

Pesée d'intérêts: réflexions autour de la notion d'intérêt

Thomas Schultz*

L'intérêt est un concept aussi important qu'étrange. Plus on l'étudie, plus il semble ubiquitaire. Selon F. Ost, il semble qu'il soit à la base des principaux concepts juridiques¹. Cet auteur, suivi quelques années plus tard par Ch.-A. Morand, a vu dans l'intérêt le fondement d'un nouveau mode de production du droit². Pourtant, la nature étrange du concept a fait se détourner la plupart des auteurs d'une véritable position analytique, le reléguant soit dans les droits subjectifs (ce qui étonne car l'intérêt n'est clairement pas une norme³), soit dans le non-droit (ce qui est trop réducteur quand on observe l'importance qu'il a en droit).

Cette position peut s'expliquer par le fait que l'intérêt se situe à l'endroit même où passe la démarcation établie par le courant positiviste entre droit et non-droit.

L'importance de l'étrange de la nature de l'intérêt est que, par nécessité épistémologique en quelque sorte, l'imprécision et l'ambiguïté attachées à l'étrangeté de cette notion se répercuteront forcément sur les techniques de raisonnement juridique qui y font directement référence, nous pensons tout particulièrement à la pesée d'intérêts. En approchant la définition de la notion d'intérêt, nous essayerons donc de donner au raisonnement par pesées d'intérêts un outil conceptuel mieux délimité, moins étrange.

Nous proposerons pour cela un modèle simple présentant le rôle de l'intérêt comme véhicule juridique de désirs dans l'élaboration de normes juridiques. La norme qui nous intéressera tout particulièrement sera la règle du cas particulier, dégagée par le juge lors de son activité judiciaire.

Nous commencerons par tenter une définition de la notion d'intérêt et du pouvoir d'appréciation (qui est un concept corollaire de la pesée d'intérêt). Nous nous attacherons à dégager, dans le sillage de ces définitions, des éléments à prendre en considération lors de pesées d'intérêts. Nous en viendrons ensuite à des réflexions plus opératoires, d'abord en étudiant l'apport des théories de l'interprétation à une méthodologie de la pesée d'intérêt, puis en proposant quelques traits d'une telle méthodologie.

* Chercheur à l'Université de Genève

¹ F. Ost, *Droit et intérêt, vol. 2. Entre droit et non-droit: l'intérêt*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 10.

² Ibidem, p. 155 et seq. (Chapitre IV, intitulé : « La fonction régulatrice générale exercée par l'intérêt. Un nouveau mode de production du droit ? »). Voir aussi Ch.-A. Morand, *Pesée d'intérêts et décisions complexes*, in Ch.-A. Morand (éd.), *La pesée globale des intérêts, droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1996, p. 44.

³ La référence aux droits subjectifs est tout de même loin d'être sans objet, car l'intérêt a en effet un rapport ambigu avec ce concept, mais il paraît être principalement opératoire et le lien qui l'unit à son titulaire, ou plutôt son bénéficiaire, est différent de la titularité d'un droit, voir F. Ost, *Droit et intérêt, op. cit.*, p. 13.

1. L'intérêt

Les théoriciens du droit ne sont pas encore arrivés à donner à la notion d'« intérêt » une définition faisant preuve de consensus, voire simplement de lui en donner une⁴. Nous essayerons tout de même de dégager quelque habillage rudimentaire d'une définition de ce concept, qui nous conduira à la représentation du phénomène juridique que nous retiendrons pour inscrire en son sein la pesée d'intérêts. Nous aborderons également la question du choix des intérêts qui doivent être retenus par les producteurs de droit en général et, dans la problématique qui nous intéresse plus spécifiquement ici, par le juge lors de la pesée des intérêts. Nous nous étendrons tout d'abord sur cette question uniquement d'un point de vue épistémologique, des considérations plus opératoires étant abordées ultérieurement.

L'idée force de la définition que nous allons développer est que l'intérêt est un désir traduit en droit sans constituer de norme.

Dans l'hypothèse d'une approche phénoménologique visant à dégager une perception immédiate de l'intérêt, sans recours préalable à des concepts, on se rend compte qu'intuitivement il doit être quelque chose d'utile à son bénéficiaire, de profitable. En effet, une mesure judiciaire prise par exemple en invoquant le bien de l'enfant, mais qui ne lui serait que défavorable, ne serait pas fondée. Il n'en irait bien entendu pas autrement pour d'autres intérêts couramment invoqués, tels que le crédit d'une banque, la clientèle d'un commerçant, la réputation d'un médecin, les chances d'avancement d'un fonctionnaire, pour prendre des exemples au hasard.

L'intérêt ne peut être défini abstraitement, *a priori*, il a bien au contraire un rapport nécessaire avec la réalité. Comme l'écrit F. Ost de sa plume poétique, l'intérêt semble « avoir partie liée avec la réalité ; une réalité diverse et variable qui, faisant irruption au creux des règles de droit, en subvertit les caractères d'abstraction, de généralité et d'intemporalité »⁵. On attribue quelques fois de manière abstraite et générale, dans une loi par exemple, un certain intérêt à un certain type de bénéficiaire. Mais cela ne signifie ni que l'empirie n'ait pas joué son rôle auparavant⁶, ni que le système juridique n'entende pas réagir si cette détermination de l'intérêt s'écarte trop de la réalité⁷.

⁴ L'état de la théorie se résume en quelque sorte encore à l'idée que « l'intérêt est une notion fondamentale et négligée que l'on illustre, qu'on qualifie (personnel, légitime), qu'on classe (moral, patrimonial), mais qu'on ne définit pas » : G. Cornu et F. Foyer, *Procédure civile*, Paris, p. 256. F. Ost, qui a consacré un ouvrage à l'intérêt, donne quelques pistes de définition très fertiles, mais sa position ne s'éloigne guère de l'idée énoncée en début de parcours, à savoir que « l'intérêt résiste à la définition », F. Ost, *Droit et intérêt*, *op. cit.*, p. 10. Ces pistes de définition sont contestées par Ch.-A. Morand, *Pesée d'intérêts et décisions complexes*, *op. cit.*, pp. 42-44.

⁵ F. Ost, *Droit et intérêt*, *op. cit.*, p. 14. Voir aussi E. Huber (le rédacteur du code civil suisse) qui rapproche « intérêt » de « besoins de la vie » : E. Huber, *Code civil suisse. Avant-projet du département fédéral de justice et police*, Berne, 1900, pp. 1 et sq. et Ch.-A. Morand qui rapproche « intérêt » de « valeur » : Ch.-A. Morand, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, in *Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, 1996, p. 59.

⁶ On trouve des exemples d'intervention prélegislative de l'empirie dans la détermination des intérêts tels celui-ci : « si, en vertu [de la loi] l'assuré doit accepter tout travail "en vue de diminuer le

L'intérêt est une connexion entre l'abstraction des normes juridiques et la réalité factuelle. Mais l'intérêt n'est pas en lui-même une norme et il n'est pas non plus un fait « brut », sans rapport avec une norme quelconque.

Ce qui caractérise une norme est qu'elle est un énoncé qui ne peut être qu'obéi ou désobéi et non vrai ou faux⁸. Si l'on compare un comportement à une norme (qu'elle soit juridique ou autre), on dira du comportement qu'il est correct s'il respecte la norme (quelqu'un s'est comporté de manière « juridiquement correcte », ou « moralement correcte », par exemple) ou incorrecte si ce n'est pas le cas.

L'intérêt ne prescrit pas de comportement par lui-même, mais seulement au travers de la norme (règle ou principe) qui va le traduire dans le paysage normatif.

En analysant le rapport qu'a un comportement avec un intérêt, on ne demandera pas si le comportement est correct ou non (dichotomie qui n'admet pas de graduation intermédiaire), mais on opérera une réflexion axiologique qualifiant le comportement de bon ou de mauvais (avec toute la graduation intermédiaire) selon le sentiment de plaisir ou de regret qu'il engendre (ou qu'il est supposé engendrer) pour le bénéficiaire de l'intérêt⁹. Comme nous l'avons dit, l'intérêt doit être quelque chose de profitable, d'utile à son bénéficiaire.

Ainsi, si l'on se demande par exemple si l'intérêt de l'enfant est respecté dans un cas concret, on peut soit éluder la question en invoquant la norme (« la loi dit que... »), soit se demander quel effet réel a une décision le concernant, si cette décision lui est

dommage», certains emplois sont considérés comme non convenables et ne doivent pas être acceptés [...]. Le souci du législateur de mettre dans la balance les intérêts du particulier et ceux de la communauté des assurés transparait ici » : P.-Y. Greber et B. Kahil Wolff, *Cours d'introduction au droit suisse de la sécurité sociale*, in *Cahiers genevois et romands de la sécurité sociale*, hors-série n° 2, 1998, p. 40.

⁷ Par exemple la problématique de l'autorité parentale conjointe en cas de divorce : sous l'ancien droit suisse du divorce, il n'était légalement pas possible d'accorder l'autorité parentale conjointe, le législateur ayant décidé que l'intérêt de l'enfant était de n'être que sous l'autorité d'un seul de ses parents. Des travaux sociologiques ont révélé que le désir de l'enfant était tout autre et que cet intérêt de l'enfant devrait souvent être l'autorité conjointe. La révolte contre la définition de l'intérêt de l'enfant s'est faite d'abord par des comportements de faits allant à l'encontre des jugements et ensuite par l'établissement d'une jurisprudence *contra legem* qui a entraîné une modification législative allant dans son sens. Le système juridique a ainsi réagi à une définition de l'intérêt de l'enfant qui avait perdu (ou jamais eu) de partie liée avec la réalité : voir N. Languin, *Les contacts entre père et enfant à la suite du divorce*, Travaux CETEL, n° 37, Faculté de droit, Genève, septembre 1990 et J.-F. Perrin, *Sociologie empirique du droit*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1997, p. 29 et sq.

⁸ « Le critère décisif pour distinguer la norme des autres types d'énoncés ou de significations est qu'elle n'est pas susceptible d'être vraie ou fausse, mais seulement obéie ou désobéie » : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, s. dir. A.-J. Arnaud, v° norme (en théorie du droit), par M. Troper, 1^{ère} éd., Paris, LGDJ et E. Story-Scientia, 1988, pp. 274 et seq.

⁹ Cette argumentation de correct/incorrect d'un comportement par opposition au critère du sentiment de plaisir/regret qu'engendre un comportement découle de la distinction par A. Hägerström entre idées morales de devoir et idées morales de valeur, repris par E. Pattaro et appliqué aux droits subjectifs (qui sont des normes et donc des idées morales de devoir, avec la dichotomie de correct/incorrect qui s'en suit) : exposé dans E. Pattaro, *Realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström*, Bologne, 1975, pp. 202 et sq., E. Pattaro, *Conduite correcte, droit subjectif et intérêt*, in *Droit et intérêt*, vol. 1, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (éds), *Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Publications Universitaires Saint-Louis, 1990, pp. 319 et sq.

profitable ou non, utile ou non, autrement dit quel sentiment elle engendre en sa personne. D'où le rapport nécessaire avec la réalité que nous évoquions¹⁰.

Il est vrai que si le législateur, le juge ou tout autre producteur de droit édicte une règle ou un principe (donc une norme) en tenant compte des intérêts des personnes affectées par la norme en question (par exemple en établissant un droit subjectif) il confère une normativité médiata à ces intérêts. Mais l'intérêt n'est toujours pas une norme¹¹ en lui-même, parce que le comportement appréhendé par la norme (gardons l'exemple du droit subjectif) ne sera considéré comme correct ou incorrect que par rapport à la norme en question et non à l'intérêt dont la norme est la traduction.

L'intérêt ne peut, seul, conduire à un comportement correct ou incorrect, ce sera l'œuvre de la norme qui en est la traduction¹². L'intérêt est toutefois proche de la norme. Le législateur se basera sur lui pour établir une norme (y compris le juge-législateur du cas particulier quand il édicte la norme du cas particulier), cette norme en est la « traduction réglementaire ».

Mais l'intérêt est également proche de l'empirie, des faits. Il puise son essence dans l'utile et le profitable, notions de faits. L'intérêt se situe entre ces deux pôles, il est une connexion entre les normes juridiques et les faits. Bien entendu, ce ne sont pas n'importe quelles données de la réalité empirique qui sont traduites dans le paysage juridique. Nous devons donc nous demander quel est le type de données de la réalité factuelle que l'intérêt véhicule et comment se fait le choix dans le *pool* retenu.

Quand le législateur opère une pesée d'intérêts pour édicter une norme, il fait un choix politique ; cela va de soi, ce producteur de droit est un corps politique. Mais quand le juge pèse des intérêts, son activité est également décrite, notamment par les juges eux-mêmes, comme étant politique¹³. C'est même la détermination de l'intérêt qui est un acte politique¹⁴.

L'acte politique n'est-il pas alors, sous cet angle, une gestion des *désirs* sociaux ? Un intérêt étant utile et profitable, et conduisant à une analyse selon le sentiment de plaisir ou de regret qu'il engendre, et étant en rapport étroit avec la politique (en tant que gestion de désirs), nous pensons pouvoir en conclure que

¹⁰ Dans un sens proche, voir la définition de l'intérêt dans *Vocabulaire juridique*, s. dir. G. Cornu, Paris, 1987, v^o intérêt, pp. 429, 430 (l'intérêt est « ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification) : considération d'ordre morale (affection, bonheur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès,...), concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe) »).

¹¹ On pourrait peut-être pousser la réflexion en direction des *faits normatifs* de Gurvitch, mais cela ne nous paraît pas nécessaire dans le cadre de cet essai.

¹² Sur l'idée de la norme traduction de l'intérêt, voir surtout F. Ost, *Droit et intérêt*, op. cit., p. 180 : « on pourrait soutenir enfin que la norme est la traduction réglementaire privilégiée de l'intérêt »,

¹³ Par exemple : « il reste que, vu la nature des intérêts à l'égard desquels s'exerce la "prudence romaine" du juge, la tâche de ce dernier comporte évidemment une composante politique, à laquelle l'interdiction de revoir l'opportunité des décisions oppose une barrière totalement inefficace », T. Tanquerel, *La pesée des intérêts vue par le juge administratif*, in Ch.-A. Morand (éd), *La pesée globale des intérêts, droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1996, p. 213.

¹⁴ La détermination de l'intérêt public est un « acte politique », selon P. Moor, *Droit administratif*, vol. 1, *Les fondements généraux*, 2^{ème} éd., Berne, Staempfli, 1994, p. 387.

l'intérêt est, à sa base, un désir¹⁵. Une première délimitation du *pool* des faits auxquels l'intérêt se rapporte est donc l'ensemble des désirs.

Reste à faire un choix dans le *pool* de ces désirs. Les producteurs du droit participent, bien entendu, à ce choix. Mais ils ne sont pas les seuls.

Avant la sélection juridique (la traduction en droit du désir), se produisent en effet plusieurs sélections préjuridiques¹⁶. La psychologie nous révèle une première sélection des désirs, entre le « je » et le « tu », par le « il », cette « loi du père » dont l'enfant doit faire l'apprentissage. Viennent ensuite toutes sortes de sélections par des normes sociales¹⁷ faisant le tri de ces désirs ayant passé le premier filet « psychologique ».

C'est seulement après ces deux sélections qu'un désir peut devenir « intérêt », par le choix des producteurs de droit de le faire apparaître dans le paysage juridique. Et c'est seulement après ce triple critère d'élimination qu'un désir peut devenir agissant en droit, dans sa traduction juridique d'« intérêt ». On le voit, l'intérêt n'est pas un fait « brut », sans rapport avec une norme quelconque, il a même passé le triage par des producteurs de droit. Au vu de ce qui précède, nous retiendrons comme définition de l'intérêt qu'il est un *désir agissant en droit et relatif à un comportement*. Nous devons maintenant nous demander comment ces producteurs de droit doivent faire leur sélection, quels sont les désirs qui doivent devenir des intérêts, quels doivent être ces intérêts.

Dans un chemin allant de la foule de désirs « originaires », ces désirs d'avant leur première sélection, aux décisions des cas concrets, après leur dernière sélection, nous en sommes à l'acceptation par les producteurs de droit de la traduction en intérêt (c'est-à-dire en droit) de certains désirs ayant passé avec succès les premiers tests de conformité psychologiques et sociaux. La question, à ce stade, est de savoir s'il est possible de dégager des critères abstraits de sélection, des critères qui permettraient d'établir, *a priori*, un *pool* d'intérêts qui pourraient plus tard entrer dans la pesée des intérêts.

La nature de la délimitation du *pool* que nous retiendrons se fonde sur l'idée de légitimité et tire ses fruits de l'analyse par F. Ost des intérêts *solipsistes* et des intérêts *universalisables*. Cet auteur relève que dans le langage courant et sous la plume de

¹⁵ Dans le même sens, F. Ost : « l'intérêt ne serait-il pas l'interprète du désir [...] ? » . L'idée est aussi évoquée par J. Carbonnier, qui voit au demeurant la pesée des intérêts d'un mauvais œil et rejette, probablement pour cette raison l'idée du désir : « il est des philosophes pour opiner que l'intérêt de l'enfant n'est pas objectivement saisissable que, dans la conduite de sa vie, chacun ne s'en tire qu'en identifiant ses intérêts à ses désirs. Et il faudrait que le juge juge de l'intérêt d'autrui ! » : J. Carbonnier, *Note* sous Paris, 30 avril 1959, in *Dalloz*, 1960, p. 675, voir aussi, dans un sens comparable, la définition, rapportée ci-dessus, de G. Cornu, qui affirme qu'il est « ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification) : considération d'ordre morale (affection, bonheur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès,...), concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe) », dans *Vocabulaire juridique, loc. cit.*

¹⁶ Voir, pour l'idée des sélections préjuridiques, F. Ost, *Droit et intérêt, op. cit.*, p. 14 et seq.

¹⁷ On invoquerait ici, comme argument *a fortiori*, l'affirmation suivante : « c'est la communauté des juristes qui par son approbation reconnaît, ou par ses critiques refuse, la légitimité du principe dégagé par le juge », M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, 1994, p. 85.

grands auteurs¹⁸, la conception de l'« intérêt » est plurielle et fait preuve d'au moins deux acceptions opposées. L'intérêt peut ainsi être identifié d'un côté au dessein de lucre, à l'appât de gain, en son sens le plus péjoratif d'intérêt égoïste, comme l'exprime le syntagme d'« agir par intérêt ».

Mais il peut aussi viser une fin noble et altruiste qui jette l'opprobre sur le « désintéressement », qui est le refus de prendre en compte des désirs que certaines valeurs nous commandent de considérer comme légitime (comme le montre la sanction relative à la non-assistance à des personnes en danger, qui est une forme de désintéressement). Ces deux conceptions (extrêmes d'un axe définitoire) peuvent être qualifiées d'intérêts solipsistes¹⁹ et universalisables²⁰. D'un côté de l'axe, les intérêts sont des désirs du « plus lourd égoïsme individuel ». De l'autre, ce sont des désirs dont la prise en compte généralisée constitueraient une norme générale d'une grande moralité²¹. La légitimité d'un intérêt se détermine selon sa position sur cet axe, graduel, allant des intérêts solipsistes d'un côté (pôle d'illégitimité), aux intérêts universalisables de l'autre (pôle de légitimité).

Ceci nous conduit à deux premières conclusions prescriptives pour les producteurs de droit : tout d'abord que les intérêts²² trop proches du pôle solipsiste (d'illégitimité) doivent être rejetés lors de la création d'une norme juridique (y compris, bien entendu, la norme du cas d'espèce émise par le juge-législateur du cas d'espèce). On pense par exemple au désir de profiter d'un enrichissement indu, c'est-à-dire, justement, illégitime. Ensuite, que la recherche des intérêts (au sens de « la pesée de tous les intérêts pertinents ») lésés par une norme doit être d'autant plus approfondie que l'intérêt prépondérant tend vers le pôle solipsiste. À l'inverse, si l'intérêt majeur de la pesée des intérêts est universalisable, l'importance de la recherche de tout autre intérêt à prendre en compte est moindre. L'édiction d'une norme (soit-elle celle du cas particulier) selon un nombre limité d'intérêts tendant au solipsisme, au mépris d'autres intérêts semblables ou universalisables qui seraient lésés, conduirait à l'accaparement de la norme, et donc du droit, par le bénéficiaire de ces intérêts. Un tel droit serait illégitime, une pesée d'intérêts conduisant à un tel droit

¹⁸ F. Ost évoque ici les conceptions de Bentham (intérêt se chargeant « du plus lourd égoïsme individuel ») et d'Habermas (intérêt se prêtant à l'universalisation et s'avérant « l'instrument de la plus haute rationalité pratique »), F. Ost, *Droit et intérêt*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹ Sur les intérêts solipsistes : « d'un côté, l'individu souverain, qui est lui-même sa propre mesure. Prométhéen et moderne, sa raison et sa volonté solipsistes (*solus ipse*) génèrent une manière d'autorégulation. Traduite dans le langage du droit, cette logique conduirait, à la limite, à l'absolutisation du moi libre, d'une liberté « pure », détachée du corps, de la nature, du lien social, autorisée donc à disposer de soi, à manipuler jusqu'à l'épuisement les ressources naturelles, et à s'affranchir du commerce social, à commencer par le lien d'inscription généalogique », F. Ost, *Droit et intérêt*, *op. cit.*, p. 189.

²⁰ Sur les intérêts universalisables : « [la question de la légitimité] ne suppose-t-elle pas quelques références à une norme générale et transcendante, elle-même référée à des droits et intérêts universalisables ? Cette aspiration éthique reçoit, elle-aussi, diverses consécutions juridiques. Qu'il suffise d'évoquer les droits fondamentaux [...] qui paraissent plutôt comme des intérêts universalisables », F. Ost, *Droit et intérêt*, *op. cit.*, p. 190.

²¹ Un intérêt qui pourrait, en quelque sorte, être rapproché d'un impératif catégorique kantien.

²² C'est-à-dire les désirs dans l'hypothèse où ils sont traduits, en droit, en intérêts.

serait illégitime et une prise en compte limitée d'intérêts conduisant à une telle pesée d'intérêts serait illégitime.

2. *Le pouvoir d'appréciation*

Nous avons évoqué à plusieurs reprises l'idée d'une prise en compte sélectionnée des intérêts lors de la création de normes, notamment par le juge quand il officie en tant que « législateur du cas particulier ». Cette prise en compte implique certains choix. Choix de l'acceptation ou du rejet d'accorder un poids à un intérêt considéré et choix dans la hiérarchisation des intérêts retenus. Ce double choix est désigné par le syntagme « pouvoir d'appréciation » ou « pouvoir discrétionnaire ».

Pour analyser le concept de pouvoir d'appréciation et son rapport avec la pesée d'intérêts, partons de deux autres concepts qui se distinguent l'un de l'autre par leurs relations avec le pouvoir d'appréciation : les règles et les principes.

Ces deux types de normes sont deux bornes par lesquelles passe l'axe d'indétermination (qui est un corollaire du pouvoir d'appréciation). D'un côté, les règles tendent vers la réduction du juge à une « bouche de la loi », sans jamais y parvenir²³, sans jamais parvenir à exclure totalement son pouvoir d'appréciation. De l'autre, les principes laissent au juge un pouvoir plus ou moins large de création du droit, car la norme qu'est le principe est plus ou moins floue²⁴, sans jamais laisser au juge une liberté totale, ce qui correspondrait à une absence de norme. Ces deux extrêmes, totale liberté du juge et absence totale de liberté, ne peuvent jamais être atteints, mais entre ces deux pôles, toutes les graduations sont possibles.

Règles et principes ne sont que deux pôles entre lesquels chaque norme trouve sa place ; comme le dit Ch.-A. Morand, « c'est le degré d'indétermination de la norme qui permettra de [la] classer dans l'une ou l'autre des catégories »²⁵ et « il y a, entre les deux extrêmes, une zone grise »²⁶. Plus il y a d'indétermination dans la norme, plus le pouvoir d'appréciation du juge sera conséquent et plus la pesée d'intérêts sera « grande »²⁷ parce que le pouvoir d'appréciation du juge en cas d'indétermination d'une norme s'exerce en la forme d'une pesée d'intérêts.

²³ Voir les développements de H.L.A. Hart autour de l'exemple célèbre de l'interdiction faite aux véhicules de circuler dans un parc. Pour une expression de la faiblesse du pouvoir d'appréciation dans l'application des règles : « les règles permettent à elles seules de donner, par l'application du syllogisme juridique, la solution du problème », Ch.-A. Morand, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, op. cit., p. 59 et « [les règles] sont de l'ordre du tout ou rien », R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol, E. Limare, et F. Michaut, Paris, PUF, 1995, p. 82.

²⁴ En ce sens : « les principes se contentent d'une orientation sans prescrire qu'un comportement déterminé soit adopté » : Ch.-A. Morand, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, op. cit., p. 59.

²⁵ Ibidem, p. 60.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ch.-A. Morand, *Pesée d'intérêts et décisions complexes*, p. 46 (affirmant qu'il y a une petite pesée d'intérêt lors de l'application des règles, en raison de leur faible flou (ou de leur faible

Une pesée d'intérêts a pour corollaire nécessaire une pluralité de solutions juridiquement correctes au regard de la norme (indéterminée) à appliquer. En d'autres mots, le pouvoir d'appréciation est le libre choix d'une solution dans une pluralité de solutions juridiquement correctes. Si le juge a, au travers de la pesée d'intérêts, la possibilité d'arriver à plusieurs solutions différentes, cela signifie qu'il y a un choix possible soit dans les intérêts à prendre en compte, soit dans leur hiérarchisation, c'est-à-dire leur pesée, soit les deux.

Comme le relève Ch.-A. Morand, en cas de confrontation entre deux règles, on en écartera une par une (méta-)règles de préférence, tandis que deux principes contradictoires peuvent subsister, donnant simplement lieu à une tension entre eux²⁸. Un enseignement, au moins, peut en être tiré pour notre problématique : quand plusieurs principes trouvent application, on additionnera les intérêts qu'ils véhiculent, lors de la pesée d'intérêts. Le choix du juge devra en conséquence prévoir au minimum tous ces intérêts. Plus il y a de principes applicables, plus le *pool* d'intérêts à peser sera grand. La hiérarchisation des intérêts, c'est-à-dire le poids qu'il faut leur accorder, sera également plus complexe s'il y a plus de principes à appliquer. Des principes différents pouvant prévoir de donner des poids différents à des mêmes intérêts, le juge, en essayant de concilier tous ces principes, aura forcément un choix plus large dans la hiérarchie, ou le poids qu'il donnera à chaque intérêt lors de l'élaboration de la règle du cas particulier.

Si le juge a un plus large choix dans la hiérarchisation des intérêts en cas de principes qu'en cas de règles, en cas d'une multitude plus grande de principes applicables que quand il y en a moins, le juge n'a pas dans la comparaison de ces situations un plus large choix dans leur prise en compte. En règle générale, il devra simplement tenir compte de plus d'intérêts plus il y a de principes, mais il devra toujours tous les prendre en compte.

Pourtant, dans certains cas, le juge devra refuser de prendre en compte dans sa pesée certains intérêts ou devra en considérer certains qui n'étaient pas prévus dans la ou les normes applicables. En effet, quand la norme est injuste, par exemple parce que la réalité sociale a trop évolué ou éventuellement parce que la norme a été mal faite, qu'une situation n'a pas été prévue. Dans ces cas, le juge devra en quelque sorte donner une seconde chance à la norme d'être juste en prenant en compte ou en excluant des intérêts qui ne l'avaient pas été lors de l'édiction de la norme. Nous en viendrons à un critère permettant éventuellement de savoir quels sont, dans ces cas, les intérêts à prendre en balance, autrement dit un critère de méthodologie de la pesée des intérêts.

Nous avons vu, dans ce qui précède, que le juge doit toujours faire une pesée d'intérêts, qu'il n'est jamais complètement lié par la ou les normes à appliquer, que dans certains cas il peut aller même au-delà de ce qu'elles prévoient, Ne peut-on trouver une délimitation générale de la liberté que peut prendre le juge par rapport à la norme ? L'examen de la relation entre indétermination, interprétation et pesée d'intérêts peut être révélateur à cet égard.

indétermination) et qu'il y a une grande pesée d'intérêt lors de l'application de principes, en raison de leur fort flou (ou de leur forte indétermination).

²⁸ Ch.-A. Morand, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 59.

3. La pesée d'intérêt et l'interprétation

Après nous être demandé ce qu'est un intérêt, après avoir discuté de sa relation avec les désirs, avec plusieurs types de normes (psychologiques, sociales et juridiques), après avoir présenté une courte réflexion sur les intérêts légitimes et après nous être référé au pouvoir du juge relatif à l'ordonnement de ces intérêts, nous aimerions nous inspirer des théories de l'interprétation pour en dégager des lignes de référence et présenter pour finir un tableau général constituant un contexte dans lequel on pourra replacer la pesée d'intérêts par le juge.

Selon Ch.-A. Morand, la pesée d'intérêts ne relève pas de l'interprétation²⁹. Il ajoute que les préceptes habituels d'interprétation sont nettement insuffisants lors de l'application de principes, qu'il ne suffit nullement d'interpréter des principes pour assurer leur mise en œuvre, que les juges ne doivent surtout pas croire qu'ils ne peuvent aboutir qu'à une seule interprétation exacte³⁰.

Quand, plus haut, nous nous étions référé au pouvoir du juge relatif à l'ordonnement des intérêts, nous avons retenu l'idée que le pouvoir d'appréciation du juge est le corollaire de la pesée d'intérêts et que le juge peut arriver à plusieurs solutions juridiquement correctes. Si nous pensons donc que le juge ne peut pas n'aboutir qu'à une seule solution exacte, il n'empêche que nous espérons pouvoir recourir à l'interprétation non pour dégager la seule solution correcte, mais le champ des significations possibles de principes, seuls ou en concours, pour limiter le domaine des solutions correctes auxquelles peut arriver une pesée d'intérêts donnée.

Nous l'avons déjà évoqué et nous y reviendrons encore : toute norme juridique est le résultat d'une pesée d'intérêts. Cette pesée sera plus restreinte, dans le sens que sa marge de manœuvre sera moindre, quand le paysage normatif dans lequel elle s'inscrit est plus fourni : la norme, plus précisément la règle, du cas d'espèce sera adoptée avec moins de largeur de pesée d'intérêts (ce sera une « petite » pesée d'intérêts³¹) en cas d'application de règles (paysage fortement pré-occupé) qu'en cas de principes (qui « aménagent des blancs » dans le paysage juridique et permettent en conséquence une « grande » pesée d'intérêts). Une norme plus générale, comme une loi, sera adoptée avec plus ou moins de liberté selon que le paysage juridique (l'environnement normatif, comme on dit en légistique) sera plus ou moins constellé d'autres lois.

Dans tous ces cas, le paysage juridique devra, au moment de la création de la norme nouvelle, être interprété. Interprété au sens d'essayer de connaître la signification qui doit être attribuée aux textes préexistants et susceptibles de limiter l'envergure ou la marge de la pesée des intérêts. Pour la création d'une loi, cela signifie qu'il faut interpréter les lois préexistantes pour éviter le désordre normatif. Pour la création de la règle du cas particulier, cela signifie qu'il faut s'atteler à connaître les sens possibles qu'il faut donner aux principes ou aux règles applicables. Il faudra bien savoir quel sens donner au principe de

²⁹ Ibidem, p. 61.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ch.-A. Morand, *Pesée d'intérêts et décisions complexes*, op. cit., p. 46.

proportionnalité, par exemple, pour savoir jusqu'où peut ou doit aller une intervention étatique. Dans ce sens là, on peut affirmer avec F. Ost, que « produire du droit, c'est nécessairement interpréter le droit³² ».

Par l'interprétation, nous espérons donc définir le champ des significations possibles d'un principe (les principes nous intéressent ici plus particulièrement que les règles parce que la pesée d'intérêts y est plus importante). Nous aimerions ici prêter réflexion à quelques outils d'interprétation, développés en sémiotique (nos références iront principalement à U. Eco) et en théorie du droit (les pistes abordées sont celles de F. Ost). L'interprétation littérale des principes apporte bien peu, il est vrai, car ils sont souvent succincts dans leur énoncé (le principe « de la bonne foi », par exemple). Elle constitue pourtant un point de départ naturel de la limitation du sens. La référence au *topic discursif*³³, dans le sens du respect des « "présuppositions" qui font l'objet d'une sorte d'accord implicite entre l'auteur et le lecteur et déterminent le cadre, le fond ou le point de vue à partir duquel un texte demande à être entendu³⁴ », peut, par des références extrajuridiques principalement, conduire à quelques indices. Pour le principe de la proportionnalité par exemple, on peut penser aux acquis historiques, sociaux, culturels relatifs à l'intervention de l'État dans la société civile.

Le bénéfice du recours à la fiction de l'*intentio operis* n'est pas exclu non plus par un flou accru tel celui des principes, à condition à nouveau de ne pas espérer arriver à une solution unique (ce que le recours à l'*intentio operis* ne permet de toute manière pas d'atteindre, règle ou principe, peu importe). Opérer la fiction de l'*intentio operis* signifie que le juge, au moment d'établir les limites d'un principe, lit celui-ci en faisant comme si son auteur était un auteur modèle, « celui qui garantit la plus grande cohérence du texte³⁵ » dans lequel a été inséré le principe et comme s'il était un lecteur modèle, « celui qui s'adapte au mieux à cette stratégie textuelle³⁶ ». Pour certains principes, applicables de manière trop générale (le principe de la proportionnalité, par exemple), cette manière de procéder apporte tout de même bien peu, voire n'est pas réalisable.

Une interprétation historique et plus encore téléologique, peut aussi, dans certains cas, apporter une aide aussi évidente que précieuse. De manière très générale, nous pourrions ajouter que le juge, lors de la pesée d'intérêts, comme lors de l'interprétation au sens stricte, doit officier son activité de telle manière qu'il évite les deux extrêmes que sont le juge « bouche de la loi » et le juge du « gouvernement du juge³⁷ ».

³² F. Ost., *L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit*, in *Revue internationale de sémiotique juridique*, vol. VI, n° 18, 1993, p. 230.

³³ U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, trad. M. Bouzaher, Paris, Grasset, 1992, p. 128 et seq.

³⁴ F. Ost, *L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme*, *op. cit.*, p. 233.

³⁵ Ibidem, p. 234, renvoyant à U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 41 et seq.

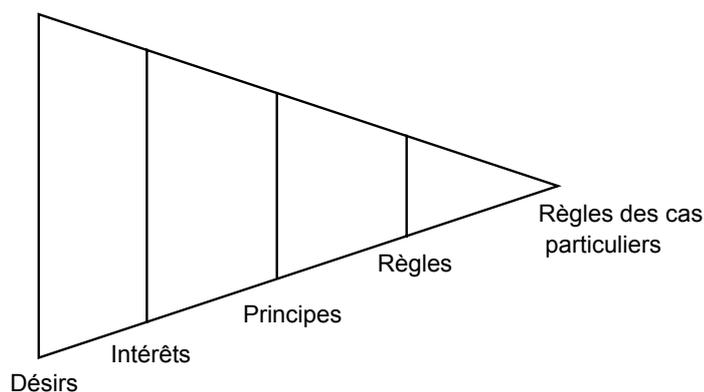
³⁶ Ibidem.

³⁷ F. Ost, *L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme*, *op. cit.*, p. 239.

4. Des désirs aux décisions d'espèce

Nous avons affirmé que la pesée d'intérêts est un acte politique. Autrement dit, la création de la norme du cas particulier, qui se fait par une telle pesée, est un acte politique. La création de la norme générale et abstraite, de la loi par le législateur est évidemment aussi un acte politique. Le parallèle entre ces deux phénomènes est que l'acte politique dans un cas particulier est la sélection, la hiérarchisation et le pesée d'intérêts tandis que l'acte politique du législateur est la sélection, la hiérarchisation et la pesée de désirs sociaux. À peu de choses près, ce sont là des démarches à fortes ressemblances, sinon identiques. Partant, nous aimerions tenter de développer un modèle rendant compte des ces deux phénomènes en leur donnant un contexte commun. Ensuite nous en viendrons à faire le point sur les démarches méthodologiques qui peuvent être tirées des développements réalisés au fil de ces pages.

Le modèle que nous aimerions retenir a pour élément central le *désir*, à travers toute une série de normes qui varient en juridicité, en indétermination, en pouvoir d'appréciation, en nombre de désirs pris en compte. L'idée de ce modèle est donc qu'à la base est le désir. Tout d'abord « brut », il est sélectionné, tamisé par des normes psychologiques puis sociales. Le désir est devenu *désir social*, au sens de l'acte politique en tant que gestion des désirs sociaux, comme nous l'avons évoqué. Ensuite vient le système juridique qui, au travers des producteurs de droit, retient certains de ces désirs en droit et en fait ainsi des *intérêts* s'il les considère comme *légitimes*. À ce moment surgissent les normes juridiques : principes, règles générales et abstraites, et règles du cas particulier. Le législateur se base sur des principes reconnus en droit pour édicter des règles, le juge se base sur des règles pour résoudre le cas particulier en lui donnant sa norme. Modélisé simplement, cela donne la figure suivante :



Passant des désirs aux intérêts, les producteurs de droit ont un pouvoir d'appréciation, ils ont une liberté de choisir les désirs qu'ils retiendront en faisant acte politique. En édictant des principes (les normes les plus générales), ils auront également un tel pouvoir, car ils peuvent pour le moins arriver à plusieurs principes conformes à l'ordre juridique dans lequel ils seront insérés. Il n'en va pas différemment pour les règles, qu'elles soient la concrétisation d'un ou de

plusieurs principes ou qu'elles ne se basent pas sur de telles normes. Lors de l'édiction de la règle du cas particulier, il reste toujours un pouvoir d'appréciation. Quelle que soit la norme édictée, ce sera toujours la prise en compte d'intérêts et leur pesée qui constitueront le chemin y menant. Il y a ainsi une pesée d'intérêts « avant » un principe et « après » ce même principe³⁸. Toute norme est le résultat d'une pesée d'intérêts³⁹.

Les méthodologies pour l'édiction des différents types de normes sont bien évidemment différentes. En ce qui concerne les règles générales et abstraites (les lois), ce sera la méthode législative qui devra être considérée. Abordons maintenant le cas qui nous intéresse plus particulièrement ici (la méthodologie de la pesée d'intérêts par le juge lors de l'application de normes aux cas concrets) en gardant à l'esprit l'idée que pour toutes différentes qu'elles soient, ces méthodologies peuvent trouver avantages à s'emprunter réciproquement des éléments.

Avant de revenir de manière synthétique à la pesée des intérêts par le juge, faisons le point sur les considérations abordées jusqu'ici. La réflexion sur l'universabilité des intérêts peut apporter des éléments intéressants sur deux plans. En effet, outre la référence métaphysique d'un intérêt universalisable à une norme transcendante qui pourrait alléger les exigences d'examen d'atteinte à des intérêts antagonistes⁴⁰, il est possible de se fonder sur cette réflexion pour examiner la reproductibilité de la décision d'un point de vue éthique⁴¹. Les théories de l'interprétation permettent, elles, de réduire la marge de manœuvre, le pouvoir d'appréciation et de dessiner un cadre à la pesée des intérêts. Il faut encore garder à l'esprit lors de la pesée d'intérêts qu'il n'est jamais seulement une seule solution possible, que le pouvoir d'appréciation est ubiquiste et qu'en conséquence nous ne voulons pas arriver (si même cela était possible) à une méthode mathématique de résolution du flou, à une méthodologie qui ôterait tout pouvoir d'appréciation au juge puisqu'il ne pourrait arriver qu'à une seule solution. Si le législateur a décidé

³⁸ Dans le même sens Ch.-A. Morand qui parle de « pesée d'intérêts progressive et en cascade », Ch.-A. Morand, *Pesée d'intérêts et décisions complexes*, *op. cit.*, p. 54.

³⁹ Pour cette idée de pesée d'intérêts ubiquitaire et dans un sens comparable à l'idée de désir à la base de cette pesée, voir F. Gény qui affirme que « ce principe, qu'on peut appeler principe de l'équilibre des intérêts en présence, doit guider le jurisconsulte interprète du droit, aussi bien que le législateur ou les organes de la coutume [...]. L'objet de l'organisation juridique positive, en effet, n'est pas autre que de donner la satisfaction la plus adéquate aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général d'obtenir ce résultat consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un critérium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable » : F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{ème} éd., Paris, 1919, T. 1, p. 167.

⁴⁰ Si l'intérêt qui tend à faire pencher la balance du juge d'un côté est un intérêt relatif à un droit fondamental, à la préservation de l'environnement ou à un autre idéal louable, il nous semble juste de penser que l'intérêt qui serait lésé par une décision allant dans le sens de l'intérêt précité devrait bénéficier d'une protection moindre que l'intérêt lésé par une décision allant dans le sens d'un intérêt purement pécuniaire, par exemple.

⁴¹ Une décision se basant sur le respect d'un tel intérêt renvoyant à une norme transcendante nous paraît être plus à même de constituer le départ d'une généralisation de cette décision, un peu comme le ferait un impératif catégorique.

de laisser un flou, nous ne voyons pas pourquoi il faudrait faire la règle, générale et abstraite, à sa place, par une méthodologie.

Puisque toute norme juridique véhicule et met en jeu un nombre déterminé d'intérêts (ceux qui ont été à la base de la genèse), il faut en principe tous les retenir. Toutefois, dans certains cas d'inadéquation de la norme à la réalité, dans ces cas que les sociologues du droit appellent des conflits d'internormativité⁴², on peut négliger certains intérêts que la loi dicte pourtant de prendre en compte ou, en sens inverse, de tenir compte de certains intérêts qui n'avaient pas été prévus⁴³. Il faut ensuite classer les intérêts selon un degré d'importance *a priori*, les hiérarchiser en s'inspirant, par exemple, des critères développés plus haut en relation avec la pesée d'intérêts en général.⁴⁴

Ayant fait cela, on pourra se demander quel est le degré de l'atteinte causée à chacun de ces intérêts par l'édiction de la norme du cas particulier⁴⁵. Autrement dit, la pesée au sens stricte du terme se fera selon l'importance accordée *a priori* à l'intérêt en relation avec l'atteinte effectivement réalisée par la décision.

Un dernier critère qui nous paraît utile est le recours à des références sociologiques, c'est-à-dire, dans le schéma que nous avons présenté plus haut, de faire un saut en arrière et de voir, s'il cela possible, quels sont les désirs de la société, comment ils sont articulés, comment le sens du juste de la société les a agencés ; en bref, on va se demander quelle est *l'idée de justice*⁴⁶ de la communauté intéressée par la décision.

En synthèse

Retenons en synthèse trois adjectifs : ubiquitaire, étrange et comparable.

Ubiquitaire, c'est l'intérêt dans la confection des normes juridiques, puisque ce processus appelle des pesées d'intérêts, que ce soit pour les lois – principes ou règles –, ou pour les règles des cas particuliers.

Étrange, c'est l'intérêt par sa connexion avec la réalité des faits, inévitable retour du refoulé.

⁴² Voir par exemple J.-F. Perrin, *Sociologie empirique du droit*, *op. cit.*, p. 55 et seq.

⁴³ Si tant est que l'on considère que l'impératif de justice est aussi important que l'impératif de la légalité.

⁴⁴ Cela va *grosso modo* dans le même sens que l'exigence de « pondération des intérêts » dont Ch.-A. Morand fait une exigence lors de la pesée des intérêts, *Pesée d'intérêts et décisions complexes*, *op. cit.*, pp. 69 et seq. et *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, *op. cit.*, pp. 65 et seq.

⁴⁵ En effet, dans l'optique que nous défendons, qui est que l'élaboration de la norme du cas d'espèce est (tout comme l'élaboration d'une loi) un acte politique et donc une *gestion de désirs* (traduits dans le premier des cas en intérêts), il y a, en présence d'intérêts antagonistes, toujours certains désirs (intérêts) qui seront atteints, respectivement protégés au détriment de certains autres.

⁴⁶ Voir J.-F. Perrin, *Sociologie empirique du droit*, *op. cit.*, p. 30 : « un rapport de droit est *juste* lorsqu'il est établi conformément à une règle qui attribue à chacun ce qui lui est dû (*suum cuique tribuere*) ».

Comparables, ce sont les méthodologies des producteurs de droit car, tout comme l'acte politique du législateur est une gestion de désirs sociaux (préalablement sélectionnés par le tamis de normes psychologiques et sociales), l'acte politique du juge lors de l'édition des règles des cas particuliers est une gestion des désirs retenus (considérés comme légitimes) par le système juridique.

Comparables, ce sont aussi les activités des juges en cas d'application de principes et de règles, la différence essentielle résidant dans l'étendue du pouvoir d'appréciation – c'est-à-dire la marge de la pesée d'intérêt qu'il peut exploiter en respectant le principe de la légalité.

Puisque l'intérêt et sa pesée sont ubiquitaire, il doit être possible de trouver des éléments utiles à une méthodologie de la pesée des intérêts en cas d'application de principes dans d'autres méthodologies de pesée d'intérêts mieux établis. Puisque l'intérêt est en étrange connexion avec la réalité des faits, il doit être possible de découvrir des éléments utiles dans l'analyse de cette réalité. Puisque les méthodologies des producteurs de lois et de décisions de cas d'espèces sont comparables et puisque les activités des juges en cas de principes ou de règles sont comparables, il doit être possible de dégager des éléments utiles à notre cas de la production des lois et de l'application des règles.

De l'application des règles, nous avons retenu l'idée que les théories de l'interprétation peuvent servir à restreindre la marge de manœuvre du juge lors de l'application de principe, sans pour autant apporter la solution, qui n'est jamais unique. De la production des lois, nous avons retenu un principe éthique relatif à la reproductibilité des décisions et l'intérêt poursuivi. De la connexion avec la réalité, nous avons retenu l'idée d'un renvoi à l'idée de justice dans le groupe intéressé.