécessitent aucune appréciation, il est en revanche douteux qu'elle permette au juge d'acquérir dans d'autres situations une connaissance du terrain à la hauteur (en qualité et en quantité) de la connaissance des circonstances locales dont dispose l'autorité administrative.

## LES LIMITES TEMPORELLES ET MATÉRIELLES DE L'INSPECTION LOCALE

Selon Wullschleger, le juge procédant à une inspection locale n'a pas besoin de faire preuve de retenue dans le contrôle de la décision administrative lorsque le pouvoir discrétionnaire de celle-ci est justifié par une meilleure connaissance des circonstances locales (2019, p. 720). Cet avis n'est pas partagé par tous les auteurs. Moor et al. affirment expressément à cet égard que l'inspection locale n'est pas l'égale de la connaissance des circonstances locales (2012, p. 751). Ce second point de vue nous paraît devoir l'emporter dès lors qu'une inspection locale est un acte strictement délimité dans le temps ; elle ne permet pas de saisir avec autant d'acuité les aspects dynamiques et évolutifs du terrain qu'une confrontation régulière de l'autorité à celui-ci.

Dans l'affaire d'Obergoms (voir plus haut), le Tribunal fédéral retient que la protection du paysage impose de refuser l'octroi de la concession de prélèvement des eaux du *Gonerliwasser*. À l'appui de sa décision, il affirme notamment que lorsque le débit est élevé, comme c'était le cas le jour de la visite (« *wie sie am Tag des Augenscheins bestand* »), cette rivière offre un spectacle naturel impressionnant. En réduisant le débit résiduel, le cours d'eau perdrait sa dynamique qui contribue à son attrait paysager (ATF 140 II 262, c. 8.4.2.).

Comme le note Huber-Wälchli (2014, p. 373), la situation a ceci de remarquable que l'inspection locale en question s'est déroulée au mois de septembre. Or, note-t-elle, à cette période de l'année, les cours d'eau alpins n'ont un débit important qu'après des précipitations. En l'occurrence, le jour de l'inspection, le débit des cours d'eau était élevé mais il aurait pu en aller tout autrement. La possibilité de constater, à ce moment précis, le spectacle naturel impressionnant des chutes d'eau et d'entendre, au loin, son grondement ne fut que le fruit d'un heureux hasard.

En somme, dans les situations où les circonstances factuelles évoluent dans le temps, l'autorité doit en tenir compte. Par exemple, l'existence ou l'absence d'espèces de la flore à protéger doit être examinée tout au long de la période de floraison, non pas seulement sur la base d'une visite des lieux à un moment donné – aussi bien choisi soit-il. Cette exigence s'impose sans réserve à l'autorité administrative dans l'élaboration de sa décision. Elle s'adresse en outre à l'autorité judiciaire chargée d'en examiner la légalité ; si elle ne peut multiplier les inspections locales, elle doit pour le moins tempérer ses impressions acquises lors d'une visite des lieux à l'aune des faits pertinents établis par l'autorité administrative. Il en va de même lorsque matériellement l'inspection locale n'a pas permis d'apprécier ou d'examiner l'ensemble des autres faits pertinents de la cause, ou qu'elle n'en a abordé matériellement que certains aspects factuels ; le juge doit appliquer avec retenue et prudence ses propres impressions aux faits qui n'ont pas constitué l'objet de la visite des lieux. Il est certain que la nature dynamique du terrain devrait amener à préférer des modes de connaissance du terrain qui s'inscrivent dans la durée. Néanmoins, comme nous le verrons ci-dessous, l'organisation du système juridique y fait obstacle dans une certaine mesure.



## **L'ANNULATION DE LA DÉCISION À LA SUITE D'UNE INSPECTION LOCALE ET LE RESPECT DE LA MARGE DE MANŒUVRE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES**

### **La tension entre diverses formes de proximité du terrain**

Lorsque le tribunal admet un recours sur la base de l'inspection locale et impose sa propre solution à la place de celle de l'administration, peut surgir une tension entre les deux formes de connaissance du terrain exposées plus haut. Cette tension provient de la substitution de perception des lieux et de point de vue opérée par le juge ; au bénéfice de sa position institutionnellement supérieure, celui-ci substitue une solution fondée sur sa propre expérience – limitée – du terrain à celle de l'administration, fondée sur sa connaissance des circonstances locales.

Une telle situation ressort de manière très claire de l'arrêt du Tribunal fédéral 1P.581/1998 du 1<sup>er</sup> février 1999 (résumé dans la RDAF 2000/I 288). Dans cette affaire, une société sollicite l'autorisation de poser, pour un tiers, trois panneaux d'affichage sur les façades d'un bâtiment dans la commune d'Yverdon-les-Bains. La commune a refusé de délivrer l'autorisation pour des raisons d'esthétique. Saisi d'un recours de la société en question, le tribunal administratif vaudois a réformé la décision en concluant que l'autorisation devait être accordée. La commune a recouru contre cette décision au Tribunal fédéral en soutenant que la décision du juge cantonal ne respectait pas la marge de manœuvre dont elle bénéficie en matière d'esthétique. Le Tribunal fédéral a reconnu que la commune bénéficiait d'un pouvoir d'appréciation en la matière. Il a néanmoins souligné que le Tribunal cantonal s'était rendu sur les lieux et avait constaté que le bâtiment sur lequel devaient être installés les panneaux publicitaires ne présentait aucun caractère susceptible d'être péjoré car il s'agissait de bâtiments de conception moderne, situés dans un quartier à vocation commerciale. Le Tribunal fédéral en a conclu que la cour cantonale n'avait pas empiété indûment sur la marge de manœuvre de la commune en lui imposant de délivrer l'autorisation de poser les panneaux d'affichage. Cependant, les arguments de la commune ne portaient pas sur les points relevés par le Tribunal cantonal et le constat opéré sur le terrain par celui-ci. La commune soutenait qu'il existait déjà suffisamment de procédés de réclame dans le centre historique de la ville pour ne pas tolérer de nouveaux panneaux publicitaires. Or, il n'est précisé nulle part que l'inspection locale ait porté sur ce point. Le Tribunal fédéral s'est contenté de souligner que

*« la [commune] ne conteste pas l'exactitude [du constat selon lequel les réclames seraient apposées sur des bâtiments de conception moderne situés dans un quartier à vocation commerciale] mais se borne à affirmer qu'il existerait déjà suffisamment de procédés de réclame pour compte propre dans le centre historique, avec les enseignes et les vitrines des très nombreux commerces qui s'y trouvent, pour ne pas tolérer des panneaux destinés à l'affichage publicitaire pour compte de tiers. »*

En l'espèce, l'inspection locale a été décisive quant au sort du litige, mais elle ne visait pas l'argument avancé par la recourante. Les avis divergents de la commune et du Tribunal cantonal se fondent tous deux sur une perception juridique des lieux dont l'objet diffère néanmoins.

Cet exemple met en évidence la délicate articulation entre les deux formes de proximité du terrain évoquées ci-dessus, appartenant respectivement au juge et à

l'administration. Elles peuvent s'avérer complémentaires et concordantes ou au contraire dissonantes. Dans cette dernière hypothèse, la prévalence de celle du juge devrait à notre sens trouver sa limite dans l'interprétation et le respect de la marge de manœuvre conférée aux autorités administratives par la loi.

Du point de vue de l'épistémologie du droit, il convient de s'interroger sur les mécanismes garants du respect effectif de la marge de manœuvre de l'autorité administrative – justifiée par sa connaissance des circonstances locales – par les tribunaux. En substance, comment articuler le pouvoir créateur de l'autorité de décision (administration) avec celui de l'autorité chargée de contrôler la légalité de la décision en cause (juge)? Ce problème notoirement complexe – qualifié parfois de *quaestio diabolica* du droit administratif – a reçu diverses réponses au fil du temps (voir en particulier l'excellent historique dans SCHINDLER, 2010, N 12 ss). Nous envisageons ici un mécanisme admettant une *certaine retenue* du juge en présence de la connaissance des circonstances locales de l'administration, associé à une exigence de contre-argumentation de l'autorité judiciaire.

### La retenue judiciaire

Au sein des compétences discrétionnaires, la doctrine distingue traditionnellement entre la liberté d'appréciation – qui se rapporte à une certaine forme de liberté dans le choix des conséquences juridiques à prononcer – et la latitude de jugement qui se rapporte à la marge de manœuvre dans l'*interprétation* des notions juridiques indéterminées décrivant les conditions d'applications d'une norme (MOOR et al., 2012, pp. 737 ss; GRISEL RAPIN, 2022, p. 58; pour une critique de cette distinction, voir SCHINDLER, 2010; TANQUEREL, 2013).

S'agissant de la liberté d'appréciation, la doctrine considère de manière générale que le rôle du juge consiste à déterminer l'ensemble des solutions pouvant légalement être choisies au vu du cas, puis à vérifier que la solution retenue par l'administration s'insère dans cet ensemble (pouvoir d'examen *en légalité*; MOOR et al., 2012, pp. 743 ss). Lorsque la loi confère un pouvoir d'examen *en opportunité* au juge (art. 49 PA), celui-ci fait en principe preuve de *retenue* en n'exerçant pas complètement sa liberté de sorte à prendre en considération la marge de manœuvre protégée de l'administration (GRISEL RAPIN, 2022, p. 58; ATF 139 II 185).

S'agissant de la latitude de jugement, la doctrine est plus empruntée (par ex. MOOR et al., 2012, pp. 749 ss). Ce n'est que récemment que l'on reconnaît qu'il se justifie de laisser subsister une marge de manœuvre dans l'interprétation des notions juridiques indéterminées (par exemple la notion de « biotope digne de protection » à l'art. 18 LPN ou la notion de « forêt » à l'art. 2 LFo); une partie de la doctrine considère que les notions juridiques indéterminées n'octroient en principe pas de liberté protégée à l'administration (par ex. DUBEY et ZUFFEREY, 2014, N 424). Le tribunal examine en principe librement la conformité au droit d'une mesure. Le juge peut être en ce sens amené à procéder à une interprétation différente des notions juridiques indéterminées de celle de l'administration. Selon la jurisprudence constante, il doit alors faire preuve d'une certaine « retenue » lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales, de connaissances techniques ou de trancher de pures questions d'appréciation (notamment ATF 147 I 393, c. 5.3.2; ATF 142 I 76, c. 3.3).

Les notions juridiques indéterminées sont, par essence, des notions qui ne sont susceptibles d'acquérir pleinement leur sens qu'au contact d'un cas d'espèce. On ne

peut les interpréter – leur donner sens – que par le biais d'un acte consistant à considérer simultanément – à croiser – les éléments topiques de la règle de droit applicable et les circonstances réelles du cas d'espèce. À cet égard, l'administration et le juge «font la même chose», le second substituant nécessairement sa propre interprétation à celle de la première lorsqu'il annule une décision.

L'interprétation opérée avec «une certaine retenue» par le juge exige en pratique que celui-ci fasse preuve de prudence et de réserve dans la remise en cause des circonstances d'espèce lorsque l'administration en a une meilleure connaissance ou lorsqu'il s'agit d'une pure appréciation. Il est tenu de s'y fier dans sa démarche de (ré)interprétation, si la connaissance ou l'appréciation n'apparaît pas manifestement erronée. La manière la plus simple de décrire un contrôle exercé avec retenue est de considérer qu'il s'agit d'un acte d'interprétation dans lequel le juge se réapproprie, à titre d'hypothèse de départ, la position de l'administration. Lorsque cette position apparaît soutenable, le juge fait siennes les conclusions de l'administration. En revanche, lorsqu'il considère que la position retenue par l'administration est insoutenable se pose la question de savoir comment il peut justifier une solution contraire à celle de l'administration, tout en exerçant sa tâche de contrôle avec retenue. Nous soutenons ici que la retenue interprétative du juge consiste à renforcer la *dimension contre-argumentative* de la motivation du jugement.

### **La contre-argumentation judiciaire**

Suivant la position adoptée dans la présente contribution, l'un des aspects centraux du respect de la marge de manœuvre administrative par le juge réside dans le fait de concevoir l'argumentation du jugement – répondant à l'exigence de motivation – comme une *contre-argumentation* à l'argumentation présentée par l'administration dans la décision litigieuse. En substance, lorsqu'il annule une décision, le juge ne peut se contenter de développer une argumentation autonome à l'appui de sa propre solution. Il est tenu de répondre aux arguments invoqués par l'administration – plus généralement de l'autorité précédente – et d'expliquer en quoi la solution qu'il soutient est plus convaincante. Il ne lui suffit pas de substituer sa propre appréciation de la situation à celle de l'autorité inférieure, sa liberté interprétative étant restreinte par la contrainte contre-argumentative. Dans sa tâche de (ré)interprétation des notions juridiques indéterminées, le juge est tenu d'une part de dénouer les liens tissés par l'administration entre le sens à donner à la loi dans le cas d'espèce et le texte de loi. D'autre part, il doit proposer ses propres liens en expliquant pourquoi ceux-ci doivent prévaloir sur ceux ressortant de la décision.

Bien que l'exigence de contre-argumentation ne figure pas expressément dans la loi, elle apparaît implicitement dans un certain nombre d'arrêts où les tribunaux expliquent ne pas pouvoir exercer leur fonction d'organe de contrôle au motif que la décision administrative est motivée d'une manière insuffisante et qu'il leur est donc impossible de se prononcer sur le fond de l'affaire (par ex. arrêt de la CDAP VD, PE.2010.0087 du 10 août 2010). Dans l'arrêt TF 1A.189/2004, le Tribunal fédéral a annulé un aspect d'une décision du tribunal administratif du canton de Zurich au motif que celui-ci s'était opposé à l'autorité administrative sans démontrer en quoi elle avait commis une erreur (TF 1A.189/2004 du 3 décembre 2004, c. 6 à 6.6). Si la dimension contre-argumentative vaut pour toute activité de contrôle de l'interprétation de la loi, il y a lieu de considérer qu'elle vaut *a fortiori* dans le cas du contrôle exercé avec retenue.

L'inspection locale affecte à deux égards l'entreprise de (ré)interprétation du juge. En premier lieu, elle permet au juge de vérifier par lui-même les faits constitutifs des circonstances du cas d'espèce. En second lieu, elle lui offre une impression personnelle de ces circonstances, laquelle se prête mal à une argumentation poussée. S'agissant de la notion de « beauté d'un paysage », il est largement admis qu'il n'existe pas de critères susceptibles d'être employés de manière systématique pour l'apprécier (CHASSOT, 1993, pp. 101 ss ; MOOR, 2005, p. 67). Il est en outre difficile de généraliser – d'objectiver – une expérience personnelle du terrain, éminemment subjective ; l'exigence de contre-argumentation doit en être de la sorte renforcée.

Selon le Tribunal fédéral, les notions juridiques indéterminées ne sauraient être appréciées « *en fonction du sentiment subjectif de l'autorité, mais autant que possible suivant des critères objectifs et systématiques relevant spécifiquement de chaque cas d'espèce* ». En tout cas, « *l'autorité compétente doit indiquer les raisons pour lesquelles elle considère qu'une construction serait de nature à enlaidir le paysage* » (TF 1P.581/1998 du 1<sup>er</sup> février 1999, résumé dans la RDAF 2000/I 288, p. 293 avec les références citées). Par cette précision, le Tribunal fédéral admet qu'en l'absence de critères permettant de déployer une argumentation complète visant à démontrer l'intégration de la solution retenue dans le système juridique, il est nécessaire – mais aussi suffisant – que l'autorité ne soit pas totalement muette et qu'elle explique dans la mesure du possible les raisons l'ayant amenée à trancher de la manière dont elle l'a fait.

Lorsque le juge interprète, à l'aide d'une inspection locale, une notion juridique indéterminée octroyant une marge d'opportunité à l'administration, il se trouve donc à la fois dans une situation où l'exigence de contre-argumentation est renforcée et dans une situation où une telle contre-argumentation est matériellement délicate puisqu'elle procède de sa propre expérience du terrain.

### **Le statut ambigu de la connaissance des circonstances locales**

La connaissance des circonstances locales justifie la retenue du juge. La place de cette notion dans la procédure administrative est néanmoins difficile à établir. À la lecture de la jurisprudence, il semble qu'elle fonctionne globalement comme une sorte de *méta-argument* visant à donner du poids à l'ensemble de l'argumentation développée par l'autorité administrative. On reconnaît volontiers qu'en raison de la connaissance des circonstances locales dont dispose l'administration, le juge est soumis à un devoir accru de motivation. En revanche, en tant que « simple » méta-argument, la connaissance des circonstances locales ne permet pas à elle seule de justifier certains aspects de la décision. L'autorité administrative ne peut se contenter de renvoyer à sa connaissance du terrain pour affirmer certaines choses, en particulier constater les faits.

L'autorité administrative ne semble pas devoir exposer précisément l'étendue de sa connaissance des circonstances locales. Elle n'a pas non plus la possibilité d'exposer sur quel point précis le juge devra faire preuve de retenue compte tenu de ladite connaissance. L'institution est donc à double tranchant : elle impose une retenue générale au juge, mais ne suffit pas à légitimer certains points précis de la décision. Pour sa part, l'inspection locale garantit que le juge statue en connaissance de cause, mais peut conduire à relativiser les connaissances locales de l'autorité la plus proche du terrain.

En ce sens, la connaissance des circonstances locales peut se trouver en quelque sorte « dévaluée » lorsque le juge procède à une inspection locale. Dans le cadre du recours, elle a néanmoins pour effet de contraindre le juge à contre-argumenter lorsqu'il adopte un point de vue contraire à celui de l'administration en s'estimant en devoir de retenir une solution juridiquement différente. Il convient de s'accommoder de cette situation, faute de quoi les administrés ne pourraient bénéficier du contrôle d'un juge disposant de la faculté de trancher en connaissance de cause. Il importe cependant que le juge soit conscient des limites de son expérience personnelle du terrain et ne la surévalue pas lorsqu'il a à trancher le bien-fondé d'une décision émanant d'une autorité plus familière des lieux, de sa géographie et de ses spécificités matérielles.

## CONCLUSION

Les aspects juridiquement pertinents du terrain ne peuvent pas toujours être retranscrits fidèlement par le biais des médiums usuels du droit, en particulier les textes (rapports, plans, préavis, etc.). Il est alors nécessaire que l'autorité chargée de trancher le cas se confronte directement au terrain en procédant, par exemple, à une inspection locale. Cette manière d'établir les faits, bien que souhaitable, n'est pas sans engendrer quelques difficultés. Dans la présente contribution, nous avons mis en évidence un certain nombre de risques soulevés par l'inspection locale.

L'inspection locale peut entraîner des difficultés en matière de motivation des décisions, en cela que la transcription de la perception immédiate et personnelle des lieux dans des textes et plus encore dans un raisonnement juridique est éminemment délicate. L'insuffisance ou l'absence de motivation ont pour conséquence de porter atteinte au droit d'être entendu des administrés, de conduire parfois à l'annulation des jugements par les autorités judiciaires supérieures et d'amoindrir l'acceptabilité des décisions et des jugements rendus. Ceci ne découle pas de l'inspection locale en elle-même, mais de la situation qui l'a rendue nécessaire, à savoir la nécessité de constater les faits de manière *immédiate*. Cette nécessité symbolise les limites de la textualité en procédure administrative, lorsqu'il s'agit d'appréhender certains aspects du terrain et du territoire – textualité qui est au demeurant au cœur du fonctionnement du système juridique.

La difficulté à motiver pose toutefois un problème plus fondamental encore. Le travail de motivation – la perspective de devoir justifier la décision envisagée – régule la liberté de l'interprète. La dimension rhétorique du droit permet en principe de s'assurer que cette liberté est utilisée d'une manière juridiquement rationnelle. La confrontation immédiate au terrain empêche ce travail de rationalisation car, précisément, elle a pour effet la prise en compte d'éléments qui ne sont pas communicables d'une manière satisfaisante et ne peuvent donc faire l'objet d'une argumentation. Il en découle une grande liberté pour le juge, non pas dans le sens où il pourrait céder à l'arbitraire mais dans le sens où il existe un risque qu'il ne puisse lui-même s'appuyer sur le travail d'argumentation pour vérifier le bien-fondé de sa décision. Ce risque va croissant avec le degré de subjectivité que l'élément de terrain à appréhender suppose. Il est plus élevé lors de l'évaluation de la beauté d'un paysage que dans la détermination de la distance d'une construction aux limites d'une parcelle. Il est au demeurant difficile pour d'autres organes – en particulier l'autorité de recours – de valider la qualité de la décision puisque, par essence, celle-ci ne se prête pas à une motivation satisfaisante.

Nous avons approfondi la problématique du contrôle des décisions – telles qu’une autorisation de construire, une autorisation de prélever les eaux d’une rivière ou encore une autorisation exceptionnelle de défricher – en confrontant deux modes de perception du terrain : l’inspection locale et la connaissance des circonstances locales. Cette dernière s’inscrit dans la durée mais, contrairement à l’inspection locale, ne constitue pas une mesure probatoire. Elle renvoie seulement au fait que l’autorité administrative dispose d’une certaine familiarité avec le terrain. En ce sens, elle ne permet pas d’affirmer directement l’existence de certains faits. En revanche, lorsque l’autorité administrative dispose d’une meilleure connaissance des circonstances locales que le juge, les exigences en matière de contre-argumentation par ce dernier – un aspect central du *contrôle* de l’application du droit – sont exacerbées. Pour y satisfaire, il peut s’avérer alors nécessaire, pour le juge, de procéder à une inspection locale afin d’appréhender immédiatement les lieux.

Cette situation peut s’avérer doublement insatisfaisante. Du point de vue du fonctionnement du système juridique, la difficulté pour le juge de s’adonner à un travail de contre-argumentation vient brouiller la distinction entre mise en œuvre et contrôle de l’application du droit. La situation s’apparente davantage au cas où diverses instances se prononcent sur une même affaire sans que l’une contrôle à proprement parler le travail de l’autre. Elle reflète moins le cas dans lequel les autorités de recours ne substituent leur solution à celle de l’autorité inférieure que lorsque cela est justifié par un travail de critique de la décision contrôlée. Du point de vue de ce qui est recherché – à savoir rendre une décision qui soit fondée sur la meilleure connaissance du terrain possible –, la situation peut également s’avérer insatisfaisante en faisant prévaloir une opinion fondée sur une perception strictement limitée dans le temps et dans l’espace sur une connaissance du terrain qui s’inscrit dans la durée. On ne peut pallier ce problème en renforçant simplement le statut procédural de la connaissance des circonstances locales. Il découle de la nécessité, pour le juge, de se confronter au terrain et aux limites spatiotemporelles inhérentes à cet exercice. Le juge qui, contrairement à l’administration, n’est pas familier du terrain, doit procéder à une inspection locale pour juger en connaissance de cause. Néanmoins, l’inspection locale n’offre qu’un petit aperçu des réalités du terrain.

Ces développements appellent quelques remarques finales à propos de la confrontation du système juridique au terrain, en procédure administrative. Ce dernier doit être pris en compte de la meilleure manière possible et le système juridique se donne les moyens de le faire en autorisant, au besoin, des mécanismes permettant une perception immédiate des faits. Le caractère immédiat de la perception des faits se trouve toutefois en tension avec certains aspects centraux du système juridique. Il est en particulier susceptible d’affaiblir la capacité des autorités (notamment celles de recours) à motiver leurs décisions ou leurs jugements. L’appréhension juridique du terrain implique nécessairement quelques sacrifices, soit du point de vue du degré de proximité avec les faits, soit du côté du fonctionnement du système juridique. Le défi consiste alors à trouver un équilibre satisfaisant. Les difficultés liées à l’appréhension juridique du terrain doivent fondamentalement inciter les acteurs du système juridique à faire preuve de prudence et de sagesse. Cela signifie, pour le juge, d’accorder à l’inspection locale son juste poids, en gardant à l’esprit qu’elle doit servir à critiquer la décision contrôlée par un travail de contre-argumentation et non l’amener à se substituer purement et simplement à l’autorité inférieure. Tel est particulièrement le cas lorsque cette dernière bénéficie d’une connaissance du terrain qui s’inscrit dans la durée.

## BIBLIOGRAPHIE

- AUER Christoph et BINDER Anja Martina, 2019: « Art. 12 », in: AUER Christoph, MÜLLER Markus et SCHINDLER Benjamin (dir.), *VwVG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich, Dike Verlag.
- BOULAZ David, 2017: *La protection du paysage: étude de droit fédéral et vaudois*, thèse, Lausanne.
- BOVAY Benoît, 2015: *Procédure administrative*, Berne, Stämpfli.
- CHASSOT Isabelle, 1993: « La clause d'esthétique en droit des constructions », *Revue fribourgeoise de jurisprudence*, pp. 95 ss.
- DUBEY Jacques et ZUFFEREY Jean-Baptiste, 2014: *Droit administratif général*, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- FRYDMAN Benoît, 2011: *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant.
- GRISEL RAPIN Clémence, 2022: « La légalité », in: BELLANGER François et BERNARD Frédéric (dir.), *Les grands principes du droit administratif*, Zurich, Schulthess Verlag, pp. 37 ss.
- HUBER-WÄLCHLI Veronika, 2014: « ATF 140 II 262 – Gewässerschutz und Nutzbarmachung der Wasserkräfte; Interessenabwägung für ein Kleinwasserkraftwerk (Obergoms VS) » (Auszug), *URP/DEP/DAP*, 14, pp. 351 et 369.
- LARGEY Thierry, 2012: « La protection du patrimoine bâti », *RDAF I*, pp. 281 ss.
- LEBEN Charles, 2011: « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », *Droits* 54(2), pp. 49 ss.
- MOOR Pierre, 2010: *Dynamique du système juridique*, Zurich, Schulthess Verlag.
- MOOR Pierre, 2005: *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, Presses universitaires de France.
- MOOR Pierre, FLÜCKIGER Alexandre et MARTENET Vincent, 2012: *Droit administratif, vol. I*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, Stämpfli.
- MOOR Pierre et POLTIER Étienne, 2011: *Droit administratif, vol. II*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, Stämpfli.
- PAPAUX Alain, 2002: *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsumption à l'abduction, l'exemple du droit international privé*, Zurich, Schulthess Verlag.
- PAPAUX Alain, 2009: « Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre science et droit », *Revue européenne des sciences sociales XLVII* (144), pp. 105 ss.
- RHINOW René, KOLLER Heinrich, KISS Christina, THURNHERR Daniela et BRÜHL-MOSER Denise, 2014: *Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege*, Bâle, Helbing Lichtenhahn.
- SCHINDLER Benjamin, 2010: *Verwaltungsermessens. Gestaltungskompetenzen des öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich, Dike Verlag.
- TANQUEREL Thierry, 2013: « Le contrôle de l'opportunité », in: BELLANGER François et TANQUEREL Thierry (dir.), *Le contentieux administratif*, Zurich, Schulthess Verlag, pp. 209 ss.
- WIEDERKEHR René, MEYER Christian et BÖHME Anna, 2022: *VwVG Kommentar: Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weitere Erlasse*, Zurich, Orell Füssli Verlag.
- WULLSCHLEGER Stephan, 2019: « Le rôle des tribunaux administratifs dans la pesée des intérêts en droit de l'environnement », *URP/DEP/DAP* 8, pp. 715 ss.

## **LOCAL INSPECTION BY THE JUDGE: THE LEGAL SYSTEM TESTED IN THE FIELD**

*In the legal system, facts are usually represented by a text. The text fulfils not only a representational function but also an argumentative one, enabling a legally rational decision to be made. Sometimes, however, the text cannot reflect certain relevant characteristics of the place where the case is set. The judge can compensate for this by carrying out a local inspection—that is, by directly confronting the terrain. The result is greater proximity to the facts, but also a deficit in terms of argumentation. This article examines the tension that arises between the immediate grasp of the terrain and the work of justifying decisions or judgments. Particular attention is paid to local inspections carried out by judicial review bodies with the aim of verifying the validity of a decision taken by an administrative authority.*

**Keywords:** local inspection, immediacy, argumentation, local circumstances, judicial restraint.

## **AUGENSCH EIN DURCH DEN RICHTER, DAS RECHTSSYSTEM IM GELÄNDE GETESTET**

*Innerhalb des Rechtssystems werden Sachverhalte in der Regel mithilfe eines Texts dargestellt. Der Text erfüllt nicht nur eine Darstellungsfunktion, sondern auch eine argumentative Funktion, die eine rechtlich rationale Entscheidung ermöglicht. Es kann jedoch vorkommen, dass der Text nicht in der Lage ist, bestimmte relevante Merkmale des Orts, an dem der Fall angesiedelt ist, wiederzugeben. Der Richter kann diese Unzulänglichkeit durch ein Augenschein beheben, d. h. durch eine direkte Konfrontation mit dem Gelände. Dies führt zu einer größeren Nähe zu den Tatsachen, aber auch zu einem argumentativen Defizit. Der Artikel untersucht die Spannung zwischen der unmittelbaren Kenntnis des Terrains und der Rechtfertigung von Entscheidungen oder Urteilen. Besondere Aufmerksamkeit wird dem Augenschein gewidmet, die von gerichtlichen Berufungsbehörden durchgeführt wird, um die Gültigkeit einer von einer Verwaltungsbehörde getroffenen Entscheidung zu überprüfen.*

**Stichworte:** Augenschein, Unmittelbarkeit, Argumentation, lokale Umstände, richterliche Zurückhaltung.



Jean RUEGG, Mathis STOCK, Maurice YIP <i>Les multiples spatialités du droit</i> .....	5
Pierre-Louis BALLOT, Mathieu GIGOT, Philippe TANCHOUX, Hovig TER MINASSIAN <i>À la périphérie du droit : les labels patrimoniaux comme outils de qualification juridique des espaces</i> .....	15
Florian FASEL, Thierry LARGEY <i>L'inspection locale par le juge, le système juridique à l'épreuve du terrain</i> .....	33
Caroline DELATTRE <i>Les revendications foncières des communautés autochtones de Guyane française : enjeux juridiques</i> .....	53
Christophe MINCKE <i>Quand le droit repense les spatialités pénitentiaires</i> .....	79
Joseph MilAZZO <i>Le droit au village : pouvoir se mouvoir, appartenir, et participer (Lagrasse, Aude)</i> .....	105
<b>CONTRIBUTION HORS THÈME</b> .....	135
Marjolaine GROS-BALTHAZARD, Christophe CLIVAZ, Leïla KEBIR, Géraldine OVERNEY, EliaNA LAURENTI <i>Les résidences secondaires à l'épreuve du Covid-19, un réchauffement durable des lits froids ? L'exemple de Crans-Montana et d'Anniviers (Valais, Suisse)</i> .....	137
<b>PRÉSENTATION DE THÈSE</b> .....	163
Irem INCE KELLER <i>Gestion des risques et géographie du droit : relationalité, incertitudes et résistance dans le cas de Karabağlar, İzmir (Türkiye)</i> .....	165

