

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 94 (1975)

Artikel: La qualité pour recourir : clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral

Autor: Macheret, Augustin

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896235>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

AUGUSTIN MACHERET

La qualité pour recourir : clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral

Qui a qualité pour recourir obtiendra, toutes autres conditions de recevabilité réunies, l'examen matériel de ses conclusions. Qui ne l'a pas, essuiera une fin de non-recevoir. Tel est l'enjeu de la question qui fait l'objet de cette étude.

N'y a-t-il pas quelque cynisme, dira-t-on peut-être, à vouloir rendre hommage à notre Tribunal fédéral centenaire, au travers d'une notion qui par-dessus toutes, lui a été cause d'embarras ? La qualité pour recourir est en effet l'une de ces institutions dont les processualistes sont unanimes à reconnaître tout à la fois l'importance fondamentale et l'ambiguïté. Commune aux droits judiciaires privé et public, aux ordres juridiques interne et international, elle y prend des acceptions diverses, souvent réfractaires à toute interprétation linéaire. Ainsi qu'a pu l'écrire le Doyen GEORGES VEDEL «... rien n'est plus difficile à définir que la notion d'intérêt à agir ; il faut même douter que l'on puisse en donner une formule entièrement rationnelle»¹. Avec un aveu de résignation, RAYMOND ODENT remarque de son côté que «toute tentative de synthèse jurisprudentielle est vouée à l'échec, tant les solutions sont fluides lorsqu'il s'agit de déterminer la qualité de l'intérêt rendant le recours recevable. On ne peut qu'énumérer les principales matières donnant lieu à recours et indiquer pour chacune d'elles le sens des solutions adoptées»². Ces réflexions concernent, il est vrai, l'intérêt à former le recours français pour excès de pouvoir, qualité dont la

¹ GEORGES VEDEL, *Droit administratif*, Thémis, P.U.F., 5^e édit., Paris 1973, pp. 563 à 564.

² RAYMOND ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, Paris 1970/71, fasc. V, p. 1291.

détermination est de droit purement prétorien. N'en déplaise aux faiseurs de systèmes, elles nous paraissent s'appliquer aussi dans une certaine mesure à la jurisprudence des articles 88 et 103 de la loi fédérale d'organisation judiciaire des 16 décembre 1943/20 décembre 1968³. Il appartenait donc au destin même du juge fédéral d'avoir à peiner sur la question de savoir qui peut accéder à son prétoire. A cette question essentielle, il s'est efforcé – sans y parvenir toujours – de donner une réponse cohérente. Dans le cadre de définitions légales, à maints égards plus contrariantes que secourables, il a développé une politique jurisprudentielle soucieuse d'équilibre et progressivement libérale. Cet effort a connu certes des temps d'arrêt et de recul qui l'exposèrent parfois au grief d'«*überspitzter Formalismus*». Il n'a certes pas affranchi le plaideur de ses incertitudes, non plus que les auteurs de toutes leurs insatisfactions légitimes. Il ne compte pas moins parmi les traits les plus indicatifs d'une évolution marquée par un relatif déclin des conditions de recevabilité et par l'extension de la protection juridictionnelle de droit public⁴. C'est dire que la qualité pour recourir a valeur de «concept opérationnel» dans l'étude de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral.

Sans originalité, mais par souci de clarté, on la situera tout d'abord dans un *contexte général* : celui du recours de droit public et du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, dont elle exprime à souhait l'individualisme (I). Après quelques considérations sur les *éléments constitutifs* (II), on traitera de *la qualité pour recourir des personnes privées* (III); *du recours corporatif* (IV) et enfin de *la qualité des personnes de droit public et des autorités* (V).

Il nous sera donné de conclure au caractère inachevé de cette institution.

³ Recueil systématique du droit fédéral (RS) 173.110; Recueil des lois fédérales (RO) 1969, pp. 787 ss.

⁴ Cf. Message du Conseil fédéral (MCF) à l'Assemblée fédérale relatif à une modification de l'organisation judiciaire fédérale (Réorganisation de la Cour de droit public et de droit administratif du Tribunal fédéral), du 22 mai 1974, Feuille fédérale (FF) I, pp. 1873 ss.

I. Individualisme et vertus communautaires devant le Tribunal fédéral

Comme condition de recevabilité, la qualité pour recourir n'a pas a priori bonne réputation. D'aucuns seront tentés de la ravalier au niveau des artifices imaginés par «économie de procédure», à seule fin de prévenir l'encombrement de l'instance. C'est effectivement l'une de ses fonctions, ou mieux l'un de ses effets utiles. Dans son état de surcharge permanente, la Cour de droit public et de droit administratif du Tribunal fédéral ne saurait y être indifférente. De son côté, l'intitulé de notre étude n'en fait-il pas une clef, au sens presque littéral du mot? A la réflexion, la qualité pour recourir est plus que simple procédé technique.

1. La qualité pour recourir: reflet des finalités juridictionnelles

Dans le contentieux sur recours – le seul pris en considération par cet exposé de droit public –, la qualité constitue bien un concept de droit procédural⁵. Sa détermination ne conduit pas – ne devrait pas conduire – à l'examen du mérite du recours au fond⁶. Le rappel de cette vérité première est bien pour satisfaire, s'il en est encore, les esprits ségrégationnistes qui ne se seraient pas encore

⁵ Dans l'action de droit administratif (art. 116 ss., 130 ss. OJF), où les parties s'affrontent dans les rôles de demandeur et de défendeur (Kläger – Beklagte), la qualité (Sachlegitimation) ressortit, sauf cas exceptionnels, au fond du litige. Elle se confond ainsi avec la question de savoir qui est sujet actif et passif de la prétention en cause. Légitimation active et passive sont donc, comme dans le procès civil, des questions de droit matériel dont dépend l'admission ou le rejet de l'action. Cf. FRITZ GYGI, *Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund*, Grundriß und Textausgabe, 2^e édit., Berne 1974, pp. 88 ss.; MAX GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, Zurich 1958, pp. 173 ss., 252 ss.; JEAN-CLAUDE HEFTI, *De la qualité pour recourir dans la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral*, Thèse, Lausanne 1958, p. 30.

⁶ Avec W. BIRCHMEIER, on peut admettre, au plus, que le refus de la qualité pour recourir équivaut à «materielle Abweisung a limine»: *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943*, Zurich 1950, p. 358.

aperçus de l'interdépendance étroite du droit formel et des principes matériels du droit.

Le recourant disqualifié, pourra bien ne voir dans l'article 88 ou 103 OJF qu'une fiction, un piège de plus dans ce que le bon usage appelle le «maquis de la procédure». Il reste que sa disqualification aura été, sauf mauvaise application de la loi, l'aboutissement d'un jugement de valeur, variable selon les circonstances. Au gré des exigences posées par le législateur ou la jurisprudence, ce jugement aura gravité autour de notions qui n'ont assurément rien de subalterne : celles de lésion, de droit, d'intérêt juridiquement protégé ou celle d'intérêt digne de la considération du juge. La détermination de la qualité pour recourir acquiert ainsi une dimension philosophique et sociologique. N'a-t-elle d'ailleurs pas occupé une place de choix dans la fameuse querelle, toujours renaissante, des droits publics subjectifs⁷ ? Elle est aussi question de déontologie judiciaire. Dans ce sens, la seule crainte de voir l'instance envahie de certains recours ne saurait, dans un Etat de droit et de démocratie libérale, justifier d'une appréciation rigoureuse de la qualité pour recourir⁸.

Souvent aussi complexe que peut l'être l'appréciation du bien-fondé, celle de la qualité pour recourir est ainsi déterminée plus ou moins étroitement par une définition générale. Ainsi qu'il apparaîtra tout au long de cette étude, cette définition est fonction des finalités reconnues par le constituant, le législateur et le juge aux diverses voies de droit ouvertes au recourant.

⁷ Cf. JEAN HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J. Paris 1971, pp. 50 ss. L'auteur y rappelle les principales thèses en présence.

⁸ Soucieuse sans doute de ne pas succomber à cette solution de facilité, la Cour de droit public et de droit administratif paraît souhaiter résoudre le problème de son encombrement par des mesures de réorganisation : MCF relatif à une modification de l'organisation judiciaire fédérale, pp. 1839 ss. On notera que le Conseil fédéral, lui aussi submergé de recours, a déjà pris une mesure concrète de rationalisation : la création d'un service central des recours au Conseil fédéral, rattaché au Département fédéral de justice et police (DFJP). A ce sujet, cf. Décision du Chef du DFJP concernant l'organisation de la Division fédérale de justice, du 1^{er} mai 1974, art. 3 ch. 3 et art. 16 ; Instructions N° 3/1974 du Directeur de la Division fédérale de justice concernant l'organisation du Service central des recours, du 24 avril 1974.

Soit une voie de recours conçue et instituée pour assurer le plein respect de l'ordre constitutionnel ou celui de la légalité administrative: «quivis ex populo» pourra en principe, l'emprunter, pour dénoncer dans l'intérêt général toute infraction parvenue à sa connaissance. A la condition d'avoir la capacité d'être partie, quiconque aura accès à ce moyen, à seule fin de venger la loi objective méconnue. C'est le principe de l'«action populaire». Instauré de façon générale et à l'état pur, celui-ci fournit l'exemple d'un régime juridictionnel d'esprit véritablement démocratique et communautaire. Sans trop compter avec la malice, les passions, voire la perversité de certains plaideurs, il les met tous au bénéfice d'un certificat de civisme et d'altruisme. Négligeant les risques d'inhibition du fonctionnaire et de submersion du juge, il rend tout un chacun responsable de la pleine réalisation de l'Etat de droit⁹.

Mais imaginons que, prévenu contre le «désintéressement» des redresseurs de tort, l'Etat n'ouvre une voie juridictionnelle qu'aux seules personnes auxquelles un acte d'autorité fait effectivement et directement «grief»: le cercle des recourants potentiels s'en trouvera nécessairement limité. Dans cette éventualité, le juge devra rechercher, à travers les exigences de la qualité, un élément d'individualisation. A la limite de sa sévérité, ce second système

⁹ A vrai dire, le problème de la qualité pour recourir ne se pose plus guère dans le système de l'«actio popularis». Quiconque a capacité d'être partie et d'ester en justice, peut en appeler au juge, sous la seule réserve supplémentaire d'appartenir à la communauté juridique en cause.

Sur les inconvénients de ce système, voir: K.-A. BETTERMANN, Über die Legitimation zur Anfechtung von Verwaltungsakten, in: «Der Staat als Aufgabe», Gedenkschrift für Max Imboden, Bâle/Stuttgart 1972, pp. 40 ss. Cet auteur s'exprime notamment en ces termes: «Gewichtiger ist die Rechtsunsicherheit, die durch die Popularanfechtbarkeit zwangsläufig entsteht. Die Anfechtung muß aus Gründen der Rechtssicherheit befristet sein: nicht nur die verfügende Behörde, sondern auch der vom Verwaltungsakt belastete oder begünstigte Bürger will und muß wissen, ob der Verwaltungsakt Bestand hat. Andererseits kann die Anfechtungsfrist erst nach – tatsächlicher oder möglicher – Kenntnisnahme der Verwaltungsakten laufen. Wie aber soll quivis ex populo diese Kenntnis erhalten? Eine kurze und absolute, d.h. kenntnisunabhängige Befristung macht die Anfechtungsbefugnis des Populars illusorisch – eine lange, relative oder gar fehlende Befristung macht sie unerträglich.»

exprimera une vision «atomistique» de la société¹⁰ où chaque individu serait plus enclin à défendre égoïstement ses intérêts propres qu'à se soucier de l'intérêt général. S'entend que la défense de celui-ci n'est pas son affaire, mais bien celle de l'autorité. Il n'y contribuera qu'indirectement, à chaque fois qu'il donne occasion au juge de sanctionner à son profit une violation des principes juridiques en vigueur.

Entre ces deux options extrêmes, peuvent certainement trouver place des solutions de compromis les plus variées. Ainsi, par la consécration de l'action populaire pour certaines catégories de litiges. Quoi qu'il en soit de la sagesse des orientations convenues, on voit que la qualité pour recourir est déterminée par les finalités d'une voie juridictionnelle donnée. Informée par ces dernières au stade de sa définition générale (largement acquise par accumulation jurisprudentielle), elle les réfléchit à son tour au niveau du cas d'espèce. Puisqu'il lui incombe de distribuer les rôles dans la réalisation de l'Etat de droit, pourquoi ne pas lui reconnaître aussi, en définitive, une certaine valeur institutionnelle? Mais sachons proportions garder: tout cela n'en fait pour autant la «clef de voûte» d'un ordre juridictionnel!

2. Réflexions sur les finalités du recours de droit public

Il n'est pas contesté que ce recours est destiné aux particuliers et groupements de droit privé contre le détenteur de la puissance publique¹¹. A teneur de l'article 113 ch. 1 al. 3 de la Constitution fédérale (Cst) qui en est le fondement et de l'article 84 al. 1 lit. a

¹⁰ Cf. PIERRE DUCLOS, L'évolution des rapports politiques depuis 1750 (Liberté – Intégration – Unité), Bibliothèque de la science politique, P.U.F., p. 30.

¹¹ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, II, n° 1693, p. 608; CLAUDE BONNARD, Problèmes relatifs au recours de droit public, RDS 81 II, 1962, p. 387; DU MÊME AUTEUR: Essai sur l'objet de la lésion au sens de l'article 88 OJF dans le recours de droit public pour violation d'un droit constitutionnel, RDS 78, 1959, pp. 289 ss.; HANS MARTI, Die Staatsrechtliche Beschwerde, 2^e édit., Bâle/Stuttgart 1971, pp. 19 ss.; HEFTI, op. cit. (note 5), pp. 14 ss., 55 ss.

OJF qui en est le principal cas d'ouverture, il leur offre protection contre tout acte cantonal de souveraineté portant atteinte à leurs droits constitutionnels¹².

Cette option fondamentale se justifie par la préoccupation légitime de défendre le particulier contre les excès du pouvoir cantonal. Le plus faible contre le plus fort. Nourrie à la tradition de lutte contre l'absolutisme, elle témoigne bien aussi d'une certaine méfiance à l'endroit de l'Etat. Mais il y a plus. Cette volonté de limiter le recours de droit public au seul contentieux subjectif de la constitutionnalité traduit aussi une préoccupation de l'ordre fédéraliste. Juridiction suprême de l'Etat central, le Tribunal fédéral ne pouvait être admis à intervenir de façon trop incisive, au nom d'un ordre constitutionnel objectif, dans la vie juridique et politique des cantons. De par la conjonction de ces divers facteurs, la voie de recours de droit public ne pouvait qu'être orientée à des fins individuelles.

Ainsi conçues, les finalités du recours de droit public allaient nécessairement inspirer une définition restrictive de la qualité pour

¹² L'OJF restreint en effet l'objet du recours de droit public aux actes de souveraineté des cantons. La notion de «décision ou arrêté cantonal» figurant à l'art. 84 OJF recouvre cependant aussi les actes étatiques d'organes intercantonaux, régionaux et communaux. Cette limitation aux actes de droit cantonal n'était nullement postulée par l'art. 113 ch. 1 al. 3 Cst. Sur ce point, cf. ANDRÉ PANCHAUD, Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité du droit fédéral, RDS 69, 1950, pp. 61 a ss., 85 a ss.

Depuis longtemps revendiquée en doctrine, l'extension de la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral aux décisions et ordonnances rendues par le Conseil fédéral (ou ses organes subordonnés), a en partie – mais pas totalement – perdu son intérêt du jour où, le 20 décembre 1968, le Tribunal fédéral a acquis la qualité de juge administratif de droit commun. L'idée n'en a pas été retenue par l'Avant-projet (6 juin 1972) de la Commission d'experts chargée de reviser certaines dispositions concernant le recours de droit public. Elle est en revanche formulée par les *Documents de travail* publiés par la Commission pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale: Document n° 1, ch. 3.4.4., Document n° 3, art. 70.

Infiniment plus délicate est la question de savoir si et selon quelles modalités doit être institué le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales au sens formel. Arguments «pro et contra» et modèles sont exposés dans le *Rapport final* du Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale, Berne 1973, pp. 454 ss.

recourir. Sans en retracer la genèse¹³, nous rappelons qu'aux termes de l'article 88 OJF «ont qualité pour recourir les particuliers ou les collectivités lésés par des arrêtés ou des décisions qui les concernent personnellement ou qui ont une portée générale». Doctrine et pratique ont amplement relevé que, dans sa version française, cette disposition diverge des textes allemand et italien sur un point essentiel. Ces derniers recourent en effet aux expressions de «*Rechtsverletzungen*» et «*lesi nei loro diritti*»; la définition qui en résulte doit être tenue pour la plus exacte. C'est bien ainsi qu'en a jugé le Tribunal fédéral dans une jurisprudence dont voici l'expression actuelle: «peut ... former un recours de droit public pour violation des droits constitutionnels des citoyens au sens de l'art. 84 OJF celui qui est lésé dans sa situation juridique, autrement dit, qui peut faire valoir un intérêt juridiquement protégé. La voie de recours de droit public n'est pas ouverte pour la protection de simples intérêts de fait ou pour la sauvegarde d'intérêts publics généraux»¹⁴.

L'affirmation des tendances individualistes du recours de droit public appelle cependant *précisions et tempéraments*.

Tout d'abord, il convient de distinguer selon qu'il se dirige contre un arrêté, par la voie du recours direct ou, au contraire, contre une décision. On sait en effet que le justiciable qui entend se prévaloir de l'inconstitutionnalité d'une disposition de portée générale peut interjeter un recours de droit public contre la disposition elle-même, dans le délai de trente jours dès sa promulgation, soit aussi contre une décision appliquant cette disposition à un cas d'espèce, dans le délai de trente jours dès notification. Dans le premier cas,

Ces diverses innovations, à supposer qu'elles se réalisent, seront autant de facteurs de multiplication de la tâche de notre Cour suprême. Elles exigeront certainement une réorganisation profonde de cette dernière.

¹³ A ce propos, cf. BIRCHMEIER, op.cit. (note 6), pp. 357 ss.; HEFTI, op.cit. (note 5), pp. 78 ss.

¹⁴ ATF 98 Ia 653 ss. = JdT 1974 I 632. Voir également parmi les arrêts récents: ATF 99 Ia 592 cons. 2; 99 Ia 247 ss. = JdT 1974 I 208 ss.; 98 Ia 1 ss., 649 ss. = JdT 1974 I 98 ss., 612 ss. (refus de renouvellement d'une autorisation de séjour).

il pourra conclure à l'annulation de la norme législative elle-même ; dans le second, à celle seulement de l'acte d'application¹⁵.

*Lorsque la loi est en procès direct*¹⁶, il importe de le souligner, la qualité pour recourir se détermine à l'intérieur d'un cercle fort étendu. Preuve en est, par exemple, l'arrêt du 24 janvier 1973 suscité par une loi vaudoise «sur la taxe en raison de l'utilisation des pneus à clous». Celle-ci atteignait certes les détenteurs de véhicules à moteur immatriculés dans le canton de Vaud dans leurs intérêts juridiquement protégés, soit dans leur droit à ne pas être frappés de taxes inconstitutionnelles. Mais en tant que norme de portée générale, elle aurait pu être attaquée, de jurisprudence constante, «même par un habitant du canton qui ne serait momentanément pas détenteur d'une voiture automobile légère, mais qui pourrait le devenir et tomber un jour sous le coup de la loi»¹⁷. Confirmée maintes fois depuis lors¹⁸, cette jurisprudence selon laquelle la loi dont se plaint le recourant ne doit pas nécessairement lui être actuellement applicable, rapproche sensiblement la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral d'un contrôle objectif de la constitutionnalité.

Le recours en matière de droits politiques marque une tendance plus communautaire encore, et ce sans égard à la distinction entre arrêté et décision. Dans le cas particulier de l'article 85 lit. a OJF en effet, il suffit d'avoir qualité de citoyen actif du canton ou de

¹⁵ ATF 100 Ia 173 ; 100 Ia 65.

¹⁶ Toutes normes législatives de droit cantonal y sont exposées, à l'exception des normes constitutionnelles, le Tribunal fédéral s'estimant lié à leur sujet par la garantie donnée par l'Assemblée fédérale conformément à l'article 5 Cst : ATF 89 I 392 cons. 2 à 4. Cet arrêt laisse cependant entrevoir qu'un changement de jurisprudence ne serait pas exclu lors de l'examen de dispositions constitutionnelles cantonales, dans un cas d'espèce.

¹⁷ ATF 99 Ia 236 ss.

¹⁸ ATF 99 Ia 262 ss. (recours contre le règlement des prisons zurichoises) ; 100 Ia 41 ss. (recours contre un règlement sur la navigation dans le lac de Sempach) ; 100 Ia 99 ss. (recours contre un règlement genevois fixant le statut des fonctionnaires) ; 99 Ia 394 ss. (recours contre une loi de Bâle-Ville sur les taxis) ; 99 Ia 638 ss. (recours contre la «Reichtumsteuergesetz» édictée le 3 décembre 1972 dans le canton de Bâle-Campagne).

la commune¹⁹, pour invoquer l'une ou l'autre violation des droits en matière d'élections et de votations: soustraction d'un objet au referendum populaire, refus de donner suite à une demande de referendum²⁰, annulation d'une initiative populaire ou soumission au vote d'une initiative irrecevable²¹, entrave à la cueillette de signatures²², violation diverses des droits électoraux, etc. Le citoyen actif invoquera à bon droit chacun de ces griefs, «même s'il n'a pas un intérêt personnel à l'annulation de la décision attaquée»²³. Qualité lui est accordée sur la base d'un critère purement formel. Selon la jurisprudence la plus représentative du Tribunal fédéral, elle-même reprise dès 1912 du Conseil fédéral, la qualité pour recourir s'apprécie en ces cas par seule référence à l'article 85 lit. a OJF, à l'exclusion de l'article 88 OJF. Il s'ensuit que le recourant n'a pas à être lésé dans ses intérêts juridiquement protégés²⁴, sauf à penser que cette condition soit tenue pour acquise du seul fait qu'il est citoyen actif. Comment ne pas reconnaître dès lors dans l'important recours de l'article 85 lit. a OJF, «neben einem Individualrecht gleichzeitig auch eine Organkompetenz...»²⁵. Qui le met en œuvre exerce certainement une fonction publique, en la qualité de micro-organe de l'Etat. Nous serions tenté d'en dire presque autant du recourant qui lutte pour le respect

¹⁹ Par «élections et votations cantonales» au sens de l'art. 85 lit. a OJF, il faut entendre également les élections et votations communales: ATF 98 Ia 64 = JdT 1974 I 29; ATF 89 I 85 et 411 = JdT 1964 I 17 et 308.

²⁰ ATF 99 Ia 191, 201, 211; 98 Ia 105 = JdT 1974 I 126; 89 I 260 = JdT 1964 I 199.

²¹ ATF 99 Ia 728; Zbl. 75, 1974, pp. 358 ss.

²² ATF 97 I 893 ss.

²³ ATF 98 Ia 105 ss. = JdT 1974 I 126.

²⁴ Le TF s'est exprimé sur ce point de droit avec toute la netteté souhaitable dans l'arrêt rendu le 25 septembre 1973 au sujet de l'initiative populaire «gegen das Zürcher Expreßstraßen-Ypsilon»: ATF 99 Ia 724 ss. Cet arrêt de principe infirme la jurisprudence développée occasionnellement en sens contraire: ATF 98 Ia 64 = JdT 1974 I 29; 91 I 193 = JdT 1966 I 122.

²⁵ ATF 99 I 724 ss., 730; Z. GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, Zurich 1941, pp. 183 ss.; DU MÊME AUTEUR: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, Zurich 1933, p. 58; EMIL KIRCHHOFER, Über die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs, RDS 55, 1936, pp. 161 ss.

de certaines garanties institutionnelles, celles en particulier de la séparation des pouvoirs et de la force dérogatoire du droit fédéral.

Dans cet ordre d'idées, il faut aussi mettre en évidence le rôle joué par les acteurs du recours de droit public, recourants et juges, dans la progression vers l'Etat de droit. Ce recours fut et demeure le terrain propice à la concrétisation et à l'institutionnalisation de libertés conçues négativement et de façon fort abstraite par le constituant de 1848/1874²⁶; à la définition de droits constitutionnels non écrits, dont la liberté personnelle, la liberté d'expression, la liberté de langue²⁷; à la sanction de l'arbitraire, sous les formes les plus variées²⁸; à l'élaboration enfin des grands principes de l'activité étatique que sont l'intérêt public, la légalité, l'égalité, la proportionnalité, la subsidiarité, la bonne foi et la non-rétroactivité²⁹. Par riche sédimentation jurisprudentielle, s'est ainsi déjà formé un corps de droits et de préceptes sur lequel se réalise insensiblement et par des voies diverses l'unité du droit public suisse. Ces observations ne sont certes pas de nature à infirmer le caractère individuel et subjectif du recours de droit public. Elles se situent à un plan différent, à celui de l'appréciation de son *apport normatif*. Les ayant faites, le juriste ne peut cependant plus se contenter de souligner l'individualisme de ce moyen, sans en relever aussi les évidents mérites dans la construction de l'Etat de droit. Puisse-t-il en résulter encore l'affirmation plus généreuse du contenu positif de certaines libertés³⁰.

²⁶ Sur l'évolution des droits fondamentaux en Suisse, cf. PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 2^e édit., Berne 1975.

²⁷ ATF 99 Ia 266; 96 I 107; 219 = JdT 1971 I 74; 91 I 119, 485; 90 I 34; 89 I 98; 87 I 117. Cf. CHARLES-ALBERT MORAND, *Tendances récentes dans le domaine de la liberté d'expression*, in: *Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève*, Douzième Journée Juridique 1972, Genève 1973, pp. 31 ss.

²⁸ Sur recours pris de l'art. 4 Cst., aux conditions de l'art. 87 OJF.

²⁹ ANDRÉ GRISEL, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel 1970, pp. 160 ss.; Z. GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich 1960, pp. 226 ss.; HANS-RUDOLF SCHWARZENBACH, *Grundriß des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 6^e édit., Berne 1975, pp. 71 ss.

³⁰ En sens opposé: ATF 98 Ia 367 ss. (*Studentenschaft der Universität Zürich*); ATF 97 I 896 ss. (*Dame Küpfer*). Pour une critique de la conception purement défensive des droits individuels, cf. les intéressantes réflexions de MORAND, *op. cit.* (note 27), pp. 35 ss. et celles de SALADIN, *op. cit.* (note 26), pp. 292 ss.

Du principe selon lequel le recours de droit public ne s'ouvre qu'aux particuliers et groupements privés, il devrait résulter qu'il est totalement fermé aux personnes de droit public. A moins que celles-ci ne soient atteintes en la qualité de sujet de droit privé. Une brèche de taille a été ouverte dans la logique de ce système en faveur de la commune blessée dans son autonomie ou dont l'existence ou une partie essentielle de son territoire est mise en cause³¹. Quelques pas supplémentaires ont été franchis dans la même direction au profit d'autres entités de droit public³². Sans nullement résoudre la pressante question de la protection juridictionnelle des personnes de droit public, ces dérogations apportent *un surplus de «communitarisme»* au recours de droit public. Il en va de même de la qualité pour recourir reconnue aux partis politiques et associations diverses et dans certains cas de la qualité concédée aux tiers.

Au total, cette voie de droit sert l'intérêt individuel avant l'intérêt public, si tant est qu'ils soient en contradiction. Elle assume directement la garantie des droits constitutionnels et médiatement celle du droit constitutionnel. Cette conclusion générale trouve appui dans *d'autres règles de fonctionnement*, ainsi dans la délimitation de la *cognitio* du juge du recours de droit public. Si ce dernier interprète en principe librement les normes constitutionnelles, fédérales et cantonales, il ne revoit, en revanche, sauf cas d'atteinte particulièrement grave aux droits individuels, que sous l'angle de l'arbitraire l'application des dispositions légales et réglementaires. Cette restriction du pouvoir d'examen est liée au caractère subsidiaire du recours de droit public (art. 86 OJF). Elle s'explique aussi par les égards dus à l'autonomie cantonale et par des motifs d'économie de procédure³³. Cela étant, le recours de droit public est impropre à assurer la réalisation intégrale d'un ordre constitutionnel. Cette remarque s'applique avec plus d'évi-

³¹ ATF 96 I 369 ss. = JdT 1972 I 98 ss.; ATF 94 I 542 ss.; 93 I 154 ss. = JdT 1968 I 258 ss.

³² ATF 95 I 43 ss. = JdT 1970 I 109 ss.; ATF 88 I 107 ss. = JdT 1962 I 597 ss.

³³ HANS MARTI, *op.cit.* (note 11), pp. 140 ss.; AUBERT, *Traité*, II, n^{os} 1715 ss., pp. 615 ss.

dence encore à la restriction dérivée de la règle de l'épuisement des instances cantonales, selon laquelle le Tribunal fédéral ne se saisit que des griefs qui ont été invoqués par le recourant. Inconciliable avec l'adage «jura novit curia», cette solution laissera, cas échéant, incorrigées certaines atteintes aux droits constitutionnels. Fort heureusement, cette restriction n'est pas strictement appliquée. Le juge fédéral se prononce en tout état de cause sur la violation des droits inaliénables et imprescriptibles et tend à admettre, par voie d'interprétation, des griefs non expressément formulés dans le mémoire du recourant³⁴.

D'autres indications pourraient encore venir confirmer ou infléchir les caractères subjectif et individuel du recours de droit public. Les quelques illustrations choisies suffisent cependant à notre propos³⁵.

3. Le caractère hybride du recours de droit administratif

Dans le recours de droit administratif né le 11 juin 1928³⁶ et régénéré le 20 décembre 1968³⁷, on retrouve plusieurs traits de son aîné, le recours de droit public. Il en a de même réduit le champ d'application, dans toute la mesure où la récente extension de la juridiction administrative du Tribunal fédéral a porté sur des décisions cantonales de dernière instance prises en application du droit public fédéral (art. 84 al. 2, 86, 97, 98 lit. g OJF). Ce phénomène

³⁴ ATF 99 Ia 317, 344. Cf. ANDRÉ GRISEL, Juridiction constitutionnelle de demain, Zbl 72, 1971, pp. 213 ss.

³⁵ Sur les recours pour violation des concordats et traités internationaux et les autres recours accessoires, cf. MARTI, op. cit., pp. 32 ss.

³⁶ Dans le cadre de la LF du 11 juin 1928 sur la juridiction administrative et disciplinaire (J.A.D.), incorporée par la suite sans changements essentiels dans la loi d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943. Cette loi était destinée à appliquer l'art. 114^{bis} Cst, adopté par le peuple et les cantons le 25 octobre 1914.

³⁷ Par la LF du 20 décembre 1968 modifiant la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943. Sur les traits essentiels de cette réforme, cf. GRISEL, Droit administratif suisse, pp. 494 ss.; AUGUSTIN MACHERET, La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, RDAF 1974, pp. 5 ss.

de substitution ira s'accroissant, au fur et à mesure de la fédéralisation du droit public.

Dès l'origine, la juridiction administrative du Tribunal fédéral, voire la juridiction administrative fédérale dans son ensemble s'est vu assigner *un triple objectif*: a) la protection de l'administré dans ses rapports gravement inégalitaires avec les pouvoirs publics; b) la garantie d'une activité administrative conforme au droit et c) le développement du droit et de la science du droit administratif³⁸. La vie administrative n'a pas manqué de démontrer l'importance de chacune de ces missions.

Dans un système d'administration toujours plus dense et de style généralement autoritaire, la nécessité de pourvoir le citoyen d'un juge indépendant ne se discute plus. A l'égal du recours de droit public, le recours de droit administratif a donc pour fonction primordiale la protection des particuliers. Néanmoins, sous ce rapport déjà, plusieurs différences les séparent, qu'il conviendra de relever.

L'introduction d'une clause générale de compétence en faveur de la juridiction administrative et disciplinaire du Tribunal fédéral a constitué l'élément le plus fondamental de la réforme du 20 décembre 1968³⁹. Depuis lors, *l'objet du recours de droit administratif* se définit par référence à tout un ensemble de dispositions législatives. «Pris dans un cas d'espèce, se fondant sur le droit public fédéral et modifiant la situation juridique du recourant, l'arrêté attaqué est une décision au sens de l'article 5 LPA. Il peut être porté devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit

³⁸ MCF du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965 II, p. 1302; BIRCHMEIER, op.cit. (note 6), pp. 417/18.

³⁹ Cette clause est exprimée à l'art. 97 al. 1 OJF dans les termes suivants: «Le Tribunal fédéral connaît en dernière instance des recours de droit administratif contre des décisions au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative» (LPA).

La compétence générale du Tribunal fédéral des assurances (TFA) résulte de l'article 128 OJF.

Il est rappelé que la LPA a également été adoptée le 20 décembre 1968 et tout comme la nouvelle modifiant l'organisation judiciaire, est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1969; R.S. 172.021.

administratif (art. 97 OJF), puisqu'il émane d'une autorité cantonale statuant en dernière instance (art. 98 lettre g OJ), qu'il ne peut faire l'objet d'un recours préalable à une autorité fédérale (art. 98 lettres b à f OJ) et qu'aucune des exceptions des art. 99 à 102 OJ n'y fait obstacle.»⁴⁰ Tel est le raisonnement selon lequel le Tribunal fédéral doit statuer sur la recevabilité du recours de droit administratif *ratione materiae*. Devenu rituel, il se heurte parfois aussi à d'âpres difficultés. De sérieux doutes surgissent de temps à autre sur la question de savoir si une mesure revêt le caractère d'une *décision*⁴¹. Dans l'affirmative, le caractère de *droit public* n'en sera pas toujours évident et postulera la savante pondération des indices en présence⁴². Mais encore faudra-t-il que cette décision

⁴⁰ ATF 99 Ib 300; autres exemples: ATF 100 Ib 3; 99 Ib 378.

⁴¹ L'intervention étatique peut ne représenter en effet qu'une simple détermination, insusceptible comme telle de recours; cf. GYGI, op. cit. (note 5), p. 98; GRISEL, Droit administratif suisse, pp. 102, 338, 468; nos remarques dans la RDAF 1974, pp. 16–17, à propos de l'adjudication des marchés publics.

On notera que si le litige entre dans les prévisions des articles 5 al. 3 LPA et 116 OJF (art. 130–131 et 133 pour le TFA), l'administré aura loisir, comme aussi la collectivité publique, d'introduire *action de droit administratif*. Cf. GRISEL, Droit administratif suisse, pp. 461, 468, 512 ss., 522; M. PANCHAUD, Les conditions de l'action administrative devant le Tribunal fédéral, Thèse, Lausanne 1965; GYGI, op. cit., pp. 16, 20 ss., 82 ss. ATF 97 I 742; 98 Ib 354; 99 Ib 119, 229.

Fréquemment, le problème se pose aussi de savoir si l'acte incriminé constitue une *mesure rendue «dans un cas d'espèce»*. ATF 99 Ib 51 ss.; 98 Ib 120, 252, 461; 97 I 509 ss.; Zbl 74, 1973, pp. 170 ss. A défaut de décision au sens de l'article 5 LPA, l'art. 71 al. 1 LPA offre la possibilité de dénoncer à l'autorité de surveillance les faits qui appellent dans l'intérêt public une intervention d'office.

⁴² La distinction entre droit public et droit privé s'opère à l'aide des critères usuels (GRISEL, Droit administratif suisse, pp. 44 ss.), mais sans dogmatisme. Prépondérance sera accordée au critère de l'intérêt (ATF 96 I 101, 428), ou à celui de la subordination–coordination (ATF 96 I 409), soit à la théorie fonctionnelle (ATF 99 Ib 120; 97 I 296, 741; 96 I 541), au gré des situations d'espèce. Le Tribunal fédéral se laissera aussi guider par la ratio des articles 97 ss. OJF, dispositions traduisant la volonté législative d'étendre la juridiction administrative: ATF 97 I 271, 96 I 410. On notera cependant que la procédure en changement de nom (art. 30 al. 1 CCS) a été rangée dans la province du droit privé: ATF 96 I 425 = JdT 1971 I 86; 98 I 457. A défaut de disposition semblable à celles de l'article 44 lit. a à c OJF, cette qualification donne ouverture, non pas au recours en réforme, mais au seul recours de droit public (ATF 99 Ia 561 =

soit *fondée sur le droit public fédéral*. Cette condition, elle aussi, recèle maintes incertitudes. Elles tiennent, en particulier, au fait qu'en divers domaines, droit fédéral et droit cantonal ont tendance à s'interpénétrer toujours plus. Cette observation s'applique entre autres au droit de la protection de la nature et du paysage et à celui de l'aménagement du territoire. A cet égard, nous avons décrit ailleurs une intéressante évolution dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il en ressort, en substance, que ce dernier a élargi considérablement, au fil des dernières années, la notion de droit public fédéral⁴³. L'expérience a enfin démontré que l'interprétation des clauses d'exception n'était pas un exercice aisé. Chaque année, elle provoque plus d'une dizaine d'échanges de vues entre le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral (art. 96 al.2 OJF et 73 al.3

JdT 1974 I 325 ss.). Cf. MARTIN BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart 1968; GYGI, op. cit. (note 5), pp. 81 ss.; nos remarques dans la RDAF 1974, pp. 9 ss.

⁴³ La jurisprudence en question s'est développée dans trois directions. *Premièrement*: le Tribunal fédéral considère comme fondées sur le droit public fédéral, les décisions prises en application du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral applicable: ATF 100 Ib 120; 98 V 4, 164; 97 I 193; 96 I 686 ss. = JdT 1972 I 316 ss.; ATF 92 I 71 ss. = JdT 1967 I 112; ATF 84 I 154; l'arrêt du 12 septembre 1974 dans la cause *Gemeinderat von Wetzikon*. *Deuxièmement*: le recours de droit administratif est également ouvert contre les décisions cantonales fondées sur des dispositions cantonales de pure exécution du droit fédéral: ATF 96 I 758 = JdT 1972 I 307 ss.; ATF du 29 janvier 1971, cause *K.*; ATF du 17 septembre 1971, cause *Thiodet*. *Troisièmement*: la notion de décision fondée sur le droit public fédéral a été étendue aux décisions exclusivement fondées sur le droit cantonal de procédure dont l'application a fait obstacle à celle du droit fédéral. Sont ici concernées les décisions cantonales d'irrecevabilité (*Nicht-Eintretens-Verfügungen*): ATF 98 Ib 333 ss.; 99 Ib 394 ss.; 99 V 56 ss.; 99 V 184; ATF du 14 mars 1975 dans la cause *Schweizerische Vereinigung für Heimatschutz c. Oerlikon-Bührle Immobilien AG*; ATF du 29 janvier 1971 dans la cause *K.*; du 8 décembre 1972 dans la cause *Schmid et consorts*; du 10 novembre 1972 dans la cause *Bündner Kraftwerke*; du 1^{er} octobre 1973 dans la cause *Migrol c. Commune de Cressier*. En de tels cas, le Tribunal fédéral définit son pouvoir d'examen de la façon suivante: «Das Bundesgericht prüft allerdings die Anwendung des kantonalen Verfahrensrechtes nicht frei, sondern nach Art. 104 lit. a OG nur auf die Verletzung von Bundesrecht, d.h. in der Regel ausschließlich auf die Verletzung von Art. 4 BV...» (ATF 99 Ib 394. Cf. GYGI, op. cit. (note 5), pp. 27, 84 ss., 138; RDAF 1974, pp. 11 ss.).

LPA)⁴⁴. Il suffit ici de remarquer que, manifestement, le pivot du nouvel ensemble normatif est constitué par l'article 5 LPA suivant lequel «sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce (im Einzelfall)» et déployant l'un des effets de droit décrits dans la suite de cette disposition. Ainsi définie, la notion de décision recouvre celle, usuelle en droit administratif suisse, d'acte administratif⁴⁵. Afin de conférer à la procédure administrative fédérale, contentieuse ou non (art. 1 al. 1, 44, 72, 79 LPA), ainsi qu'à la censure du juge administratif fédéral (art. 97 ss. OJF) une emprise plus vaste, le législateur en a étendu la notion à d'autres catégories d'actes, notamment aux prononcés sur recours (art. 5 al. 2 LPA). Dans ce sens élargi, la notion de décision constitue la plus essentielle des conditions objectives de recevabilité du recours de droit administratif. Elle en détermine l'objet, écartant par là même la possibilité d'un recours direct contre un acte de nature législative⁴⁶. C'est l'un des signes prémonitoires, mais non décisif, de l'orientation concrète et individuelle de cette voie de droit.

L'analyse des *griefs recevables* donne une indication contraire. Aux termes de l'article 104 OJF, le recourant est recevable à invoquer et le Tribunal fédéral à sanctionner, théoriquement avec plein pouvoir d'examen⁴⁷:

- toute violation du droit fédéral, circonstance résultant notamment de ce qu'un «principe consacré expressément par une prescription fédérale ou découlant de ses dispositions n'a pas été appliqué ou a reçu une fausse application, l'appréciation juri-

⁴⁴ MCF relatif à une modification de l'organisation judiciaire fédérale, FF 1974, I, p. 1835; nos remarques dans la RDAF 1974, pp. 20 ss.; sur la portée juridique de l'accord résulté d'un échange de vue: ATF 98 Ia 332.

⁴⁵ Cf. GRISEL, Droit administratif suisse, pp. 191 ss.

⁴⁶ Incidemment, remarquons que le recours ouvert au Conseil fédéral par l'art. 73 al. 1 LPA est recevable non seulement contre des décisions, mais aussi contre les actes législatifs cantonaux.

⁴⁷ Nous disons «théoriquement» pour rendre compte de l'attitude de réserve dans laquelle le Tribunal fédéral confine son contrôle de l'interprétation des notions juridiques imprécises: ATF 98 Ib 216; 97 I 535; 96 I 683; 94 I 135; 93 I 6; 91 I 75; RDAF 1974, pp. 40 ss.

dique erronée d'un fait ... étant assimilée à la violation du droit» (art. 49 OJF);

- la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, sous réserve de l'article 105 al. 2 OJF⁴⁸.

Sauf à se trouver dans l'un des cas exceptionnels prévus ou réservés par l'article 104 lit. c OJF, le Tribunal fédéral ne saurait revoir l'opportunité d'une décision⁴⁹. Un recours peut néanmoins être formé pour excès ou abus du pouvoir d'appréciation (art. 104 lit. a OJF, in fine)⁵⁰. Le juge fédéral se prononce d'office sur chacun de ces griefs, sans se tenir pour lié, comme il estime l'être dans le cadre du recours de droit public, par l'argumentation juridique du recourant (art. 114 al. 1 OJF).

Cet énoncé des motifs invocables démontre que le parallélisme entre les deux recours connaît une autre limite, plus fondamentale. Par le recours de droit public, le particulier attaque un acte législatif, une décision, un jugement, voire un refus de statuer (art. 4 Cst), motif pris de la violation d'un ou plusieurs de ses droits fondamentaux. Savoir si la norme invoquée confère un tel droit ou si ce dernier a rang de droit constitutionnel non écrit, est question d'interprétation. Mais encore, le juge n'entrera en matière que pour autant qu'au moment de la violation prétendue, le recourant ait appartenu au cercle des titulaires agréés⁵¹. Si chacun peut

⁴⁸ Le Tribunal fédéral s'impose également une certaine retenue dans le contrôle des constatations de fait, surtout si elles ont trait à des données techniques ou à des circonstances locales: ATF 98 Ib 30, 216/17, 435 ss.; 96 I 519; 91 I 154; 78 I 469.

⁴⁹ Les décisions prises en opportunité ressortissent principalement au champ de la liberté d'appréciation de l'autorité administrative; soit à celui des «Kann-Vorschriften»: ATF 96 I 369 = JdT 1971 I 194. Le Tribunal fédéral entrevoit également parfois l'existence d'une «liberté d'appréciation» au profit de l'autorité inférieure à propos de certaines notions juridiques imprécises, de nature technique en particulier. Il dit aussi se trouver en certaines occasions à la limite de l'opportunité et du droit, circonstance propre à lui inspirer beaucoup de retenue: ATF 98 Ib 422; 97 I 583 ss., 734; 94 I 127 ss.

Dans la mesure où la décision attaquée concerne l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le TFA peut statuer en opportunité et revoir librement les faits (art. 132 OJF): ATF 98 V 131, 274; 97 V 190.

⁵⁰ ATF 98 V 131; 97 I 583.

⁵¹ Cf. AUBERT, Traité, II, n° 1668, p. 600; HEFTI, op. cit. (note 5), pp. 36 ss.

s'insurger contre l'arbitraire ou l'inégalité de traitement (art. 4 Cst), seuls en revanche les citoyens suisses tirent des droits de l'article 45 Cst, et seule la commune peut invoquer directement son autonomie. Une réponse affirmative à ces questions préjudicielles conduira, la qualité pour recourir étant par ailleurs acquise (art. 88 OJF), à la satisfaction du ou des droits constitutionnels violés. Statuant sur recours de droit administratif, le juge fédéral assume une mission beaucoup plus générale. Sans avoir à se préoccuper de la capacité spéciale du recourant à invoquer un droit donné ou à déduire d'un catalogue, il doit à celui-là protection contre toute atteinte liée, entre autres irrégularités, à la violation du droit fédéral (art. 104 lit. a OJF). Dès lors, sa mission de «protecteur de l'administré» et celle de «gardien de la légalité administrative» ne peuvent guère être dissociées, ni hiérarchisées. Le juge du recours de droit administratif est au service de la loi objective comme et parce qu'il l'est à celui du particulier. Il est associé à l'œuvre de l'administration, dans tous les cas à celle de la Confédération, au cadre institutionnel de laquelle il appartient. En résumé, le recours des articles 97 ss. OJF présente un caractère hybride.

Pas d'intérêt, pas d'action: tel est cependant le principe qui préside à l'ouverture du recours de droit administratif. Il n'est en effet pas une action populaire, ainsi qu'en témoignent les définitions successives de la qualité pour l'emprunter.

Sous l'empire de l'OJF anc., cette définition ne coïncidait pas avec les termes de l'article 88 OJF⁵². L'interprétation qui en fut donnée finit toutefois par correspondre, dans l'ensemble, avec la définition jurisprudentielle acquise en matière constitutionnelle⁵³. Au reste, l'article 103 al. 1 OJF anc. fut responsable d'incessantes

⁵² L'ancien article 103 al. 1 accordait la qualité pour recourir à celui qui était intéressé, comme partie, à la décision attaquée et à toute personne dont les droits étaient lésés par cette décision.

⁵³ Plus précisément, le Tribunal fédéral s'affranchit de l'alternative que lui suggérerait la rédaction de la disposition précitée. Il tint bientôt la lésion d'un droit pour condition nécessaire et suffisante de la qualité pour recourir. Tout en concédant aux «parties» la qualité pour recourir en la forme, il en rejetait le recours à défaut de qualité au fond: ATF 85 I 124; 87 I 400; 93 I 474; 95 I 385; cf. GRISEL, Droit administratif suisse, pp. 503/04.

hésitations et controverses sur lesquelles il serait aujourd'hui vain de s'attarder. Par contre, il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'en son deuxième alinéa, cette disposition accordait au Conseil fédéral un droit de recours autonome contre les décisions prises en dernière instance cantonale.

Parmi les innovations les plus intéressantes de décembre 1968, figure indiscutablement la nouvelle formulation donnée par l'article 103 lit. a OJF, de la qualité pour recourir en général. Dans les trois langues officielles, en voici la teneur :

«A qualité pour recourir :

a) quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée» ;

«Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist berechtigt :

a) wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat» ;

«Ha diritto di ricorrere :

a) chiunque è toccato dalla decisione impugnata ed ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa».

Tout en abandonnant la condition prise antérieurement de la lésion de droits ou d'intérêts juridiquement protégés par la norme invoquée au fond, cette nouvelle définition continue à exiger l'existence d'un rapport suffisamment étroit entre, d'une part, l'acte attaqué et, de l'autre, la personne du recourant. Le cercle des personnes habilitées à recourir n'en a pas moins été, on le verra, sensiblement élargi.

Consécration de l'utilité collective du recours de droit administratif, l'article 103 s'emploie à aménager dans sa *lettre b* le recours de certaines autorités. Le but est d'assurer la sauvegarde de l'intérêt public et en particulier une application conforme du droit fédéral de la part d'instances extérieures à l'administration générale de la Confédération. Quant à la *lettre c*, elle vient à son tour renforcer le caractère hybride de notre recours, en réservant la qualité de «toute autre personne, organisation ou autorité à laquelle la législation fédérale accorde le droit de recours».

II. Les conditions de la qualité pour recourir

Pour être complète, notre analyse des conditions subjectives de la recevabilité devrait s'étendre aussi à la capacité générale d'être partie (*Parteifähigkeit*), à la capacité d'ester en justice (*Prozessfähigkeit*), voire à celle d'y formuler des conclusions sans avoir recours à un mandataire qualifié (*Postulationsfähigkeit*)⁵⁴. Avec la qualité pour recourir au sens étroit de «*Beschwerdebefugnis*» ou «*Beschwerdelegitimation*», ces diverses conditions définissent la qualité pour recourir «*lato sensu*». Quelques remarques seulement leur seront consacrées.

1. Les conditions générales préalables

Une précision s'impose à titre liminaire sur la *qualité de recourant* (*Beschwerdeführer*). Celle-ci revient à quiconque attaque un acte d'autorité. L'instance intimée, ou mieux l'entité de droit public au nom de laquelle elle est intervenue, a le rôle de «*Beschwerdegegner*» (art. 110 OJF). Il en est de ces notions élémentaires comme de celles de demandeur ou de défendeur dans l'action de droit administratif ou le procès civil: elles sont de nature purement formelle⁵⁵.

A défaut de disposition générale de droit public, la *capacité d'être partie* dans les recours des articles 84ss. OJF s'apprécie communément par référence au droit privé et au droit judiciaire privé, du moins s'il s'agit d'individus ou de groupements d'individus⁵⁶. Conséquence de la jouissance des droits civils (*Rechts-*

⁵⁴ L'OJF ne connaît pas l'obligation d'avoir recours au ministère d'un avocat. De plus, celui-ci ne jouit d'aucun monopole de la postulation dans les recours de droit public et de droit administratif. Il en est de même dans la procédure administrative fédérale. Voir les art. 29 OJF et 11 LPA. Cf. BIRCHMEIER, *op.cit.* (note 6), pp. 28ss.; GYGI, *op.cit.* (note 5), p. 93.

⁵⁵ Cf. GYGI, *op.cit.*, pp. 90ss.

⁵⁶ Cf. MARC SAND, *Partei- und Prozeßfähigkeit im bernischen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren*, Thèse, Berne 1966; HEINRICH VOGT, *Die Legitimation zur Klage und Beschwerde nach dem aargauischen Verwaltungsrechts-*

fähigkeit), elle appartient à toutes les personnes physiques (art. 11 CCS) et, selon l'article 53 CCS, en principe aussi aux personnes juridiques. En ce domaine, le droit public a toutefois manifesté son autonomie en reconnaissant en particulier la qualité de partie à des entités et organismes de droit privé et public non personnalisés⁵⁷. Les publicistes s'affrontent même sur le point de savoir si la capacité d'être partie doit être maintenue au nombre des conditions de la recevabilité⁵⁸. Rien n'empêche à notre sens que le droit public poursuive au besoin une voie propre.

Suivant l'article 40 OJF combiné avec l'article 14 de la loi de procédure civile fédérale (PCF), la *qualité pour ester* dans les recours de droit public et administratif est réservée aux personnes qui ont l'exercice des droits civils (Handlungsfähigkeit). Comme

pfllegegesetz, in: Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Aarau 1969, pp. 374 ss.; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, Zurich 1958, pp. 112 ss.

⁵⁷ Cette qualité a été reconnue aux sociétés en nom collectif ou en commandite (ATF 51 I 428); à la masse en faillite (ATF 54 I 254, 260); aux communautés héréditaires (ATF 77 I 275). Qualité pour recourir, et implicitement, celle d'être partie est accordée à une société dissoute en vertu même de la décision attaquée (ATF 98 Ib 269 ss.). Les CFF sont un établissement public non personnalisé de la Confédération, mais autonome dans les limites fixées par la législation fédérale. Ils ont la qualité de partie. Cf. LF sur les Chemins de fer fédéraux, du 23 juin 1944, art. 1 et 5, R.S. 742.31. Les PTT ont le même statut organique: LF sur l'organisation des PTT du 6 octobre 1960, modifiée le 19 décembre 1969, art. 1, R.S. 798.0. Selon l'art. 14 de l'Ordonnance d'exécution de dite loi, du 22 juin 1970, les actions dirigées contre ce dernier établissement doivent néanmoins être intentées à la Confédération (ATF 91 I 228; 93 I 660; 95 I 278). Autre exemple: celui des Ecoles polytechniques fédérales (ATF 98 Ib 67 ss. = JdT 1974 I 63); cf. HEFTI, op. cit. (note 5), pp. 31 ss.

⁵⁸ Cf. ERNST EGGenschwiler, Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger, Thèse, Berne 1936, p. 92; WALTHER BURCKHARDT: Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes, compte rendu dans ZBJV 70, 1934, pp. 35 ss. Ces auteurs rejoignent la déclaration faite par le commissaire du gouvernement français RIBOULET dans l'affaire Dame Polier (Conseil d'Etat, 21 mars 1919, Recueil p. 299): «l'action de cassation administrative n'est pas fonction de la capacité juridique de celui qui l'intente». La jurisprudence n'a pas confirmé cette formule correspondant à la conception selon laquelle ce recours s'exercerait essentiellement dans l'intérêt général.

telle, elle est susceptible de recevoir des solutions aussi nuancées que le sont celles du droit de fond (art. 12 ss. CCS). Condition de recevabilité, elle est examinée d'office par le juge et avec pleine cognitio⁵⁹. Sur la question de la capacité active, le droit public témoigne également d'un certain particularisme⁶⁰. La capacité d'ester des organismes de droit public devrait s'analyser en termes de «compétences», à moins qu'ils n'agissent à titre de sujets de droit privé.

Beaucoup plus sélective que ne sauraient l'être les conditions générales précitées, *la qualité pour recourir* tend à n'ouvrir la voie du recours qu'aux personnes qui se trouvent dans un rapport particulier avec l'acte litigieux. Lié à la détermination d'un cercle d'intérêts, son examen recèle toujours le danger d'une certaine confusion entre la recevabilité et le bien-fondé.

2. *La qualité pour recourir dans le recours de droit public*

L'article 88 OJF a recueilli les commentaires – souvent divergents – de nombreux auteurs⁶¹. Cette abondance doctrinale et la

⁵⁹ ATF 98 Ib 324 ss. = JdT 1974 I 507; ATF 97 I 199 = JdT 1972 I 608; ATF 96 I 547.

⁶⁰ C'est ainsi qu'en cas de consorité nécessaire le Tribunal fédéral admet la capacité d'un consort d'ester individuellement: ATF 99 V 59 ss.; 97 I 697 (recours d'un héritier d'une succession non partagée); le mineur âgé de plus de seize ans peut invoquer lui-même la violation de la liberté de conscience et de croyance (art. 49 al. 3 Cst); le mineur ou l'interdit capables de discernement peuvent se plaindre d'une violation de leur liberté personnelle: ATF 65 I 266; dans les cantons où les droits politiques leur sont accordés avant la majorité civile, les mineurs d'un certain âge peuvent attaquer eux-mêmes les atteintes portées à ces droits. Sur la capacité d'ester en justice, voir l'intéressant arrêt, rendu le 12 juillet 1972, dans la cause *X c. Berne, Chambre d'accusation et Cour suprême*, sur la psychose processive: ATF 98 Ia 324 = JdT 1974 I 506 ss.

⁶¹ Outre les ouvrages déjà mentionnés, voir JAKOB HINDEN, *Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde*, Thèse, Zurich 1961; GERD-WILHELM ROCKE, *Die Legitimation zur Anfechtung von Verwaltungsakten*, Thèse, Zurich 1968.

Sous réserve de certains recours plus largement ouverts, l'action en annulation s'ouvre *en Allemagne* à des conditions similaires à celles de l'article 88 OJF. Cf. EYERMANN/FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 5^e édit.,

perspective d'une revision législative nous incitent à la concision. Dans son premier cas d'ouverture (art. 84 lit. a OJF), le recours de droit public présuppose, on l'a vu, l'invocation d'un droit constitutionnel dont le recourant est titulaire. Cette condition est aisément réalisée lorsque le recours est fondé sur un droit constitutionnel général, ainsi sur l'article 4 Cst. Cette disposition protège en effet l'individu en toutes ses qualités particulières contre les inégalités de traitement, dénis de justice formels ou matériels de tous ordres. En maints autres cas, ainsi à propos des droits politiques, cette condition sera vérifiée avec un certain automatisme. Toutefois, elle pourra faire difficulté s'il est demandé au juge de consacrer un nouveau droit fondamental ou d'assurer l'extension d'une liberté existante. Quoi qu'il en soit, ce problème de la titularité constitue une condition de capacité spéciale au recours de droit public. Elle doit pouvoir être établie de façon abstraite. Elle est donc une condition objective de la recevabilité. Nous l'avons évoquée ici, car elle ne saurait être totalement dissociée des éléments constitutifs de la qualité pour recourir stricto sensu.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, la qualité de l'article 88 OJF paraît s'articuler autour de *deux conditions essentielles* : a) *une lésion*, b) *subie par le recourant dans la sphère de ses intérêts juridiquement protégés*.

La première d'entre elles est assez facilement saisissable : le recourant doit être *touché* par l'acte de puissance publique qu'il conteste ; il faut ensuite qu'il prétende en éprouver un *préjudice* ; que ce préjudice apparaisse possible et fasse l'objet d'allégations suffisamment motivées⁶². A elle seule, cette condition suffirait à exclure l'action populaire. Il en résulte, en effet, *l'exigence d'un intérêt*

Munich 1971, pp. 238 ss. ; JEAN-MARIE AUBY/MICHEL FROMONT, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne, Jurisprudence générale Dalloz, Paris 1971, pp. 64 ss. ; MAX-PLANCK-INSTITUT für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Köln/Berlin etc. 1969, vol. 1, pp. 157 ss. *Sur le système autrichien*, cf. WALTER ANTONIOLLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, Vienne 1954, pp. 300 ss. ; MAX-PLANCK-INSTITUT, op. cit., vol. 2, p. 868.

⁶² ATF 91 I 409 = JdT 1967 I 194 ss. ; ATF 99 Ia 254/55 = JdT 1974 I 216 ; ATF 98 Ia 1 ss. = JdT 1974 I 98 ss. ; MARTI, op. cit. (note 11), pp. 102 ss.

personnel, matériel et actuel au recours. Ces adjectifs qualifient aussi bien la lésion elle-même. Lésion il y a lorsque l'acte attaqué a des conséquences fâcheuses sur la situation du recourant, soit qu'il lui impose un devoir de faire, de s'abstenir ou de tolérer, soit qu'il lui retire un droit, soit enfin qu'il rejette une requête ou la déclare irrecevable. L'intérêt du recourant se mesurera à l'amélioration qu'il peut escompter de l'admission de ses conclusions. Soient ici réservées cependant les concessions faites à certaines catégories de recourants. Celui qui se plaint de la violation de formalités essentielles de procédure n'a pas à établir un intérêt matériel ou pratique au recours⁶³. Celui qui attaque directement un arrêté n'a pas à démontrer un intérêt actuel, mais simplement virtuel⁶⁴. Cette exception profite aussi au recourant qui ne peut *plus* justifier d'un intérêt actuel, toutes les fois qu'il s'agit d'atteintes dont le Tribunal fédéral ne pourrait sinon jamais revoir la constitutionnalité et qui peuvent se reproduire⁶⁵. Quant au recours fondé sur la violation des droits politiques, il dispense son auteur de signaler une atteinte personnelle⁶⁶. Implicitement, le Tribunal fédéral renonce à la même exigence lorsqu'il admet les partis et associations à défendre devant lui, en dehors de tout mandat ad litem, les intérêts de leurs membres⁶⁷.

Suivant l'interprétation reçue par l'article 88 OJF, la lésion dont il vient d'être question doit au surplus blesser le recourant dans ses *intérêts juridiquement protégés* (in seinen rechtlich geschützten Interessen). La jurisprudence a souvent varié à l'égard de cette seconde condition et ne se prête guère à l'effort de synthèse. Pour l'essentiel, celle-ci revient à exclure du contrôle juridictionnel, la protection de simples intérêts de fait ou d'intérêts jugés tels: ainsi

⁶³ ATF 99 Ia 104 ss.; 98 Ia 649 ss. = JdT 1974 I 612 ss.; ATF 97 I 772/73, 884; ATF 96 I 598 ss. = JdT 1972 I 199; ATF 93 I 5 ss. = JdT 1967 I 293 ss.

⁶⁴ ATF 100 Ia 41 ss., 99 ss.; 99 Ia 236 ss., 262 ss., 394 ss., 638 ss.

⁶⁵ ATF 99 Ia 689 ss. (manifestation sur la voie publique à une date déterminée); 97 I 918 (hypothèse semblable); 96 I 553 (recours en annulation d'un arrêté qui a cessé de déployer ses effets à la date du jugement); ATF 94 I 33; 92 I 29; 91 I 326; 89 I 264; 87 I 244.

⁶⁶ ATF 100 Ia 65, 231 ss., 266; 98 Ia 105 = JdT 1974 I 126.

⁶⁷ ATF 100 Ia 99; 99 Ia 239, 396, 539, 597; 97 I 593; 94 I 4; 93 I 127.

l'intérêt du propriétaire à obtenir bonne application de règles de police des constructions sur l'esthétique ou la sauvegarde de valeurs idéales⁶⁸; celui du plaignant à faire casser au fond une décision de non-lieu ou un jugement d'acquiescement⁶⁹; celui du citoyen à faire sanctionner une violation de l'autonomie communale⁷⁰; l'intérêt commercial ou industriel à attaquer la subvention accordée à un tiers; etc. A ces quelques exemples, on voit que la condition posée conduit à déclarer l'irrecevabilité de recours fondés sur la violation d'une norme édictée dans le seul intérêt public ou celui de tiers⁷¹. Comment distinguer in concreto intérêts de droit et simples intérêts de fait? C'est un lieu commun de relever la difficulté de cette question. Le Tribunal fédéral y cherche souvent réponse dans l'interprétation des droits constitutionnels eux-mêmes, du moins si le droit invoqué est spécial. Ainsi en est-il par exemple de la liberté d'établissement (art. 45 Cst), de la liberté de croyance (art. 49 Cst) et de la plupart des libertés individuelles. Par ailleurs, le juge puisera les éléments de son appréciation dans l'objet et l'effet utile de la norme légale ou réglementaire prétendument violée. Il y est contraint lorsque le droit constitutionnel en cause est général, comme le sont la garantie de la propriété (art. 22^{ter} Cst), la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 Di. tr.), l'égalité de traitement ou l'interdiction générale de l'arbitraire (art. 4 Cst). Dans le silence ou l'obscurité des travaux préparatoires, cette évaluation législative en sera parfois réduite à se baser sur le sens commun ou la nature des choses. Elle pourra porter sur des dispositions de droit fédéral ou cantonal. En ce dernier cas, elle s'appuiera sur l'interprétation que les autorités cantonales avaient donnée dans leur jurisprudence, de la disposition applicable⁷². Soit ici signalé déjà, comme

⁶⁸ ATF 99 Ia 247 ss., 261 = JdT 1974 I 208 ss., 222; Zbl 75, 1974, 471 ss.; Zbl 73, 1972, 490; Zbl 70, 1969, 555 ss.

⁶⁹ ATF 100 Ia 298; 99 Ia 104; 97 I 107, 772; 96 I 598.

⁷⁰ Il est cependant admis à invoquer ce grief à titre préjudiciel: ATF 99 Ia 247 = JdT 1974 I 208 ss.; 94 I 131 = JdT 1969 I 81; ATF 91 I 412 = JdT 1967 I 198; Zbl 73, 1972, 272 ss.

⁷¹ ATF 98 Ia 653 ss. = JdT 1974 I 632; 97 I 262 ss. = JdT 1971 I 552; ATF 97 I 389.

⁷² ATF 98 Ia 653 = JdT 1974 I 632; ATF 91 I 409 ss. = JdT 1967 I 194 ss., 202.

l'un des traits marquants de cet examen, la tendance du juge constitutionnel à relativiser l'opposition classique des normes d'intérêt privé et public. Maintes règles de police des constructions se sont ainsi vu confirmer dans une double fonction: celle de pourvoir à la sécurité, à la salubrité ou la tranquillité publiques, tout en assurant, au moins accessoirement, la sauvegarde d'intérêts particuliers. Il n'en fallait pas plus pour conférer à ceux-ci de nouvelles facultés de recours⁷³.

Nous rappelons qu'il ne suffit pas que la disposition invoquée soit en elle-même destinée à préserver le particulier. Encore faut-il que ce dernier établisse qu'il se trouve dans la zone de protection de cette norme et rapporte la preuve suffisante d'une lésion. Pour leur part, les intérêts froissés doivent correspondre à l'objet du droit constitutionnel invoqué⁷⁴. Ultime précision: toutes conditions satisfaites, la qualité pour recourir sera reconnue indépendamment du fait que le recourant avait ou non la qualité de partie dans la procédure cantonale⁷⁵.

3. La qualité pour recourir dans le recours de droit administratif

Telle que la définit l'article 103 lit. a OJF, disposition que l'on retrouve textuellement à l'art. 48 lit. a LPA pour les recours administratifs, la qualité pour recourir résulte de deux conditions essentielles: a) une atteinte et b) un intérêt digne de protection à en obtenir la suppression. Procédant du même acte, celles-ci ne sont pas faciles à caractériser isolément. L'une et l'autre peuvent en outre être décomposées en plusieurs éléments.

C'est ainsi que l'expression «quiconque est atteint» suppose que

⁷³ ATF 99 Ia 132, 148, 247 ss. = JdT 1974 I 208 ss.; 91 I 409 ss. = JdT 1967 I 194 ss.

⁷⁴ Cf. BONNARD, RDS 78, 1959, pp. 300, 335; ATF 86 I 281 = JdT 1961 I 361 ss., 364; ATF 91 I 409 ss. = JdT 1967 I 194 ss., 205: «... les intérêts juridiquement protégés auxquels la décision porte atteinte et que le recourant considère comme lésés doivent être compris dans le domaine régi par la disposition constitutionnelle invoquée».

⁷⁵ ATF 98 Ia 1 ss. = JdT 1974 I 98 ss.; 97 I 547; 91 I 416; 89 I 238.

le recourant est *touché* par l'acte litigieux et en éprouve un préjudice en principe actuel et suffisamment *allégué*⁷⁶. Cette lésion ne doit pas nécessairement frapper le recourant dans sa situation juridique. La nouvelle définition n'est en effet plus liée, il importe de le souligner, aux notions de droits ou d'intérêts juridiquement protégés par une disposition de fond. Elle recouvre tout aussi bien la lésion de simples intérêts de fait, de caractère par exemple économique, idéal ou moral⁷⁷. Mais par sa nature même, l'exigence d'une atteinte exclut le recours qui, sans profit personnel pour son auteur, se justifierait par l'unique préoccupation de sauvegarder la légalité administrative ou l'intérêt public. Concrètement, l'atteinte individuelle requise naîtra des conséquences défavorables de la décision attaquée. A deux reprises, le Conseil fédéral a admis, sur recours de riverains d'aéroports, que la modification même améliorante d'un acte administratif peut être constitutive d'atteinte. «Etre touché peut tout aussi bien résulter du fait que la modification attaquée est insuffisante.»⁷⁸ En revanche, la même autorité a estimé que «les paysannes vaudoises ne seraient pas touchées (i.e. atteintes) par la pollution du Léman due à une rupture de gazoduc. Elles défendent ici les intérêts qu'il appartient aux autorités de sauvegarder. Admettre leur qualité pour recourir et, à plus forte raison, celle de leur association, serait ouvrir la porte toute grande à l'action populaire, alors que le droit suisse la rejette»⁷⁹. N'est pas non plus atteint dans sa situation de droit

⁷⁶ La notion d'«atteinte» (Berührtsein) peut prêter à controverse. Dans une interprétation large, on la tiendra pour un critère purement formel et neutre. Dans un sens plus étroit, celui que nous paraît avoir retenu le législateur fédéral, ce terme recouvre encore l'idée d'une lésion suffisamment alléguée. Cf. MAX IMBODEN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, 4^e édit., Bâle 1971, II, n° 632, pp. 672 ss. ATF 99 Ib 106 ss., 205 ss., 378 ss.; MCF concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, FF 1965, II, p. 1356.

⁷⁷ ATF 99 Ib 105 ss., 205, 213; 98 Ib 58 ss., 70 ss.; 97 I 592.

⁷⁸ Décision du Conseil fédéral du 15 mai 1974 dans la cause *Gemeinde Höri, Schutzverband der Bevölkerung um den Flughafen Zürich* et autres recourants; décision du Conseil fédéral du 11 septembre 1974 dans la cause *Association des riverains de l'aéroport de Genève et consorts*. Ces prononcés rejettent les recours formés contre des décisions modifiant la concession d'exploitation des aéroports précités: J.A.A.C., fasc. 39/I, 1975, pp. 97 ss., 100.

⁷⁹ Décision du Conseil fédéral du 27 février 1974 dans la cause *Syndicat inter-*

ou de fait, le recourant qui n'attaquerait que les motifs d'une décision qui, au demeurant, lui donnerait entière satisfaction.

Atteint par la décision attaquée, le recourant doit encore avoir un *intérêt digne de protection* (schutzwürdiges Interesse) à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Cet intérêt qualifié, par lequel se définit aussi le droit d'obtenir une décision de première instance⁸⁰, peut donner lieu à des interprétations divergentes. Dans le sens indiqué par le Message du 24 septembre 1965, dignes de protection pourraient être les intérêts jugés conformes aux principes généraux de l'ordre juridique suisse⁸¹. Sans constituer la reprise de la notion d'intérêts juridiquement protégés, cette thèse éviterait au juge administratif d'avoir à statuer sur n'importe quel intérêt de fait. Elle rendrait mieux compte de la dualité effective des conditions énoncées par le législateur de décembre 1968. Cette conception nous paraît devoir être rejetée par les raisons mêmes qui plaident contre l'exigence d'un intérêt juridiquement protégé. Comme cette dernière, elle postulerait la «subsumption» de l'intérêt invoqué avec des principes de droit matériel qui par surcroît ne seraient pas aisés à définir. Dans tous les cas où elle conduirait à dénier la qualité pour recourir, cette opération reviendrait à juger et à écarter au fond la revendication du recourant. Une telle objection ne peut être faite à l'interprétation proposée par le juge fédéral A. GRISEL et par le professeur F. GYGI. De l'avis de ces auteurs⁸², la notion d'intérêt digne de protection doit être comprise dans *un sens procédural*. «Ce qui est aujourd'hui déterminant, c'est l'utilité d'un contrôle juridictionnel, non plus la lésion d'un droit.»⁸³ Il importe peu que cet intérêt soit protégé par une disposition de

cantonal des pêcheurs professionnels, Amicale des pêcheurs du lac et Association des paysannes vaudoises, Groupe de Nyon. Cette procédure avait pour objet l'octroi d'une concession autorisant l'immersion d'un gazoduc dans le Léman. Seuls les pêcheurs professionnels s'y virent reconnaître la qualité pour recourir (art. 48 lit. a LPA). Leur recours fut rejeté: J.A.A.C., fasc. 38/III, 1975, pp. 68 ss.

⁸⁰ ATF 99 Ib 159; 98 Ib 53 ss. Cf. URS GUENG, Zur Tragweite des Feststellungsanspruchs gemäß Art. 25 VwG, SJZ 67, 1971, pp. 369 ss.

⁸¹ MCF précité, p. 1357.

⁸² GRISEL, Droit administratif suisse, pp. 477 ss., pp. 503 ss.; GYGI, op. cit. (note 5), pp. 101 ss.

⁸³ GRISEL, Droit administratif suisse, p. 479.

droit matériel applicable; il suffit qu'il mérite la considération du juge. Autrement dit encore, est habile à recourir l'administré dont les conclusions valent la peine de mobiliser l'appareil judiciaire. Tribunal fédéral et Conseil fédéral ont résolument opté pour ce point de vue. L'opportunité d'un contrôle juridictionnel leur apparaît chaque fois que le recourant se trouve dans un rapport suffisamment étroit avec l'objet du litige. Cette condition est tenue pour réalisée lorsque le recourant est affecté par la mesure incriminée plus que quiconque ou la généralité des administrés. «Erforderlich ist ... eine beachtenswerte, nahe Beziehung des Beschwerdeführers zur Streitsache. Der Beschwerdeführer muß demnach durch die angefochtene Verfügung in höherem Maße als irgend jemand oder die Allgemeinheit berührt sein.»⁸⁴ Dès lors, l'intérêt à obtenir un jugement favorable doit être *personnel* comme aussi, dans la règle, *immédiat et actuel*⁸⁵.

De par l'imprécision voulue des termes, la nouvelle définition de la qualité pour recourir devait susciter d'amples développements jurisprudentiels. Les *cercles d'intérêts* qui s'y dessinent progressivement témoignent, on le verra, d'une interprétation plutôt libérale des conditions posées.

Subordonnée à deux conditions cumulatives, l'admission de la qualité pour recourir devrait invariablement impliquer un raisonnement à deux temps. Il devrait être acquis, en premier lieu, que l'acte attaqué entraîne des conséquences dommageables pour le recourant. Secondement, vérification devrait être faite de la situation de ce dernier par rapport à l'acte. Appartiendrait-il à une catégorie de personnes jugées trop lointaines ou dont les raisons de solliciter l'intervention du juge seraient diffuses, ce recourant serait à éconduire. Dans l'hypothèse inverse, il serait à intégrer dans un cercle d'«intéressés». A l'analyse, on s'aperçoit que plusieurs

⁸⁴ ATF 99 Ib 104, 211; 98 Ib 74.

⁸⁵ ATF 99 Ib 106 ss., 133, 205, 378; 99 V 80; 98 Ib 57; 91 I 367; Zbl 73, 1974, pp. 211 ss. paru partiellement sous ATF 98 Ib 289 ss. L'immédiateté (Unmittelbarkeit) de l'intérêt ne fait pas l'objet d'une jurisprudence très ferme. Comme dans le recours de droit public, la condition d'actualité connaît des exceptions: ATF 99 Ib 134 ss., 301 ss.; 96 I 419. A noter que sous ces divers aspects, la jurisprudence française est plus libérale: cf. VEDEL, op.cit. (note 1), pp. 565 ss.

arrêts suivent ce cheminement de façon exemplaire. Mais nombreux sont aussi ceux qui révèlent la perplexité du juge à devoir distinguer l'«atteinte» (*Berührtsein*) de l'intérêt juridiquement protégé (*schutzwürdiges Interesse*). Dans la préoccupation de l'autorité, la seconde condition vient souvent absorber la première. Les mêmes épithètes servent à qualifier l'une et l'autre. Ces difficultés d'application donnent parfois à penser que la distinction légale fait en quelque sorte pléonasme. La lésion ne donnerait-elle pas en effet toujours l'intérêt? Cette question appelle certes une réponse affirmative dans la grande généralité des cas. C'est pourquoi l'art. 16 al. 1 de la loi bernoise sur la justice administrative du 16 mai 1961⁸⁶, disposition dont s'est inspiré le législateur fédéral, ne connaît que la seule notion d'intérêt digne de protection. A la réflexion, nous devons admettre cependant que la distinction retenue sur le plan fédéral est fondée dans certains cas. Il n'est en effet pas à exclure qu'un recourant soit atteint par une décision sans pouvoir justifier d'un intérêt digne de protection à son annulation: pour avoir expressément acquiescé à un acte jugé par la suite inopportun⁸⁷; ou parce que l'intérêt à en recourir serait insignifiant (*de minimis non curat praetor*)⁸⁸ ou immoral (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Le recours pourrait être aussi totalement impropre à obtenir le résultat recherché. En résumé, celui qui n'est pas atteint ne saurait avoir un intérêt digne de protection; celui qui l'est pourra exceptionnellement ne pas réaliser cette condition.

⁸⁶ En voici la teneur: «Toute personne justifiant d'un intérêt propre et digne de protection à attaquer la décision administrative a qualité pour porter plainte devant le Tribunal administratif.» Cf. F. GYGI/R. STUCKI, *Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege*, Berne 1962, pp. 33 ss.

⁸⁷ Nous tenons l'acquiescement à un acte illégal pour irrelevant. L'hypothèse considérée n'a dès lors de signification que pour autant que le Tribunal fédéral statuerait en opportunité (art. 104 lit. c et 132 OJF, art. 47 al. 3 LPA). Cf. J. M. AUBY/R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris 1962, II, pp. 488–489.

⁸⁸ ATFA 1960, 241.

III. La qualité pour recourir des personnes privées

A la faveur d'une interprétation large de la notion d'intérêts juridiquement protégés, les définitions en présence se sont sensiblement rapprochées. Néanmoins, l'article 88 OJF impose encore – et parfois suggère – au juge fédéral, des limites qu'il ne connaît plus dans le recours de droit administratif.

1. *Les destinataires de la décision*

1.1. Dans le recours de droit public

Le seul fait d'avoir essuyé une décision défavorable n'emporte pas encore la vocation à former *un recours de droit public*. S'en indigner serait oublier la mission spécifique de cette voie de droit : la protection des droits constitutionnels. C'est ici le lieu de se demander si l'article 88 OJF et l'interprétation qui en est faite n'entraînent pas le juge à faillir parfois à cette mission.

Trop sommairement, nous avons relevé déjà l'immense apport de la juridiction constitutionnelle. Mais comme l'a écrit récemment l'un de ses éminents artisans, l'œuvre présente aussi «l'envers de la médaille»⁸⁹. On en prend pour exemple l'irrecevabilité de l'étranger à se plaindre de vices matériels entachant une décision de refus ou de non-renouvellement d'autorisations de séjour. En l'état actuel de notre législation, ces décisions ne peuvent faire l'objet ni d'un recours administratif au Conseil fédéral (art. 18 LSEE, art. 74 lit. e LPA), ni d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral (art. 100 lit. b ch. 3 OJF). Sont réservés les cas où l'étranger aurait droit à une telle autorisation, en vertu de traités internationaux ou de dispositions exceptionnelles de droit commun⁹⁰. Quant au recours de droit public, il ne saurait, nous dit-on, entrer en considération. Dans une jurisprudence regrettable

⁸⁹ Cf. OTTO K. KAUFMANN, *Verfassungsgerichtsbarkeit 1875–1974–19. . . ?*, Centenaire de la Constitution fédérale 1874–1974, RDS 93 II, 1974, p. 349.

⁹⁰ Ainsi sur la base de certaines dispositions de l'accord italo-suisse du 10 août 1964: ATF 97 I 530 = JdT 1972 I 128; de l'article 16 de la Convention du

que l'on crut à un moment donné ébranlée sinon abandonnée⁹¹, le juge constitutionnel se plaît à constater que le droit fédéral place la décision de l'octroi ou du renouvellement des autorisations de séjour dans la libre appréciation de l'autorité (art. 4 LSEE, art. 8 al. 2 RE/LSEE). Partant, l'étranger n'aurait à faire valoir aucun droit. «... Il ... n'a pas un intérêt juridique à une telle autorisation, mais un simple intérêt de fait ... »⁹² Conclusion: la qualité pour recourir lui fait défaut. La sécheresse de ce raisonnement est heureusement tempérée par l'exception déjà rencontrée suivant laquelle le justiciable est toujours recevable à attaquer certains vices de procédure. Car l'interdiction du déni de justice formel, en particulier le droit d'être entendu, sont des garanties dites de nature indépendante. Elles appartiennent à quiconque est partie dans une procédure, sans considération de la qualité au fond. Cette règle compte parmi les fleurons de l'acquis jurisprudentiel. Il reste cependant que l'étranger n'a aucun titre à se plaindre d'un excès ou d'un abus du pouvoir discrétionnaire ou de quelque autre violation du droit matériel. «L'interdiction de l'arbitraire est, contrairement au droit d'être entendu, de nature matérielle et n'a pas de portée indépendante. Le droit d'en obtenir le respect est lié au droit de fond et ne présente pas d'intérêt juridique par lui-même»⁹³: telle est la réplique donnée aux critiques émises par la doctrine. Comparaison n'est certes pas toujours raison: cependant, on ne peut se garder de quelque étonnement à constater qu'un propriétaire voisin accède au juge constitutionnel pour se plaindre de désagréments souvent futiles, tandis que l'étranger n'a pas le moyen de lui faire sanctionner un renvoi arbitraire. Elargissons encore le champ des comparaisons: le contribuable obtiendra sur

4 janvier 1960 instituant l'AELE: ATF 98 Ib 385. Sur cette disposition, voir notre ouvrage intitulé: *L'immigration étrangère en Suisse à l'heure de l'intégration européenne*, Genève 1969, pp. 226ss. Dans un sens négatif: ATF 100 Ib 226ss. (arrêt *Wessely*) relatif à la disposition du chiffre 5 de la Décision du Conseil de l'OECE du 30 octobre 1953/5 mars 1954/27 janvier et 7 décembre 1956 régissant l'emploi des ressortissants des pays membres.

⁹¹ Voir l'arrêt *Ortner*, du 3 novembre 1971, Zbl 73, 1972, pp. 370ss., comme aussi l'ATF 93 I 5 = JdT 1967 I 293.

⁹² ATF 98 Ia 649ss. = JdT 1974 I 612ss., 614 (arrêt *Steiner*); 99 Ia 321ss.

⁹³ JdT 1974 I 615.

recours de droit administratif plein examen d'une décision fédérale lui imposant une contribution minimale (art. 104 lit. c ch. 1 OJF); le refus d'une subvention à laquelle la législation fédérale ne confère aucun droit donne ouverture au recours administratif au Conseil fédéral; le contrôle de ce dernier va jusqu'à l'opportunité (art. 99 lit. h OJF, art. 72 ss. LPA). Mais l'étranger n'est qu'un étranger. Pour lui, semble-t-il, l'Etat de droit n'aurait même pas à être l'Etat des voies de droit. Le législateur fédéral lui a refusé la juridiction administrative contre les décisions quotidiennes de police des étrangers. Quant au recours de droit public, celui de la dernière chance, l'étranger ne saurait y songer. Une distinction scholastique rejette ses prétentions de fond au rang de simples intérêts de fait. La liberté d'appréciation des autorités cantonales s'en trouve grossie d'autant.

Avec M. H. P. MOSER⁹⁴, nous continuons à penser que l'étranger est en ces cas le dépositaire d'intérêts juridiquement protégés. S'il n'a pas de droit à obtenir une autorisation, il a celui de la demander. Mais surtout, il a le droit à se voir appliquer correctement la loi, dans le respect des principes généraux de l'activité administrative, en particulier de celui de la proportionnalité. Suffisamment alléguée, la violation de ces droits devrait, en ce domaine, amener le juge à statuer au fond sous l'angle de l'arbitraire. A suivre cette proposition, le juge aura tôt fait, objectera-t-on peut-être, de donner le recours de droit public contre toute mesure suspecte d'arbitraire. Sa barre en serait à jamais encombrée. Ces arguments ne manquent certes pas de poids. Dans notre esprit, l'extension juridictionnelle pourrait être différenciée en fonction de la nature des intérêts en cause. A cet égard, le cheminement emprunté en 1971 pour accorder la qualité pour recourir à la mère de l'enfant illégitime, nous paraît assez exemplaire⁹⁵. La prise en considération des droits fondamentaux de la personnalité y remplace le juridisme étroit de la pratique antérieure. Or, pour le moins, le non-renouvellement d'une autorisation de séjour est susceptible

⁹⁴ H. P. MOSER, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, RDS 86 II, 1967, pp. 367 ss., 471.

⁹⁵ ATF 97 I 262 ss. = JdT I 552.

d'affecter profondément la personnalité de l'étranger. Comment admettre, par exemple, que la prétention d'un immigré à ne pas être renvoyé sans considération de ses attaches personnelles et patrimoniales avec notre pays, ne soit qu'un simple intérêt de fait? En considération de la nature d'une telle mesure, il s'impose de rechercher le «droit» de l'étranger en dehors d'une législation de pure police, ainsi dans la liberté personnelle. De façon générale, l'interdiction de l'arbitraire devrait être considérée comme un *droit constitutionnel indépendant*, lorsqu'il y va de la sauvegarde des droits éminents de la personnalité.

Pour conclure sur le sort de l'étranger, remarquons que la solution idoine passe par la revision – en cours – de la LSEE. Le non-renouvellement des autorisations de séjour devrait constituer un acte d'administration lié. En modification de l'article 100 lit. b ch. 3 OJF, le Tribunal fédéral devrait en connaître sur recours de droit administratif, quitte à laisser une certaine latitude d'appréciation aux instances inférieures.

Dans d'autres domaines, où le juge n'est pas arrêté par la liberté d'appréciation de l'autorité administrative, la jurisprudence de l'article 88 OJF conduit à des résultats presque satisfaisants pour le destinataire. Prenons l'exemple des restrictions à la propriété. Le propriétaire et le titulaire d'un droit de superficie sont évidemment recevables à recourir au cas où ils seraient lésés par un plan ou se verraient refuser un permis de construire⁹⁶. S'y ajoutent celui qui a reçu par contrat un droit au transfert de la propriété ou à l'octroi d'un droit de superficie, et celui qui bénéficie d'un droit d'emption⁹⁷; celui dont le terrain est compris dans le périmètre d'un remembrement ou d'un remaniement parcellaire⁹⁸; voire celui auquel un permis serait refusé alors qu'il n'avait encore aucun droit à l'immeuble, si le droit cantonal l'autorise à demander, d'accord avec le propriétaire, un permis de bâtir⁹⁹. La qualité pour recourir devrait être également accordée au créancier hypothécaire

⁹⁶ ATF 89 I 11 ss. = JdT 1963 I 387.

⁹⁷ ATF 86 I 101 ss. = JdT 1961 I 28.

⁹⁸ ATF 86 I 146 ss. = JdT 1961 I 148.

⁹⁹ ATF 94 I 138 = JdT 1969 I 89.

et à l'usufruitier dans le cas où une atteinte à la propriété affecterait la substance de leurs droits¹⁰⁰.

1.2. Dans le recours de droit administratif

Au vu des articles 48 lit. a LPA et 103 lit. a OJF, la qualité ne soulève en général aucune difficulté particulière, lorsque le recours émane du destinataire direct de la décision attaquée. Encore faut-il que ce recourant ait été affecté («beschwert», «belastet») dans ses intérêts, condition qui sera réalisée si l'acte entrepris a écarté au moins partiellement les conclusions de sa requête ou lui a imposé quelque désavantage. «Das Rechtsschutzinteresse des so im vorausgegangenen Verfahren benachteiligten Beschwerdeführers liegt auf der Hand.»¹⁰¹ Sont ainsi, sans autre, habiles à recourir le particulier auquel aurait été refusée une concession liée (art. 99 lit. d OJF interprété a contrario), le fonctionnaire fédéral frappé de licenciement, etc. Le Tribunal fédéral entre aussi sans hésitation en matière sur les recours formés contre une décision d'irrecevabilité (art. 5 al. 1 lit. c LPA – art. 97 OJF). Il connaît en particulier des décisions refusant au recourant le bénéfice de l'article 48 LPA¹⁰². Singularité: ses arrêts se prononcent alors par deux fois sur le problème de la légitimation: au titre de l'article 103 OJF d'abord, puis au fond sur la question de savoir si l'article 48 LPA a été correctement appliqué. Par là, la jurisprudence des instances inférieures est alignée sur celle du Tribunal fédéral, du moins dans le refus. Au demeurant, ces instances et le Conseil fédéral lui-même veillent à ne pas conférer à l'article 48 lit. a LPA une portée qui ne serait pas reconnue à l'article 103 lit. a OJF. Néanmoins, l'administrateur-juge se montre parfois plus généreux à l'admission, ainsi

¹⁰⁰ Cf. BLAISE KNAPP, Restrictions de droit public à la propriété privée, Dixième Journée juridique, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, 1970, pp. 93 ss.; PAUL B. LEUTENEGGER, Das formelle Baurecht der Schweiz, Schriftenreihe Wohnungsbau 18 d, Eidg. Forschungskommission Wohnungsbau, Berne 1974, pp. 356 ss.

¹⁰¹ ATF 99 Ib 106.

¹⁰² ATF 98 Ib 63 ss.; l'arrêt rendu le 13 septembre 1974 en la cause *Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten c. Roco Conserven*.

en ce qui concerne les communes politiques. Indice inattendu de ce libéralisme, le Conseil suisse des Ecoles polytechniques fédérales (Schweizerischer Schulrat) a jugé digne de protection l'intérêt des professeurs d'architecture de Zurich à ne pas voir déplacer leur centre d'activité en périphérie. Cette décision prend soin de préciser que l'intérêt du fonctionnaire à pouvoir conserver son bureau ne mériterait pas les mêmes égards¹⁰³.

2. *La qualité pour recourir des tiers*

Par la même décision, l'Etat pourra satisfaire l'un de ses administrés, pour en mécontenter beaucoup d'autres. Le cas échéant, il ne se fera que des adversaires. Par suite, le procès de droit public l'opposera, selon les circonstances, non seulement au cercle des destinataires, mais encore à celui des tiers. En fait, plusieurs cercles sont à tracer.

2.1. L'exclusion des «tiers-intervenants»

Le Tribunal fédéral est hostile aux tiers recourant avec ou en lieu et place de la personne atteinte par une décision défavorable. Ce recours oblique ne lui paraît recevable que dans le cadre d'une consorité. Trois arrêts, de publication récente, suffisent à résumer cette jurisprudence. En la cause *Dal Bosco*, une Suissesse et un Italien divorcé en Suisse recoururent conjointement contre le refus d'inscription dans le registre de l'état civil de leur mariage célébré au Danemark. Le recours de l'étranger fut déclaré irrecevable faute d'un intérêt personnel et immédiat¹⁰⁴. Puis la cause *Architektura c. Conseil suisse des EPF* fut occasion de confirmer le défaut de qualité (art. 48 lit. a LPA) d'une association d'étudiants, pour recourir contre le non-renouvellement de trois chargés de cours. Argument pris du fait que les décisions de nominations n'étaient

¹⁰³ J.A.A.C., fasc. 39/II, 1975, pp. 42/3; voir aussi fasc. 38/III, 1974, n° 67.

¹⁰⁴ ATF 97 I 389 ss.

pas de celles pour lesquelles le législateur avait institué la participation des étudiants, le juge estima ne pouvoir reconnaître, à ces usagers d'un établissement public, un intérêt suffisamment digne de protection. «Die Annahme, daß die Architektura im vorliegenden Fall zur Verwaltungsbeschwerde berechtigt sei, würde demnach bedeuten, daß den Studenten mehr Rechte zuerkannt würden, als der Gesetzgeber ihnen geben wollte.»¹⁰⁵ Particulièrement explicite est l'arrêt *Schoeller & Cie AG*, du 30 novembre 1973. On y voit un industriel en signalisations lumineuses recourir contre l'interdiction faite à l'un de ses clients d'apposer un panneau-réclame de dimensions inadmissibles. Cette intervention fut jugée irrecevable, par le motif que son auteur ne subissait aucun préjudice de la décision attaquée. Et le Tribunal fédéral de remarquer qu'une décision contraire l'obligerait à concéder la qualité pour recourir à l'architecte et à l'entrepreneur toujours intéressés *indirectement* à l'octroi des permis de construire¹⁰⁶. En bref, le premier de ces arrêts nous paraît être tout à fait trop restrictif; le deuxième constituer une révérence à la notion pourtant répudiée dans le recours de droit administratif, d'intérêts juridiquement protégés; le troisième assigne des limites acceptables à la tierce intervention. A l'intérieur du cercle, trouvent place, par exemple, le conjoint de l'ayant-droit à une prestation; l'aliénateur d'un terrain, lorsque l'acquéreur et lui-même l'avaient de bonne foi cru constructible¹⁰⁷. En ce cas, la qualité pour recourir devrait être reconnue même au regard de l'article 88 OJF: le vendeur peut en effet invoquer, selon nous, un intérêt tant juridique qu'économique à éviter la rescision du contrat¹⁰⁸. Solution postulée par la fonction sociale de la propriété, la qualité pour recourir devrait également revenir aux titulaires de certains droits personnels, ainsi au locataire intéressé à la réalisation d'une construction future ou atteint par quelque mesure étatique dans la sphère des intérêts liés à son état

¹⁰⁵ ATF 98 Ib 73.

¹⁰⁶ ATF 99 Ib 378/79.

¹⁰⁷ ATF 98 Ib 368.

¹⁰⁸ Notons que sous l'empire de l'art. 103 al. 1 OJF (anc.), l'acheteur avait déjà qualité pour recourir contre le refus de l'autorisation de transférer un immeuble: ATF 94 I 282.

d'habitant d'un immeuble ou d'un quartier. Ce résultat pourrait aussi être atteint dans le cadre de l'actuel article 88 OJF, en considérant que le locataire tient ses droits du contrat de bail qu'il aura signé.

2.2. Le cercle des concurrents

Après leur avoir été occasionnellement accordée, puis à nouveau refusée, *la voie du recours de droit public* s'est ouverte en certains cas aux concurrents. Les arrêts auxquels en revient le mérite remontent à quelques lustres. L'un d'eux concernait les aubergistes¹⁰⁹, un autre les techniciens dentistes¹¹⁰. Ces décisions sont bien trop connues pour mériter un nouveau commentaire. Il n'est par contre pas sans intérêt de relever qu'elles font encore jurisprudence.

En principe, le recours de droit public ne permet d'attaquer des décisions octroyant un privilège illicite à des tiers que si le recourant a un intérêt spécial à leur annulation. Le Tribunal fédéral l'admet en faveur des membres d'une profession soumis à un examen de capacité, lorsque certains de leurs concurrents sont dispensés de la même épreuve (art. 4 et 31 Cst)¹¹¹. Mais inversement, il dénierait aux membres d'une profession la vocation à recourir contre l'octroi de patentes à des tiers: dans la mesure du moins où la disposition légale invoquée n'est censée défendre que les intérêts de la collectivité. Dans la cause *Société médicale du Valais et consorts*¹¹², des médecins l'apprirent à leurs dépens, qui entendaient obtenir l'annulation d'une autorisation spéciale de pratique accordée à un confrère titulaire d'un diplôme étranger. La norme légale prétendument violée en l'espèce, l'article 19 de la loi valaisanne du 18 novembre 1961 sur la santé publique, ne visait pas à prémunir les médecins installés contre une concurrence indésirable, mais à pro-

¹⁰⁹ ATF 79 I 155, rendu dans la cause *Wirteverein von Basel-Stadt*, le 20 mai 1953.

¹¹⁰ ATF 86 I 281 = JdT 1961 I 361, rendu dans la cause *Verband Zahntechnischer Laboratorien der Schweiz et consorts*, le 21 décembre 1960.

¹¹¹ ATF 86 I 285 ss. = JdT 1961 I 361 ss.; 93 I 513 ss.; 97 I 265; 99 Ib 107.

¹¹² ATF 93 I 171 ss.; voir aussi ATF 72 I 178.

téger la population. Le particulier ne saurait imposer sa propre conception de l'intérêt général. Par une argumentation similaire, inconciliable avec le principe démocratique et l'égalité de tous devant les charges publiques, le juge fédéral a également refusé au contribuable la qualité pour attaquer une loi qui prévoyait, sous certaines conditions, des privilèges fiscaux en faveur de personnes prenant domicile dans le canton. Ce recourant ne ferait pas valoir un intérêt propre ..., mais le seul intérêt public à la prohibition des privilèges en matière fiscale, c'est-à-dire un intérêt civique général¹¹³. Dans le même sens, le restaurateur fondant son recours sur la violation d'une «clause de besoin» prise de l'article 32^{quater} Cst sera éconduit. De nature policière, cette disposition n'a pour but historique que la lutte contre l'alcoolisme. Elle ne conférerait à l'aubergiste qu'un avantage indirect ou de fait. Mais ce dernier sera recevable à recourir contre l'application d'une clause de besoin instituée sur la base de l'article 31^{ter} Cst¹¹⁴. Lors de la revision de 1947, celle-ci fut en effet introduite pour protéger la profession contre l'encombrement. L'aubergiste en retirerait un intérêt de droit. Cette distinction paraît peu conforme à la réalité économique. Saurait-on ignorer que, quelle qu'en soit la base constitutionnelle, les clauses de besoin déploient toutes des effets similaires qui tiennent à la fois de la police et de la politique économique? Une fois encore éclate le caractère artificiel de la jurisprudence inspirée par l'article 88 OJF. Les solutions étriquées qui en résultent contrastent péniblement avec celles offertes, par exemple, par les jurisprudences française ou belge¹¹⁵.

¹¹³ ATF 85 I 52 = JdT 1960 I 84; 86 I 281 ss. = JdT 1961 I 361 ss., 365; ATF 93 I 177; voir les critiques d'AUBERT, *Traité*, II, n° 1676, pp. 602/03 et celles des auteurs cités.

¹¹⁴ ATF 97 I 889: «... la qualité pour recourir fondée sur l'art. 31^{ter} Cst. n'existe que dans les cantons qui ont fait usage de la faculté prévue par cette disposition... Cette faculté ne peut être adoptée par un canton qu'au moyen d'une disposition légale expresse, et non par simple interprétation d'une disposition légale antérieure.» Voir également: ATF 93 I 176; 95 I 118 ss.; 82 I 151.

¹¹⁵ Dans ces pays, la jurisprudence a défini la qualité pour recourir en des termes qui se rapprochent, dans l'ensemble, de ceux de l'article 103 lit. a OJF. Les conséquences qui en ont été déduites sont cependant plus larges que celles

Dans sa nouvelle formulation, *la qualité pour recourir au juge administratif* (art. 103 lit. a OJF et 48 lit. a LPA) est affranchie de l'incompréhensible distinction entre intérêts de droit et intérêts de fait. Du même coup, elle a permis aux concurrents de recourir contre les décisions accordant un contingent à un nouvel importateur : dans la mesure où elle a l'effet d'émarger au contingent global et de réduire des contingents individuels, une telle décision porte atteinte à des intérêts économiques dignes de protection¹¹⁶. La question de savoir si la mesure attaquée est régulière ou non relève de l'examen au fond. Dans un arrêt rendu le 22 novembre 1974 dans la cause *Vereinigung Schweizerischer Mahlhafermühlen c. Coop-Mühle Zürich*, le Tribunal fédéral nous paraît avoir fait un pas de plus. Dans le cas particulier, l'octroi du contingent litigieux n'avait pas pour effet de diminuer les quotas d'importation des premiers bénéficiaires. Par contre, il allait permettre l'autoapprovisionnement en produits d'avoine de l'entreprise requérante, comme aussi, en vertu d'une convention privée, l'approvisionnement en exclusivité d'une seconde maison qui jusque là pourvoyait elle-même à ses besoins. Le préjudice indirect que pouvaient en éprouver les fabriques suisses de produits d'avoine ne consistait donc que dans la perte d'un client et d'un client potentiel. Leur intérêt à faire sanctionner une violation éventuelle des statuts de la Société coopérative suisse des céréales et matières fourragères a néanmoins été jugé digne de protection et dans les termes suivants : «Die Tatsache der Kontingentierung schafft für alle Konkurrenten eine spezifische Beziehungsnähe, soweit es sich um die Bewilligung von Kontingenten handelt.» Peu avant, soit le 13 septembre 1974, le Tribunal fédéral était parvenu à une conclusion

admisses à ce jour par notre Haute Cour. C'est ainsi que le contribuable français est recevable à recourir pour excès de pouvoir contre toute décision susceptible d'avoir une incidence sur les budgets et finances de la commune et du département. Voir les autres nombreux exemples cités par ODENT, op.cit. (note 2), pp. 1291 ss.; par VEDEL, op.cit. (note 1), pp. 563 ss.; par AUBY/DRAGO, op.cit. (note 87), II, pp. 497 ss. Sur l'intérêt à agir en *Belgique* : cf. CYR CAMBIER, Droit administratif, Précis de la Faculté de droit de l'Université Catholique Louvain, 1968, pp. 529 ss.

¹¹⁶ ATF 97 I 293 = JdT 1972 I 615/16.

négative dans un litige opposant le *Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten* à *Roco Conserven*. Celui-là avait pour objet une décision d'irrecevabilité du Département fédéral de l'Intérieur pour défaut de qualité au sens de l'article 48 lit. a LPA. Cette instance n'avait voulu voir qu'une simple dénonciation (*Aufsichtsbeschwerde*) dans un recours attaquant une décision prise par le Service fédéral de l'hygiène publique autorisant le lancement d'une nouvelle crème de dessert. Tout en observant que la question posée n'appelait pas nécessairement une réponse univoque, le Tribunal fédéral a confirmé en l'espèce le prononcé départemental. «Würde hier die Legitimation der Milchproduzenten anerkannt, so müßte jeder Produzent oder Händler, der eine bestimmte Ware vertreibt, als berechtigt angesehen werden, gegen die Bewilligung des Inverkehrbringens irgendeines Erzeugnisses, das mit dem seinigen in Konkurrenz treten könnte, Beschwerde zu führen, auch wenn die beiden Produkte ganz verschiedener Natur wären.» A la limite, en effet, une jurisprudence contraire irait jusqu'à légitimer au recours tout producteur, industriel ou négociant menacé dans son chiffre d'affaires par la commercialisation d'un produit concurrent ou d'un succédané. Pareille interprétation conduirait à l'action populaire. Au surplus, elle entrerait en conflit avec notre conception de la liberté économique. Lors même que la décision de première instance pouvait, semble-t-il, leur occasionner un préjudice économique¹¹⁷, les producteurs ne justifiaient certes pas d'un intérêt digne de la considération de l'administrateur-juge.

Les virtualités de l'article 103 lit. a OJF n'en sont pas moins étendues. En voici quelques exemples encore. La qualité pour recourir a été reconnue à une société fiduciaire attaquant la décision de la Commission fédérale des banques qui avait autorisé une société concurrente – nouvellement créée par l'ex-directeur de la première, accusé entre autres de violation d'une interdiction de concurrence – à fonctionner comme institution de revision¹¹⁸. Un

¹¹⁷ Selon l'art. 2 de l'Arrêté fédéral sur l'économie laitière, du 25 juin 1971 (R.S. 916.350.1), la part des dépenses mise à la charge des producteurs s'accroît, lorsque les livraisons de lait dépassent une quantité de base fixée par le Conseil fédéral.

¹¹⁸ ATF 99 Ib 104ss.

intérêt digne de protection a été mis à l'actif de pharmaciens et d'une association de pharmaciens dont les recours attaquaient une décision rendue sur opposition par le DFTCE; celle-ci accordait aux CFF l'autorisation d'ouvrir, à titre de services accessoires, une pharmacie dans la gare de Berne, avec possibilité de déroger aux heures réglementaires de fermeture¹¹⁹.

Dans le sillage des arrêts précités, la qualité pour recourir devrait, selon nous, être accordée aux *soumissionnaires évincés* par mauvaise application des réglementations fédérales sur les adjudications (art. 48 lit. a LPA et art. 103 lit. a OJF). L'intérêt économique à obtenir la suppression de privilèges illégalement consentis à un concurrent et, de façon plus générale, à voir s'appliquer correctement les prescriptions en la matière¹²⁰ nous paraît mériter un contrôle juridictionnel. L'annulation de la décision litigieuse procurerait au recourant, sinon l'adjudication, du moins le rétablissement de ses chances. En l'état, le recours du soumissionnaire rencontre une difficulté d'un autre ordre. Selon une jurisprudence constante, développée sur recours de droit public, l'acte d'adjudication ne constituerait pas un acte de puissance publique¹²¹. En faisant appel à la théorie des «actes détachables»¹²², on pourrait

¹¹⁹ ATF 98 Ib 229.

¹²⁰ Ordonnance sur la mise en soumission et adjudication de travaux et de fournitures du bâtiment et du génie civil par la Confédération, du 31 mars 1971, R.S. 172.056.12; Ordonnance sur les achats dans l'administration fédérale, du 22 mai 1962, R.S. 172.056.13. Ce sont à l'évidence des ordonnances de nature législative.

¹²¹ ATF 60 I 369; 89 I 253, 278; arrêt *Canonica* du 6 novembre 1968; arrêt *Chambre syndicale des installateurs de chauffage et ventilation* du 4 octobre 1974; RDAF 1974, p. 20.

¹²² Suivant cette théorie, l'adjudication d'un marché de l'Etat se divise en deux opérations successives: l'émission d'un acte administratif en application des procédures de soumission, suivie de la conclusion d'un contrat de droit administratif, cas échéant, de droit privé. Cf. GEORGES DREYER, Les marchés de travaux publics et la procédure de soumission, thèse, Fribourg 1938, pp. 35 à 50; HANS MARTI, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, RDS 81 II, 1962, p. 43; Die staatsrechtliche Beschwerde (cité note 11), p. 45–46; MAURICE FLAMME, Traité théorique et pratique des marchés publics, Bruxelles 1969, t. I, nos 301, pp. 440ss.; A. GRISEL, Juridiction constitutionnelle de demain, Zbl 72, 1971, p. 212.

avoir raison de cette objection. On surmonterait aussi celle consistant à dire que, n'ayant aucun droit à la conclusion du contrat avec l'Etat, le soumissionnaire ne saurait être atteint dans des intérêts juridiquement protégés (art. 88 OJF)¹²³. C'est encore sur l'exigence d'un intérêt de droit que viennent s'échouer les recours de droit public formés contre les *nominations et promotions irrégulières* dans la fonction publique. Les prescriptions y relatives étant destinées, constate le Tribunal fédéral, non à la protection des candidats, mais à la sauvegarde de l'intérêt public, le candidat malchanceux ne peut prétendre être lésé dans un intérêt juridiquement protégé¹²⁴. Sur le plan fédéral, le recours administratif offre certaines possibilités (art. 3 lit. b LPA a contrario); mais le recours de droit administratif est exclu par l'article 100 lit. e ch. 1 OJF. Remarquons que le droit administratif français se montre plus ouvert à cet égard¹²⁵.

En conclusion, la qualité pour recourir au Tribunal fédéral contre les privilèges illégaux, et singulièrement celle du concurrent, sont encore à développer sur plusieurs plans.

2.3. Le cercle des voisins

Ce cercle s'est entr'ouvert, puis largement ouvert. Pendant longtemps, le Tribunal fédéral refusa au propriétaire foncier la qualité pour recourir contre le permis de bâtir accordé à un tiers et constatant que l'ouvrage projeté était conforme au droit public de la construction. Il n'admit d'exception à la règle que sur la base de dispositions protégeant le voisin contre les immissions, puis, dans

¹²³ Arrêt *Weisskopf et Cie S.A.* du 23 janvier 1974; arrêt *Chambre syndicale des installateurs de chauffage* (précité).

¹²⁴ ATF 98 Ia 653 = JdT 1974 I 632; ATF 96 I 624ss.

¹²⁵ Cf. les nombreuses situations contentieuses évoquées par AUBY/DRAGO, op.cit. (note 87), II, pp. 517ss.; par ODENT, op.cit. (note 2), pp. 1295ss.; voir aussi BRUNO KORNPORST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, L.G.D.J., Paris 1959, pp. 130–131.

Sur la pratique des autorités administratives fédérales: J.A.A.C., fasc. 38/III, 1974, pp. 17ss.; fasc. 39/I, 1975, pp. 24ss.

les cas où, du fait de l'autorisation délivrée, le recourant voyait sa propre liberté de construire limitée¹²⁶.

Cette jurisprudence restrictive a été abandonnée dans un arrêt de principe rendu le 26 mai 1965, en la cause *Kolter et Uehlinger*¹²⁷. Véritable cours magistral, cet arrêt rappelle tout d'abord que la compétence cantonale (et communale) d'édicter des règles de construction est définie, d'une part aux articles 5 et 686 CCS, de l'autre aux articles 6 et 702 CCS. Dans les limites ainsi tracées, poursuit le Tribunal fédéral, cantons et communes ont établi trois sortes de règles de construction : une première série de dispositions tend à protéger les sujets de droit individuels et ressortit au droit privé ; une deuxième catégorie de règles sert à la sauvegarde de l'intérêt général exclusivement et relève du droit public ; les règles de la troisième catégorie sont celles qui assurent tant l'intérêt public que celui des particuliers. Selon la nouvelle jurisprudence, sans cesse confirmée depuis lors, le Tribunal fédéral considère que ces règles à double fonction attribuent au voisin une sphère d'intérêts juridiquement protégés et, partant, la qualité de l'article 88 OJF. La conséquence en est que ce voisin défendra sur recours de droit public, non seulement ses propres intérêts, mais aussi, au moins indirectement, ceux de la collectivité dont il fait partie. Savoir quelles sont les normes qui appartiennent à cette troisième catégorie est affaire d'interprétation. Parmi les dispositions communément retenues sont à mentionner celles qui sont relatives aux distances, aux limites, à la hauteur des bâtiments, à la densité des constructions, aux coefficients et aux modalités d'utilisation, aux immissions¹²⁸. «Celles-ci peuvent conférer au propriétaire foncier

¹²⁶ ATF 87 I 362 (immissions) ; 90 I 185 ; 89 I 517/18 = JdT 1964 I 615 ; ATF 88 I 179/80 = JdT 1963 I 380/81.

¹²⁷ ATF 91 I 409ss. = JdT 1967 I 194ss. Cet arrêt est à mettre à l'actif de la doctrine qui ne ménagea pas ses critiques à l'endroit de la jurisprudence antérieure. On signale en particulier la contribution du professeur HANS HUBER : Die Legitimation des Nachbarn zur staatsrechtlichen Beschwerde in Bausachen, R.S.J. 57, 1961, pp. 165ss.

¹²⁸ ATF 99 Ia 126ss. = JdT 1975 I 29ss. (perte d'ensoleillement) ; ATF 99 Ia 148 ; 247 = JdT 1974 I 208ss., 216 (centrale nucléaire de Kaiseraugst) ; 98 Ia 112 =

une sphère d'intérêts juridiquement protégés qui déborde le contenu de la propriété tel que le définit le droit des choses.»¹²⁹ Il va sans dire que la notion de voisinage ne se limite pas nécessairement aux immeubles sis à proximité immédiate de l'implantation litigieuse. Variant selon la portée des effets nuisibles, elle peut étendre bien au-delà l'espace protégé¹³⁰.

Dans la deuxième catégorie, trouvent place, entre autres, les prescriptions sur la protection de la nature et des sites, celles relatives à l'intégration des constructions dans le paysage urbain et naturel. Le voisin n'est pas admis à fonder sur elles un recours de droit public. Ainsi ne peut-il faire valoir, par cette voie, que l'on dépare l'aspect caractéristique d'un site ou d'une localité, ni d'ailleurs que l'on porte atteinte à l'écoulement du trafic ou à la sécurité de la circulation¹³¹. Nous présumons cependant que la qualité pour recourir lui serait accordée, si le bâtiment projeté constituait, par sa laideur, une agression des droits de la personnalité! L'occasion sera peut-être donnée au Tribunal fédéral de nuancer sa jurisprudence. On ne saurait, en effet, exclure que la violation de la clause esthétique ou des règles relatives à l'alignement ne pût faire tort à des intérêts juridiquement protégés¹³². En passant, on remarquera que la pratique de certains cantons est nettement plus

JdT 1974 I 314/15; ATF 97 I 265, 887; 96 I 547; 95 I 197; 92 I 205 ss. = JdT 1967 I 218; 91 I 345.

Sur la pratique cantonale, cf. LEUTENEGGER, *op.cit.* (note 100), pp. 354 ss.

¹²⁹ JdT 1967 I 206.

¹³⁰ Cf. LEUTENEGGER, *op.cit.*, p. 355 et les auteurs cités; IMBODEN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, II, n° 632, p. 678; ATF 99 Ia 247 ss. = JdT 1974 I 208 ss., 216. Très illustrative à cet égard est la jurisprudence du Conseil fédéral en matière d'exploitation d'aéroports. Renonçant à procéder à des mesures de bruit, longues et coûteuses, il concède la qualité pour recourir (art. 48 lit. a LPA) à toute personne, qui, à raison de son lieu de domicile ou de travail, est censée être suffisamment incommodée par le trafic aérien. L'espace protégé est en de tels cas fonction du régime des vents! Voir les décisions citées sous *note 78*, ci-devant.

¹³¹ Cf. IMBODEN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, II, n° 632, pp. 678 à 679; LEUTENEGGER, *op.cit.*, pp. 362 ss.; ATF 99 Ia 247 ss., 261 = JdT 1974 I 208 ss., 222; Zbl. 75, 1974, pp. 470 ss. et les arrêts cités.

¹³² Voir les exemples donnés par le Verwaltungsgericht de Zurich dans sa décision du 24 janvier 1974 publiée dans le Zbl 75, 1974, pp. 470 ss., 474.

ouverte sur ce point¹³³. Néanmoins, la jurisprudence développée à partir de l'arrêt *Kolter* ne conduit pas à des résultats sensiblement moins favorables que ceux acquis à ce jour sur la base des articles 48 lit. a LPA et 103 lit. a OJF, dans le contrôle de l'application de certaines lois fédérales¹³⁴.

Autre remarque, de portée générale: après avoir constaté l'irrecevabilité, l'autorité administrative en arrive souvent à convertir le recours qui lui a été adressé en une dénonciation ou plainte¹³⁵. Il advient aussi que le Tribunal fédéral attire l'attention du recourant sur les possibilités offertes par l'article 71 LPA¹³⁶. On pourrait imaginer que le juge fédéral éprouve la nécessité, le cas échéant, d'aviser directement l'autorité de surveillance.

2.4. Le recours du plaignant

La jurisprudence relative à la qualité pour recourir de l'accusateur privé ou de la victime d'une infraction pénale poursuivie d'office, a toujours été fluctuante. Après l'avoir admise pendant

¹³³ Voir, par exemple, la décision rendue le 6 novembre 1972 par la Commission vaudoise de recours en matière de police des constructions: RDAF 1973, pp. 432 ss.

¹³⁴ Cf. H. HUBER, Die Zuständigkeiten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf dem Gebiet des Baurechts – vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht, in: Rechtliche Probleme des Bauens, Berner Tage für die juristische Praxis 1968 (1969), pp. 47–73.

¹³⁵ Ne bénéficiant d'aucun des droits reconnus à une partie (art. 6 et 71 al. 2 LPA), le dénonciateur ne pourra cependant exiger que l'autorité entre en matière, ni qu'elle lui communique la décision prise. Cf. MCF à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative, FF 1965, II, p. 1409/10; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pp. 474; IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, II, n° 641, pp. 706 ss. En réalité, l'autorité de surveillance ouvre une enquête lorsque le dénonciateur fait apparaître que l'intérêt public est sérieusement menacé. De même réagira-t-elle à la plainte rendant vraisemblable la violation grave d'un intérêt privé important. Cf. ANDRÉ GRISEL, Pouvoir de surveillance et recours de droit administratif, Zbl 74, 1973, p. 54; ATF 97 I 10 ss.

¹³⁶ Arrêt rendu en la cause *Gemeinderat von Wetzikon*, le 12 septembre 1974; arrêt du 14 mars 1975 rendu dans la cause *Schweizerische Vereinigung für Heimatschutz c. Oerlikon-Bührle Immobilien A.G.*

des décennies, le juge du recours de droit public en est arrivé, dès 1943, à la refuser. *L'action pénale appartient à l'Etat*: d'où l'incapacité du dénonciateur ou du lésé à soutenir qu'une décision de non-lieu ou d'acquittement repose sur une application arbitraire de la loi ou sur une appréciation erronée des preuves. Ils ne tiraient l'un et l'autre que de simples intérêts de fait des règles de procédure cantonale leur permettant de jouer un rôle dans la poursuite pénale¹³⁷. Dès lors, le plaignant ne sera habile à faire valoir que la violation des seuls droits qui lui appartiennent en propre, en sa qualité de partie au procès: ainsi, le droit au respect des règles sur la récusation ou sur la composition de l'instance pénale, le droit d'être entendu, celui de participer à une vision locale, etc.¹³⁸. Récemment, le Tribunal fédéral entreprit d'étendre quelque peu la notion de déni de justice formel. Il considéra que pouvait équivaloir à une violation du droit d'être entendu, le fait de ne pas avoir donné suite à une plainte pour des *motifs* manifestement contraires au droit cantonal de procédure ou au droit pénal matériel¹³⁹. Par un arrêt du 31 janvier 1973, le Tribunal fédéral est toutefois revenu (par une «précision apportée à sa jurisprudence») à la stricte orthodoxie de sa pratique antérieure¹⁴⁰.

Force serait de libéraliser cette dernière, si la qualité pour recourir au juge constitutionnel était nouvellement définie dans les termes de l'article 103 lit. a OJF. Ce recours serait alors ouvert au plaignant intéressé, par exemple, à la condamnation pénale d'un tiers, pour obtenir la révision d'un jugement rendu sur faux témoignage. Il ne resterait pas moins fermé, faute d'intérêt digne de protection, à qui ne chercherait qu'à assouvir un désir de vengeance. En bref, il appartiendrait à la prudence du juge de tracer les limites d'un nouveau cercle.

¹³⁷ Cf. CLAUDE BAUMANN, *Die Stellung des Geschädigten im Schweizerischen Strafprozeß*, thèse, Zürich 1958, p. 33; ATF 96 I 598 ss. = JdT 1972 I 199 ss.

¹³⁸ ATF 100 Ia 298 (recours contre la décision sur les frais); 98 Ia 649 = JdT 1974 I 615; ATF 96 I 598 ss. = JdT 1972 I 199 ss.; ATF 94 I 551 ss.; 91 I 90.

¹³⁹ ATF 97 I 107 ss., 769 ss.

¹⁴⁰ ATF 99 Ia 104 ss.

IV. Le recours corporatif

Les associations d'intérêts, syndicats, partis politiques et corporations diverses prolifèrent dans notre pays. L'union fait la force et la liberté d'association est garantie par la Constitution (art. 56 Cst). Qu'ils poursuivent des buts idéaux, moraux ou économiques, ces groupements sont assez largement admis à recourir contre les actes de puissance publique. Néanmoins, quelque méfiance persévérante traverse à leur sujet la législation et la jurisprudence fédérales.

1. Le groupement lésé personnellement

Seul peut en principe recourir le groupement qui est un sujet de droit. A ce titre, il peut être atteint par une mesure étatique dans ses intérêts propres. Un syndicat peut être l'objet d'une décision d'expropriation, de taxation fiscale, un parti politique se verra, le cas échéant, interdire l'organisation d'une manifestation ou écarter, au mépris des règles destinées à protéger les minorités, de la composition d'une autorité ou d'une commission¹⁴¹. De façon plus générale, le groupement peut être atteint dans les intérêts collectifs dont il a la charge. Dans tous ces cas, la qualité pour recourir dépend des *conditions de droit commun* (art. 88 OJF, art. 48 lit. a LPA, art. 103 lit. a OJF).

2. Les cas prévus spécialement par la loi

Selon les articles 48 lit. b LPA et 103 lit. c OJF, «a qualité pour recourir: toute autre personne, *organisation* ou autorité à laquelle la législation fédérale accorde le droit de recours». Cette réserve trouve écho dans plusieurs lois et ordonnances, ainsi à l'article 58

¹⁴¹ Zbl. 75, 1974, pp. 80 ss.; ATF 99 Ia 658 ss. Cf. BIRCHMEIER, op.cit. (note 6), pp. 360 ss.

al. 1 de la loi fédérale sur le travail¹⁴²; aux articles 17 al. 2 et 20 al. 2 de la loi fédérale sur le cinéma¹⁴³; à l'article 12 al. 1 de la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN)¹⁴⁴. Dans les cas où, suivant prescriptions spéciales, ils obtiennent un droit de recours, les groupements sont affranchis des conditions posées aux articles 48 lit. a LPA et 103 lit. a OJF. C'est dire qu'ils pourront adresser à l'instance juridictionnelle des conclusions tendant à la sauvegarde d'intérêts généraux¹⁴⁵.

3. La dilatation de l'article 12 LPN

Cette disposition accorde un droit de recours aux *associations d'importance nationale* qui, aux termes de leurs statuts, se vouent à la protection de la nature et du paysage ou à des tâches semblables par pur idéal. Les voies de droit entrant en considération sont le recours au Conseil fédéral et le recours de droit administratif au Tribunal fédéral, pour autant que toutes autres conditions de recevabilité soient remplies. Apparemment clair, ce texte soulève plusieurs difficultés d'interprétation.

La première d'entre elles tient à la détermination du *champ d'application matériel*. Comme le souligne le Message du Conseil fédéral du 12 novembre 1965¹⁴⁶, l'autorisation d'user des droits spéciaux de recours prévus à l'article 12 al. 1 LPN ne devrait pas sortir du cadre de *l'article 24^{sexies} Cst*¹⁴⁷, non plus que de celui

¹⁴² LF du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, R.S. 822.11 (recours des associations d'employeurs et de travailleurs); ATF 98 Ib 344ss.

¹⁴³ LF du 28 septembre 1962 sur le cinéma, R.S. 443.1 (recours des associations cinématographiques professionnelles); ATF 98 Ib 112ss.; 96 I 173.

¹⁴⁴ LF du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage, R.S. 451. Cf. THEODOR BÜHLER, *Der Natur- und Heimatschutz nach schweizerischen Rechten*, Zurich 1973.

¹⁴⁵ Cf. GRISEL, *Droit administratif suisse*, p. 479; GYGI, *op. cit.* (note 5), p. 105.

¹⁴⁶ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la protection de la nature et du paysage, du 12 novembre 1965, FF 1965 III, p. 101.

¹⁴⁷ *Art. 24^{sexies}*: 1) La protection de la nature et du paysage relève du droit can-

du chapitre premier de cette loi: «Protection de la nature et du paysage lors de l'accomplissement de tâches de la Confédération». «Ce n'est ... ainsi ... qu'exceptionnellement que ces moyens de protection pourront être utilisés aussi contre des décisions cantonales. Ce sera le cas lorsqu'en vertu d'une délégation légale, les cantons accomplissent comme simples organes d'exécution de la Confédération des tâches qui sont en principe du ressort de celle-ci.»¹⁴⁸ Dans ce cadre restreint, les associations concernées ont certes qualité pour attaquer l'octroi d'une concession fédérale de transport, de transport par conduite ou de téléphérique, ou l'autorisation fédérale de certains ouvrages ou installations¹⁴⁹. Mais l'article 12 al.1 LPN ne s'étendrait-il qu'aux autorisations *fédérales* de défrichement?¹⁵⁰ A s'en tenir au message du Conseil fédéral, une réponse affirmative à cette question ne serait pas déraisonnable. Judicieusement, le Tribunal fédéral a considéré, en s'appuyant sur l'article 2 lit. b LPN, que ces décisions, d'où qu'elles proviennent, ressortissent à une tâche de la Confédération¹⁵¹. Les associations visées sont également admises à recourir contre la violation de la loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux, du 10 juin 1925¹⁵². La LPN fait, il est vrai, référence à la protection de la faune et de la flore indigènes ainsi que de leur espace naturel (art. 1 lit. d, 18 ss. LPN)¹⁵³. Comme il était prévisible, la question s'est posée de savoir si l'article 12 al.1 LPN peut être invoqué dans le cadre de l'application de *l'arrêté fédéral instituant des mesures urgentes en matière d'aménagement du territoire*, du 17 mars

tonal; 2) La Confédération doit, dans l'accomplissement de ses tâches, ménager l'aspect caractéristique du paysage et des localités, les sites évocateurs du passé, ainsi que les curiosités naturelles et les monuments et les conserver intacts là où il y a un intérêt général prépondérant; 3) ... subventions, acquisitions et expropriations; 4) elle est autorisée à légiférer sur la protection de la faune et de la flore.

¹⁴⁸ MCF du 12 novembre 1965, p. 101.

¹⁴⁹ Voir les exemples cités à l'art. 2 LPN; Zbl 75, 1974, pp. 271 ss.

¹⁵⁰ Zbl 75, 1974, pp. 271 ss.; ATF 96 I 502 ss. = JdT 1973 I 316 ss.

¹⁵¹ ATF 98 Ib 489 ss.; 99 Ib 94 ss.

¹⁵² R.S. 922.

¹⁵³ Art. 24^{sexies} ch. 3, Zbl 69, 1970, p. 279; ATF 96 I 686; décision du Conseil fédéral du 11 février 1970.

1972¹⁵⁴. A l'occasion d'un recours dirigé contre une décision cantonale d'irrecevabilité, *le Tribunal fédéral* a catégoriquement rejeté une telle interprétation. «Diese Bestimmung bezieht sich nach dem ganzen Aufbau des NHG nur auf die Fälle, in denen bei Erfüllung einer Bundesaufgabe (Art. 24^{sexies} Abs. 2 BV, Art. 2 NHG) die Belange des Natur- und Heimatschutzes zu wahren sind. Nach Art. 24^{sexies} Abs. 1 BV ist der Natur- und Heimatschutz grundsätzlich Sache der Kantone. Daran hat der Bundesbeschluß über die dringlichen Maßnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung grundsätzlich nichts geändert. Der Schutz der Ortsbilder und Kulturdenkmäler wird selbst dann nicht zur Bundesaufgabe, wenn er im Rahmen der dringlichen Maßnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung erfolgt (art. 2 lit. c BB).»¹⁵⁵ Il est piquant de constater que *le Conseil fédéral* s'est tout récemment prononcé dans un sens exactement opposé. L'article 12 LPN doit, à son avis, être également interprété au regard de l'article 22^{quater} Cst qui, en matière d'aménagement du territoire, répartit les compétences entre la Confédération et les cantons. L'aménagement du territoire demeure en principe une tâche cantonale. La Confédération n'y est cependant pas étrangère. Elle a la compétence d'édicter par la voie législative des principes généraux, de même qu'elle encourage et coordonne les efforts des cantons et collabore avec eux. Instance juridictionnelle suprême, elle est aussi expressément dotée en la matière d'un pouvoir de surveillance (art. 13 de l'arrêté urgent). Dans l'exercice de toutes ces attributions, elle se doit d'avoir égard aux exigences de la protection de la nature et du paysage (art. 24^{sexies} al. 2 Cst, art. 1 LPN). Et le Conseil fédéral de conclure que la possibilité d'appliquer en ce domaine l'article 12 LPN ne fait pas de doute. «Contrairement aux craintes exprimées dans le mes-

¹⁵⁴ R.S. 700. L'art. 8 de cet arrêté a la teneur suivante: «Protection juridique assurée par le droit fédéral. 1) Les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance ou par les services fédéraux peuvent être attaquées selon les dispositions sur la justice administrative fédérale; le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué. 2) Dans tous les cas, l'utilisation d'un moyen de droit n'aura d'effet suspensif que si l'autorité l'accorde.»

¹⁵⁵ Arrêt du 14 mars 1975 rendu en la cause *Schweizerische Vereinigung für Heimatschutz c. Oerlikon-Bührle Immobilien AG*.

sage du Conseil fédéral du 26 janvier 1972 à l'appui d'un projet d'AFU (arrêté fédéral urgent), on doit constater que les associations précitées ne font pas un usage abusif de leur faculté de recourir. Il convient de relever également que le Conseil fédéral a déjà admis la qualité pour recourir fondée sur l'article 12 LPN à une commune, en s'écartant des considérations émises dans le message sus-mentionné¹⁵⁶, et de celles du Tribunal fédéral¹⁵⁷ qui se réfèrent à ce message.»¹⁵⁸

A l'analyse, l'interprétation du Tribunal fédéral apparaît solide. Elle prend ses assises dans les alinéas premiers des articles 22^{quater} et 24^{sexies} Cst; elle a pour elle la lettre et la systématique de la LPN et jusqu'à la volonté des auteurs de l'arrêté urgent du 17 mars 1972. C'est à dessein, en effet, que ceux-ci renoncèrent à instituer à l'article 8 de cet arrêté un droit de recours des communes, cantons et associations d'importance nationale¹⁵⁹. Plus encore: la proposition du Conseil fédéral d'accorder à ces dernières la qualité pour recourir dans *la future loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, a été expressément écartée dans le cours des travaux parlementaires¹⁶⁰. Lorsqu'il lui reviendra de statuer sur des recours

¹⁵⁶ FF 1972 I, p. 493 ss.

¹⁵⁷ ATF du 12 septembre 1974 en la cause *commune de Wetzikon*.

¹⁵⁸ Décision du Conseil fédéral du 9 avril 1975 dans la cause *Schweizerischer Bund für Naturschutz et associations diverses c. Regierungsrat des Kantons Bern* betreffend Ausscheidung eines provisorischen Schutzgebiets in Vorderdettigen, Gemeinde Wohlen BE; dans le même sens: la décision rendue le 9 avril 1975 dans la cause *Ligue suisse pour la protection de la nature et Ligue vaudoise pour la protection de la nature c. Conseil d'Etat du canton de Vaud* (concerne la délimitation de zones protégées à titre provisoire en matière d'aménagement du territoire dans la commune de Buchillon); décision du 7 décembre 1974 en la cause *commune de Buchs*.

¹⁵⁹ MCF du 26 janvier 1972, FF 1972 I, p. 507.

¹⁶⁰ A son art. 71 al. 1 lit. d, le *Projet du Conseil fédéral* accordait la qualité pour recourir aux «associations d'importance nationale qui s'occupent principalement de tâches en matière d'aménagement du territoire». Cette disposition fut biffée sur la proposition de la commission du Conseil national. Cf. MCF concernant la loi sur l'aménagement du territoire, du 31 mai 1972, FF 1972 I, pp. 1519, 1541. Dans la LF sur l'aménagement du territoire (LAT), du 4 octobre 1974 (en instance référendaire), la qualité pour recourir est reconnue à celui qui est touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection

d'associations formés en la matière, le Tribunal fédéral ne manquera certes pas de se rappeler ce fait.

Plusieurs raisons nous font regretter les décisions législatives intervenues. Celles-là sont autant d'arguments qui plaident en faveur d'une interprétation large de l'article 12 al. 1 LPN. Saurait-on nier, par exemple, l'étroite connexité de la protection de la nature et du paysage et du droit de l'aménagement du territoire? Les associations d'importance nationale qui s'y vouent, ne seraient-elles pas les plus qualifiées à promouvoir la saine réalisation du droit en ce dernier domaine? Préférerait-on la rébellion des citoyens sur le terrain, à la canalisation de leurs doléances dans l'action d'associations responsables? L'interprétation la plus rationnelle et la plus rigoureuse n'est pas toujours la plus souhaitable; elle l'est plutôt rarement au stade de l'examen de la recevabilité. Guidé par cette vérité d'expérience, nous accordons notre sympathie à la jurisprudence amorcée par le Conseil fédéral. Elle procède d'un effort d'interprétation objective et téléologique que les textes ne répudient pas nécessairement. Au reste, elle pourrait bien être la plus favorable à l'économie de procédure. Et l'article 103 OJF n'a-t-il pas été désarticulé, lui aussi, par les nécessités contentieuses? Ces observations en appellent d'autres, plus fondamentales. Placées demain dans l'impossibilité de recourir au juge, les associations d'importance nationale solliciteront régulièrement *le pouvoir de surveillance du Conseil fédéral* (art. 102 al. 1 ch. 2, 13 Cst). Souvent, celui-ci sera appelé à statuer sur les causes les plus importantes. Le risque n'est dès lors point théorique que le contentieux de l'aménagement du territoire finisse par échapper, en partie, à la juridiction administrative du Tribunal fédéral. Cette évolution pourrait concerner d'autres secteurs. A la limite, elle pourrait entraîner une rupture d'équilibre entre pouvoir juridictionnel et pouvoir de surveillance. Autre remarque de portée générale: à limiter à l'excès la qualité pour recourir des personnes

à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. *Sont également habilitées à recourir les autorités compétentes de la Confédération, des cantons et des communes;* dans son domaine, le droit cantonal pourra définir plus largement la qualité pour recourir (art. 61 LAT). Cf. FF 1974 II, p. 834.

de droit public et des groupements préoccupés de l'intérêt général, on ne peut que favoriser la réédition de la procédure regrettable suivie dans ce que l'on appelle «Der Fall ‹Fextal›». Au frais de l'indépendance judiciaire, on y voit le Conseil fédéral casser une décision rendue par le Tribunal administratif du canton des Grisons et entrée en force de chose jugée¹⁶¹.

Des pressions sont exercées sur l'article 12 LPN à partir également de *la loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution*, du 8 octobre 1971 (LPEP)¹⁶². Dans l'arrêt rendu le 8 novembre 1974 en la *cause Schweizer Heimatschutz c. Cresta Ferien AG*, le Tribunal fédéral admet que par certaines dispositions (art. 2 al. 1, 17 ss.), la loi précitée a des incidences favorables sur la protection de la nature et du paysage. Considérant que ces effets ne sont que dérivés, il en vient cependant à refuser aux associations visées à l'article 12 LPN le droit de recourir dans le cadre de la LPEP. Ce jugement réserve cependant les cas particuliers où, par exemple, la violation des dispositions relatives à la protection des eaux pourrait avoir l'effet immédiat de souiller un lac de montagne ou un cours d'eau encore limpide. Cet arrêt mérite approbation. Il permet d'ailleurs de mettre en évidence une *autre inconséquence législative*. L'article 12 LPN ne prévoit l'intervention des associations concernées que sur le plan fédéral, soit dans la phase ultime des procédures. Celles-là en sont réduites, sur le plan cantonal,

¹⁶¹ Décision du 11 mars 1974 en la cause *Gantenbein et Louis c. Département des Innern und der Volkswirtschaft des Kantons Graubünden*. Par ce prononcé, le Tribunal administratif des Grisons libérait certains biens-fonds, sis dans le «Fextal», du régime des zones protégées à titre provisoire (art. 2 al. 1 lit. b et d de l'arrêt fédéral du 17 mars 1972). Le Délégué fédéral à l'aménagement du territoire et le Département fédéral de justice et police y virent une claire violation du droit fédéral. Aucun recours ne fut déposé. Le jugement cantonal était entré en force depuis le 3 mai, lorsque, le 4 septembre 1974, le Conseil fédéral déclara l'annuler en se fondant sur le pouvoir de surveillance qu'il tient de l'art. 102 al. 1 ch. 2 Cst. Par lettre du 1^{er} octobre 1974, le Tribunal administratif cantonal protesta et fit savoir que des actes administratifs de ce genre ne pouvaient être que «rechtlich wirkungslos». La décision du Conseil fédéral et la lettre précitée ont été publiées dans la Zbl 75, 1974, pp. 529 ss. Sur cette affaire, cf. YVO HANGARTNER, Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, Zbl 76, 1975, pp. 1 ss.

¹⁶² R.S. 814.20.

à mettre en œuvre le pouvoir de surveillance en déposant une plainte. Pour ne pas les priver de la possibilité de recourir contre les décisions fâcheuses qui n'auraient été querellées par personne ou ne l'auraient pas été jusqu'à épuisement d'instances, il conviendrait d'admettre que toute décision cantonale eût pour elles valeur de prononcé de dernière instance (art. 98 lit. g OJF). Plus simple encore serait la solution consistant à reconnaître que l'article 12 LPN recèle une lacune. C'est bien ainsi qu'en a jugé l'autorité fédérale qui estime que les droits de recours inscrits à l'article 12 al. 1 LPN peuvent s'exercer aussi devant les autorités cantonales¹⁶³.

Pour terminer, remarquons que l'article 12 LPN ne crée pas un recours populaire. Il ne profite qu'aux associations reconnues d'importance nationale et se vouant principalement à la protection de la nature et du paysage. Par conséquent, les sections régionales, cantonales et locales d'associations devront, pour se faire entendre, passer par l'intermédiaire de leur association faîtière¹⁶⁴. Sont pareillement exclus du bénéfice de la disposition, les groupements qui ne s'occuperaient qu'accessoirement de protection de la nature, ceux qui poursuivraient ce but à des fins matérielles, comme aussi les comités d'action constitués pour les besoins d'une cause déterminée¹⁶⁵. Sur ce point, une interprétation extensive de l'article 12 LPN serait préjudiciable à la sécurité juridique. Les délais de recours ne commencent en effet à courir à l'égard des associations visées qu'à partir du moment où elles ont pris connaissance de la décision litigieuse. Il est dès lors nécessaire que l'autorité puisse aisément embrasser du regard le cercle des groupements agréés¹⁶⁶.

¹⁶³ Circulaire du Département fédéral de l'Intérieur aux départements cantonaux des forêts, du 7 septembre 1971.

¹⁶⁴ Message du Conseil fédéral du 12 novembre 1965, FF 1965 III, p. 102.

¹⁶⁵ ATF 98 Ib 124/25, 493; 96 I 261.

¹⁶⁶ Entrent notamment en considération comme organisations d'importance nationale: la Ligue suisse pour la protection de la nature, la Ligue suisse pour la sauvegarde du patrimoine national, le Club alpin suisse, la Société de l'histoire de l'art en Suisse, la Société helvétique des sciences naturelles, la Fondation suisse pour la protection et l'aménagement du paysage (Zbl 75, 1974, pp. 272 à 273), la Société suisse de préhistoire.

La publication officielle des décisions ne pourrait-elle pas donner plus régulièrement à ce délai un point de départ objectif?

4. *Le recours dans l'intérêt des membres*

«Nul ne plaide par procureur»: cet adage français projette aussi son ombre sur le droit suisse de procédure. Il traduit la préoccupation traditionnelle de l'Etat de contenir l'emprise des corps intermédiaires. Il n'a pourtant pas fait obstacle, dans notre pays, à une assez large admission du recours des groupements dans l'intérêt de leurs membres.

Selon une jurisprudence développée dans le cadre du recours de droit public, mais appliquée aussi dans les recours administratif et de droit administratif, les associations peuvent, par une sorte de substitution, former elles-mêmes recours pour assurer la défense des intérêts de leurs membres. Une atténuation est ainsi portée à la règle selon laquelle le recourant doit être lésé personnellement. Plusieurs conditions sont cependant posées. Les groupements doivent en premier lieu avoir la personnalité juridique. Les intérêts en cause doivent être de ceux que l'organisation a pour but statutaire de défendre. Ils doivent être communs, sinon à tous, du moins à la majorité des sociétaires. Enfin, ces derniers devraient être eux-mêmes légitimés à recourir par la voie de droit choisie¹⁶⁷. Cette jurisprudence s'applique aussi aux fédérations de groupements¹⁶⁸. Ce faisceau de conditions cumulatives appelle un bref commentaire.

Selon le principe de la spécialité des organisations, le recours en question doit se rapporter à des intérêts compris dans le but

¹⁶⁷ ATF 99 Ia 239; 99 Ib 55; 98 Ib 13 ss., 63 ss., 120, 226, 344; 97 I 593; 93 I 44, 127; 88 I 175; arrêt rendu en la cause *Zentralverband schweizerischer Milchproduzenten*, le 13 septembre 1974; AUBERT, *Traité*, II, n° 1679, p. 603; GRISEL, *Droit administratif suisse*, p. 479; MARTI, *op.cit.* (note 11), pp. 112/13; GYGI, *op.cit.* (note 5), p. 105.

¹⁶⁸ ATF 100 Ia 97 ss.; Zbl 75, 1974, p. 273; arrêt rendu le 13 septembre 1974 en la cause *Zentralverband schweizerischer Milchproduzenten*.

statutaire. L'appréciation de cette condition ne sera pas toujours aisée. Nombreux sont les groupements dont les statuts définissent les objectifs en termes très généraux. Il en est qui naissent à seule fin d'assurer la protection de leurs membres. Sans y renoncer, le juge devrait admettre assez libéralement la réalisation de cette exigence.

Il n'a jamais été exigé que les intérêts défendus soient communs à l'unanimité des membres. Dans une jurisprudence parfois hésitante¹⁶⁹, l'autorité se satisfait d'intérêts qui sont ceux du plus grand nombre. On ne saurait toutefois exclure, semble-t-il, la recevabilité d'un recours corporatif formé pour la sauvegarde des intérêts d'une minorité, voire d'une seule personne: ainsi lorsque la décision attaquée pose une question de principe¹⁷⁰. Le tout est d'éviter que ce recours ne dégénère en une procédure purement individuelle. Au demeurant, le critère «numérique» ou «quantitatif» actuellement utilisé pour en juger ne paraît pas suffisant. La pratique révèle qu'il est parfois bien difficile, sinon impossible de déterminer avec certitude si le recours corporatif a le soutien ou répond aux intérêts d'une majorité. Le juge en est réduit à le supposer, lorsque l'organisation recourante est très nombreuse. Une appréciation plus sûre pourrait être déduite de la *considération du contenu et des effets de la mesure attaquée*. Dans ce sens, le groupement serait recevable à agir contre les décisions susceptibles d'affecter objectivement les intérêts collectifs dont il a la responsabilité¹⁷¹. En définitive, la formule la plus concluante serait de tirer le meilleur parti des deux critères.

Quant à la dernière condition, elle ne saurait être appliquée indépendamment de la précédente. Logiquement et pratiquement, le recours d'une corporation ne peut être déclaré irrecevable par le

¹⁶⁹ ATF 98 Ib 72.

¹⁷⁰ ATF 97 I 222ss. Cf. ERNST ABDERHALDEN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, Übersicht über die in den Jahren 1966, 1967 und 1968 ergangenen Urteile, in: *Wirtschaft und Recht*, 1970, fasc. 1, pp. 49–50.

¹⁷¹ Cf. JEAN DE SOTO, L'individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, in: *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, L.G.D.J., Paris 1974, II, p. 774.

motif que certains membres ne seraient eux-mêmes pas en droit de recourir.

V. Le recours des personnes publiques et des autorités

Dans les finalités que nous leur avons reconnues, les juridictions constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral ne réservent nécessairement à ce recours qu'une place secondaire. Reste à savoir si elle est suffisante.

1. L'accès des personnes publiques au juge constitutionnel

La jurisprudence sur la question a passé par de multiples péripéties. Nous renonçons à les évoquer et limitons notre examen à la situation actuelle.

1.1. Un principe et une seule exception

Né d'une conception essentiellement individualiste de la fonction juridictionnelle, le recours de droit public s'adresse en premier lieu aux particuliers, personnes physiques et personnes morales. Ce n'est qu'accessoirement qu'il est donné aux personnes de droit public. Plusieurs ouvertures ont été cependant aménagées, dont la première est de jurisprudence constante: Confédération, cantons, communes et autres entités de droit public sont habiles à recourir contre les actes de puissance publique – acte législatif, jugement, acte administratif cantonaux – qui les atteignent de la même façon qu'un particulier, sur le terrain du droit privé¹⁷². C'est notamment le cas lorsque ces collectivités agissent comme propriétaires d'immeubles appartenant à leur patrimoine financier ou fiscal¹⁷³. Poussant un peu plus avant le raisonnement analogique, le juge

¹⁷² ATF 99 Ia 110, 756; 97 I 639ss.; 95 I 43ss. = JdT 1970 I 109ss.; ATF 88 I 107 = JdT 1962 I 597ss.; Zbl 72, 1971, p.42; arrêt *Pion Faloppia* du 14 avril 1969.

¹⁷³ ATF 90 I 337; les arrêts précités.

leur accorde également la qualité pour recourir lorsque sont mis en question les biens affectés à un service public, à savoir les biens constituant leur patrimoine administratif¹⁷⁴. La question demeure encore ouverte de savoir si cette extension peut aller jusqu'à recouvrir les biens affectés à l'usage commun, c'est-à-dire les biens du domaine public¹⁷⁵.

A ce stade, la jurisprudence du Tribunal fédéral se concilie sans trop de difficultés avec la volonté historique du Constituant (art. 113 al. 1 ch. 3 Cst). Du reste, la genèse de l'article 88 OJF nous apprend que l'on recourut à la notion neutre d'«organisation» pour ne point préjuger précisément de la légitimation des personnes de droit public¹⁷⁶. Cette jurisprudence n'en est pas moins contestée par certains auteurs. Elle implique, il est vrai, que les collectivités publiques puissent être titulaires de droits constitutionnels. Au passage, notons que le Tribunal fédéral s'exprime en des termes trop absolus lorsqu'il va disant que «cette voie de droit n'est ... pas ouverte en principe aux détenteurs de la puissance publique – Etat, communes et autres collectivités de droit public – lesquels ne sont en principe pas titulaires des droits constitutionnels des citoyens dont le recours de droit public a pour mission d'assurer la protection...»¹⁷⁷. En l'état, le recours de droit public n'est *en principe* fermé qu'aux personnes de droit public intervenant en leur qualité de détentrices de la puissance publique. L'exception à la règle profite, on le sait, aux communes.

Ces dernières sont admises à recourir au juge constitutionnel dans la mesure où elles invoquent une violation de leur autonomie, ou lorsque l'acte entrepris met en cause leur existence ou une partie essentielle de leur territoire¹⁷⁸. Dans la première au moins de ces trois éventualités, elles agissent en leur qualité de «potentior per-

¹⁷⁴ Dans l'arrêt *Kirchgemeinde Selsach c. Soleure* (Zbl 72, 1971, p. 42), par exemple, le Tribunal fédéral a reconnu à une paroisse la qualité pour recourir contre une décision classant comme monument historique une église affectée au culte.

¹⁷⁵ ATF 97 I 641; 96 I 466, 329; cf. KNAPP, op. cit. (note 100), p. 96.

¹⁷⁶ Cf. MARTI, op. cit. (note 11), p. 98; BIRCHMEIER, op. cit. (note 6), p. 359.

¹⁷⁷ ATF 99 Ia 110; 95 I 45; 93 I 66; 88 I 108; 83 I 269.

¹⁷⁸ ATF 99 Ia 74; 98 Ia 431; 97 I 138, 511; 94 I 541 ss.; 93 I 66 (parmi beaucoup d'autres arrêts).

sona». Selon la formule la plus généralement utilisée, il suffit que la commune recourante atteinte dans ses prérogatives de puissance publique, «allègue» ou «prétende» une violation de son autonomie¹⁷⁹. Le point de savoir si elle est réellement autonome dans le domaine considéré est une question de fond, non de recevabilité¹⁸⁰. Il importe de rappeler que la commune n'est pas (n'est plus) habilitée à soulever d'autres griefs que ceux précités, sinon à titre incident¹⁸¹. Quant au citoyen communal, un revirement de jurisprudence, opéré en 1946, l'a placé dans la situation inverse où il ne peut plus se plaindre d'une violation de l'autonomie communale qu'à l'appui d'un autre grief invoqué à titre principal¹⁸². L'ensemble de cette jurisprudence a suscité les réactions doctrinales les plus divergentes. Il est en effet des auteurs pour en mettre en doute la constitutionnalité¹⁸³, et d'autres pour en déplorer la timidité¹⁸⁴. Dans le camp de ces derniers, on ne manque de relever que pendant longtemps, le Tribunal fédéral admit assez largement le recours formé par les collectivités publiques affectées dans leurs prérogatives de puissance publique, que ce fût pour violation de l'autonomie communale, pour arbitraire ou pour violation d'autres droits constitutionnels¹⁸⁵.

Pour notre part, nous observons que la jurisprudence actuelle laisse sans recours des personnes de droit public qui mériteraient

¹⁷⁹ Plus restrictifs, certains arrêts exigent que la commune allègue de façon suffisamment motivée une violation de son autonomie: ATF 96 I 369 = JdT 1972 I 98 ss.; 95 I 36 = JdT 1970 I 364.

¹⁸⁰ ATF 100 Ia 83; les arrêts précités.

¹⁸¹ ATF 98 Ia 431; 97 I 511.

¹⁸² ATF 72 I 25; 99 Ia 247 ss. = JdT 1974 I 208 ss.; 94 I 131 = JdT 1969 I 81; ATF 91 I 412 = JdT 1967 I 198. Cf. JACQUES MEYLAN, Problèmes actuels de l'autonomie communale, RDS 91 II, 1972, pp. 112 ss.

¹⁸³ Cf. MARGRIT BAUMANN, Die Legitimation des Gemeinwesens zur staatsrechtlichen Beschwerde, thèse, Zurich 1955, pp. 82 ss.

¹⁸⁴ Cf. HANS-PETER MATTER, Die Legitimation der Gemeinde zur staatsrechtlichen Beschwerde, thèse, Berne 1965, pp. 56 ss.; MEYLAN, op. cit., pp. 104 ss.; RICCARDO JAGMETTI, Die Stellung der Gemeinden, RDS 91 II, 1972, pp. 339 ss.

¹⁸⁵ ATF 49 I 83 ss.; 47 I 219; 16, p. 243 (qualité pour invoquer l'art. 4 Cst); ATF 36 I 376–377 (liberté des cultes); 31 I 119 (garantie de la propriété); 64 I 313 (séparation des pouvoirs); 45 I 129 (tout droit constitutionnel).

parfois protection constitutionnelle. C'est ainsi que la corporation publique n'a pas qualité pour recourir lorsque, en tant que détentrice de la puissance publique, elle attaque une décision judiciaire cantonale qui aurait statué arbitrairement sur sa créance fiscale, ou fixé à un montant trop élevé l'indemnité qu'elle doit payer dans une procédure cantonale d'expropriation ou en raison de la responsabilité qu'elle encourt du fait de ses organes¹⁸⁶. Les revenus fiscaux dont, par exemple, le canton sera privé, ou les indemnités qu'il pourrait être condamné à payer «en trop», atteindront le cas échéant, des sommes considérables et l'affecteront gravement dans son patrimoine fiscal. «Ce n'est ... cependant ... pas une raison pour permettre à une collectivité de droit public d'utiliser contre de telles décisions la voie du recours de droit public, dont la mission essentielle est de protéger les particuliers (personnes physiques et morales) contre les abus du pouvoir étatique»: arrêt du 31 janvier 1973 rendu dans la *cause Etat de Neuchâtel c. Barret*¹⁸⁷. En d'autres termes, croyons-nous comprendre, les cantons ont les juges qu'ils se sont eux-mêmes choisis. Cet argument ne manque pas de pertinence. Il tombe cependant partiellement à faux lorsque la décision arbitraire frappe une autre personne de droit public.

L'arrêt précité nous amène à souligner que seule la commune est, en l'état, qualifiée à recourir, en tant que détentrice de la puissance publique, contre un acte cantonal d'autorité. Cette jurisprudence doit profiter aux divers types de communes que connaît notre droit public, ainsi qu'aux corporations qui en présentent les caractéristiques essentielles¹⁸⁸. Evidemment, elle a pris une importance accrue le jour où le Tribunal fédéral a admis que le champ de l'autonomie communale englobait tant la sphère des compétences déléguées que celle des compétences propres¹⁸⁹. Ce traitement de faveur, plusieurs arrêts nous le disent, se justifie par la

¹⁸⁶ ATF 99 Ia 110ss.; 93 I 66; 68 I 86; 66 I 74; 65 I 132; 60 I 231.

¹⁸⁷ ATF 99 Ia 110ss.

¹⁸⁸ Cf. MARTI, op.cit. (note 11), p. 109; JAGMETTI, op.cit. (note 184), pp. 268ss.; ATF 100 Ia 287ss. (recours de la *Primarschulgemeinde Küsnacht*).

¹⁸⁹ Sur l'évolution de la jurisprudence relative à la délimitation du champ de l'autonomie communale, cf. MEYLAN, op.cit. (note 182), pp. 55ss., 68ss. et les arrêts cités; ATF 93 I 154ss. = JdT 1968 I 258ss. (*commune de Volketswil*).

place éminente que prend la commune dans notre ordre constitutionnel et nos institutions démocratiques. «Die Gemeindeautonomie steht im Zusammenhang mit dem Gemeindeföderalismus als einem wesentlichen Element des politischen Aufbaus der Schweiz. Ihre Anerkennung als verfassungsmäßiges Recht schützt die Gemeinde davor, von einem selbständigen Gemeinwesen mit demokratischer Willensbildung zu einem kantonalen Verwaltungsbezirk zu werden.»¹⁹⁰ Cette position prise, le Tribunal fédéral en vient à dénier la qualité pour recourir aux entités de droit public qui ne lui paraissent pas avoir la même justification intrinsèque. Cette comparaison jouera en défaveur des entités de droit public nées de la décentralisation administrative cantonale. La conséquence en est que les corporations et établissements publics personnalisés ne sont pas légitimés à recourir, quelle que soit par ailleurs l'importance sociale et politique de leurs prestations. L'autonomie fonctionnelle d'une université, d'une entreprise publique de caractère industriel ou commercial de première nécessité ne saurait rivaliser avec celle d'une commune de cent âmes. «Famille des familles... celle-ci, est, il est vrai, sortie de la main de Dieu» (ALEXIS DE TOCQUEVILLE). Pièce de notre ordre constitutionnel, elle relève de la structuration politique de l'Etat. Elle est à vocation générale. Celle-là n'est en revanche qu'une application banale du principe sociologique de la division du travail! Elle dérive de l'agencement administratif des structures politiques. Elle est à vocation spécifique. Récemment, ce fut au tour de l'association des étudiants de l'Université de Berne de faire les frais de la comparaison¹⁹¹. Précédemment, le recours d'un syndicat de remaniement parcellaire avait été déclaré irrecevable pour la même raison¹⁹².

S'agissant du moins du recours de droit public, le juriste ne peut que se résigner à l'exclusion des organismes autonomes sans personnalité juridique. Procédant de la simple déconcentration administrative, ceux-ci participent à la personnalité juridique de la collectivité, généralement territoriale, dont ils tiennent leur exis-

¹⁹⁰ ATF 99 Ia 757.

¹⁹¹ Voir l'arrêt précité.

¹⁹² ATF 95 I 43 ss. = JdT 1970 I 109 ss.

tence. Privés en principe de la capacité générale d'être partie, ils ne sauraient au surplus réaliser, par analogie avec le particulier ou la commune, ou une autre personne de droit public, la condition de capacité spéciale rencontrée dans les deux premières parties de cette étude¹⁹³. Ces remarques, que renforcent le principe de la subordination hiérarchique, valent a fortiori pour *les autorités* qui, comme telles, ne sauraient, dans la règle, recourir contre les décisions prises par un autre organe de la même collectivité¹⁹⁴. Nous retrouvons ici l'épineuse question de savoir si un canton pourrait, agissant par son exécutif, être recevable à former recours contre les jugements prononcés par ses propres juridictions. L'indépendance des pouvoirs en opposition devrait permettre cette exception. D'un point de vue dogmatique, on ne saurait toutefois se cacher la difficulté d'une telle solution¹⁹⁵. Politiquement, elle équivaldrait à une auto-limitation, par le canton recourant, de la sphère globale de son autonomie.

1.2. Remarques critiques

Les observations qui précèdent nous autorisent à dresser un constat de carences, largement inhérentes, il est vrai, au système même du recours de droit public. Nos observations se rapportent à la délimitation du cercle des personnes publiques légitimées et à celle des griefs recevables.

Certes ne peut-on qu'approuver les égards manifestés par notre Cour suprême pour la commune politique. Plus discutable est en revanche de lui en accorder l'exclusivité... à tel point que les nouvelles «candidatures», examinées à l'aune communale, sont écartées pour défaut de ressemblance. En réalité, les structures cantonales décentralisées présentent une grande variété d'«autonomies». Souvent insusceptibles de comparaisons, elles sont toutes plus ou moins dignes de protection. Dépositaire d'une parcelle de la puissance publique, chacune a un intérêt juridiquement protégé à ne

¹⁹³ Supra pp. 148/49, 154.

¹⁹⁴ Cf. MATTER, op. cit. (note 184), pp. 10 ss. et les arrêts cités par cet auteur.

¹⁹⁵ Cf. MARTI, op. cit. (note 11), p. 110.

pas subir les excès du pouvoir de surveillance. Saurait-on nier, par exemple, qu'une Université ou un établissement public de nature industrielle n'eussent pas intérêt à se prémunir, dans leur sphère légale d'action, contre les empiétements du pouvoir central? En bref, la jurisprudence du Tribunal fédéral nous paraît inspirée par une conception trop monolithique du pouvoir étatique cantonal, cependant qu'en réalité le législateur l'a, dans une mesure appréciable, réparti dans l'intérêt général.

Avec plusieurs auteurs, dont MM. JACQUES MEYLAN et HANS-PETER MATTER¹⁹⁶, on peut aussi regretter que le Tribunal fédéral ait limité à un seul, soit à la violation de l'autonomie communale, les griefs susceptibles d'être invoqués à titre indépendant par une commune agissant en tant que puissance publique. Elargissons ce propos à l'ensemble des personnes publiques intéressées à entrer dans le cercle. Il est certain que chacune d'elle éprouvera, le cas échéant, l'impérieux besoin de recevoir protection en dehors des cas où serait mise en cause son autonomie. Mais il est peut-être indiqué de faire ici une distinction selon que les droits constitutionnels sont parés d'une dimension institutionnelle qualifiée, ou qu'ils sont au contraire de portée individuelle. Les personnes de droit public devraient pouvoir compter au nombre des titulaires des droits de la première catégorie. Ceux-ci comprendraient, pour le moins, l'interdiction du déni de justice formel et matériel, la séparation des pouvoirs, la force dérogatoire du droit fédéral, l'égalité de traitement. Les entités de droit public ne seraient-elles pas intéressées à leur respect au même titre que les sujets de droit privé? Ne s'agit-il pas, en définitive, de la réalisation de l'Etat de droit? Celle-ci saurait-elle être abandonnée à la seule initiative privée?

De lege data, ces suggestions peuvent, on le sait, rencontrer des objections d'ordre constitutionnel, légal, politique et pratique. Il n'est cependant pas démontré que les articles 113 al. 1 ch. 3 Cst et 84 lit. a OJF fassent obstacle à une telle évolution. Fondées sur l'historique opposition de l'Etat et de l'individu, ces dispositions

¹⁹⁶ Cf. MEYLAN, *op.cit.* (note 182), pp. 110 ss.; MATTER, *op.cit.* (note 184), pp. 50 ss.
Voir aussi JAGMETTI, *op.cit.* (note 184), pp. 345 ss.

appellent certes aujourd'hui un effort d'interprétation objective tenant compte, entre autres, du pluralisme des structures de droit public. Dans une perspective téléologique, elles ne devraient pas exclure que les personnes publiques pussent se réclamer de garanties institutionnelles et prendre en charge, dans une certaine mesure, la sauvegarde des droits constitutionnels. Au reste, la voie proposée n'est pas nouvelle et le contentieux des personnes publiques ne prendrait pas des proportions telles que le recours de droit public en fût dénaturé. D'aucuns préféreront, peut-être, réserver à la solution de tels litiges, une voie de droit spéciale. Dans ce sens, les fonctions de la réclamation de droit public (art. 113 al. 1 ch. 1–2 Cst, art. 83 OJF) pourraient éventuellement, à la faveur de revisions constitutionnelle et légale, être élargies. Qu'il soit rappelé, pour terminer, que cette voie absorbe déjà une partie des conflits de personnes publiques¹⁹⁷.

2. L'accès des personnes publiques au juge administratif

L'absence de toute condition de capacité spéciale et le caractère hybride du recours de droit administratif autorisent des solutions légales et des interprétations jurisprudentielles d'esprit plus communautaire que celles rencontrées dans le recours de droit public.

2.1. Le recours général des «autorités fédérales»

Afin d'assurer une application uniforme du droit fédéral par des organes extérieurs à l'administration générale de la Confédération, l'article 103 lit. b OJF concède un droit de recours aux départements fédéraux, voire si le droit fédéral le prévoit, aux divisions de l'administration fédérale. Les décisions exposées à ce recours général de la Confédération¹⁹⁸ sont celles des commissions fédérales

¹⁹⁷ Cf. AUBERT, *Traité*, II, nos 1620 ss., pp. 580 ss.; HANS HUBER, *Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen*, thèse, Berne 1926; MARGRIT GUT, *Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Kantonen und ihre Beilegung*, thèse, Zurich 1942.

¹⁹⁸ On observera que l'article 48 LPA ne prévoit aucun recours général de la

de recours et d'arbitrage, celles des autorités cantonales statuant en dernière instance ou de l'un des organismes visés à l'article 98 lit. h OJF¹⁹⁹. Les instances habilitées par l'article 103 lit. b OJF – comme du reste par la lettre c de la même disposition – sont dispensées des conditions de droit commun posées à la lettre a.

2.2. La réserve des prescriptions spéciales

Suivant l'article 103 lit. c OJF, déjà cité, la qualité pour recourir revient aussi à toute personne, organisation ou *autorité* à laquelle la législation fédérale accorde le droit de recours. Cette disposition constitue donc une réserve des cas où, suivant prescriptions spéciales, les autorités – ou mieux les collectivités dont elles sont les organes – sont investies d'un droit de recours. A titre d'exemple de telles prescriptions, on citera: les articles 51 al. 3 et 52 de la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse, du 29 septembre 1952²⁰⁰; l'article 20 al. 2 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931²⁰¹; l'article 61 al. 1 (in fine) de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 octobre 1974²⁰²; les articles 12 et 13 de l'arrêté fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, du 23 mars 1961, modifié pour la dernière fois par l'arrêté fédéral du 21 mars 1973²⁰³; l'article 12 al. 2 LPN; l'article 6 al. 5 de l'arrêté fédéral sur le statut du lait, du 29 septembre 1953²⁰⁴, etc.

Confédération. A qualité pour recourir, aux termes de la *lettre b* de cette disposition «toute autre personne, organisation ou *autorité* que le droit fédéral autorise à recourir».

¹⁹⁹ Selon l'article 98 lit. h OJF, le recours de droit administratif est recevable contre les décisions «d'autres autorités ou organisations indépendantes de l'administration fédérale, statuant dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération, si le droit fédéral prévoit le recours direct contre ces décisions».

²⁰⁰ R.S. 141.0.

²⁰¹ R.S. 142.20.

²⁰² FF 1974 II, pp. 816ss.

²⁰³ R.S. 211.41.

²⁰⁴ R.S. 916.350.

2.3. Sollicitation de l'article 103 lit. a OJF

Sous réserve des difficultés d'application que pourront éventuellement présenter les dispositions spéciales auxquelles renvoie la lettre c, l'article 103 lit. b et c OJF exprime des solutions techniques aux contours précis. Celles-ci ne se prêtent pas en principe à l'interprétation extensive. Le Tribunal fédéral a rappelé, à maintes reprises, ce point de droit à propos de recours interjetés en dehors des prévisions des deux rubriques précitées, par des autorités cantonales et surtout communales. La question s'est alors posée de savoir si leur qualité ne pourrait pas être fondée sur l'article 103 lit. a OJF. La jurisprudence développée à cet égard n'est pas sans rappeler celle qui a vu le jour dans le cadre du recours de droit public. Elle n'est pas plus stabilisée que cette dernière. Tout en signalant que l'article 103 lit. a OJF a été conçu pour les particuliers²⁰⁵, notre Cour suprême n'a pas exclu que, en certains cas, une autorité (ou plus exactement la personne publique au nom de laquelle elle agit) puisse l'invoquer également. La condition en est que la personne publique considérée soit atteinte par la décision attaquée de la même façon qu'un simple particulier ou d'une façon analogue et qu'elle ait un intérêt digne de protection à ce que cet acte soit annulé ou modifié. Soucieux de ne pas vider de son sens la systématique de l'article 103 OJF, le Tribunal fédéral limite actuellement cette exception aux cas où une collectivité publique est affectée directement dans son patrimoine. Celle-ci sera, par exemple, admise à recourir en raison des impôts auxquels elle est soumise en qualité de contribuable, ou des restrictions de la faculté de construire qui la touchent en sa qualité de propriétaire de biens-fonds. «Lorsqu'il s'agit en revanche de sauvegarder un intérêt général, seules les autorités désignées à l'article 103 lettres b et c ont qualité pour recourir. Ainsi l'a voulu le législateur»: arrêt du 22 février 1974 rendu dans la cause *Communes de Lens et consorts c. Conseil d'Etat du canton du Valais*²⁰⁶.

²⁰⁵ ATF 100 Ia 281; 97 I 607.

²⁰⁶ ATF 100 Ia 281; 99 Ib 213; 97 I 606; arrêt du 12 septembre 1974 en la cause *Gemeinderat von Wetzikon c. Regierungsrat des Kantons Zürich*; arrêt du 31 octobre 1973 dans la cause *Comune di Faido*.

Cet arrêt traduit la volonté du Tribunal fédéral d'interpréter l'article 103 lit.a OJF plus restrictivement qu'il ne le fit en 1972 en la cause *Administration neuchâteloise de l'impôt pour la défense nationale c. P.*²⁰⁷. Cette administration s'y vit accorder la qualité pour recourir contre un prononcé de la Commission cantonale de recours en matière fiscale du canton de Neuchâtel, laquelle avait annulé les revisions de certaines taxations IDN. Chaque canton ne versant à la caisse fédérale que le 70% du montant des impôts, amendes et intérêts perçus par lui, le solde de 30% lui restant acquis, celui de Neuchâtel fut considéré comme atteint par le prononcé venu réduire le montant des éléments imposables. Cet arrêt eut pu être motivé, il est vrai, différemment, soit par interprétation analogique de l'article 107 al.1 de l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 concernant la perception d'un impôt pour la défense nationale²⁰⁸: disposition accordant à l'administration cantonale un droit de recours devant la commission cantonale de recours. Il ne repose pas moins la question de savoir si l'autorité qui saisisait le Tribunal fédéral de la décision rendue par une autorité cantonale dont elle ne serait autre que la «Vorinstanz», aurait qualité pour recourir. La réponse de principe de notre Cour suprême est non²⁰⁹.

2.4. Remarques critiques

La législateur a entouré d'un cercle précis la légitimation des personnes de droit public. Trop étroit, ce cercle a forcé le juge à solliciter le «quiconque» de l'article 103 lit.a OJF. Le Conseil fédéral en a fait autant, sur la base de l'article 48 lit.a LPA²¹⁰. A lui seul, ce fait traduit la difficulté d'une telle définition légale.

²⁰⁷ ATF 98 Ib 277 ss.

²⁰⁸ R.S. 642.11.

²⁰⁹ ATF 97 I 604ss.; 73 I 85; 72 I 55; 65 I 272; 63 I 247; MBVR 59, p.184; GRISEL, Droit administratif suisse, p.504; GYGI/STUCKI, op.cit. (note 86), p.2.

²¹⁰ Décision du Conseil fédéral du 1^{er} mai 1974 en la cause *Gemeinde Thalwil*; du 15 juillet 1970 en la cause *Gemeinde Rothrist*. Dans son interprétation, le Conseil fédéral nous paraît aller plus loin que le Tribunal fédéral: J.A.A.C., fasc. 38/1974, pp.79/80.

Il est à relever cependant que le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici guère forcé le mécanisme de l'article 103 OJF. Lui fera-t-on grief de vouloir ainsi respecter l'esprit et la systématique de cette disposition légale? Certes pas. Tout au plus peut-on se demander, si le raisonnement analogique qui est à la base de sa jurisprudence ne devrait pas être étendu. Nos raisons de le souhaiter s'expriment aisément. Une fois encore, des prescriptions de droit formel sont susceptibles d'entraîner l'irrecevabilité de recours fondés sur des prétentions dignes de protection. Le problème que nous posons est à examiner par rapport aux finalités du recours de droit administratif, comme aussi aux structures et modalités d'organisation de l'Etat. Plusieurs situations sont à distinguer, dont voici les plus typiques.

Première hypothèse: une personne de droit public recourt par ses organes contre la décision prise par une autre personne de droit public. Soit une commune politique attaquant une décision prise au nom de la Confédération par l'un de ses départements; un établissement public cantonal personnalisé recourant contre une mesure cantonale fondée sur le droit public fédéral, etc. Cette hypothèse nous situe dans le cadre des décentralisations politique et administrative, territoriale ou/et fonctionnelle²¹¹. Ce système est fait, on le sait, d'une série de relations juridiques complexes entre notamment des collectivités publiques primaires, douées de pouvoirs de surveillance, et personnes de droit public secondaires. Pour être ordonnées au tout étatique, celles-ci ne présentent pas moins des foyers d'action et d'intérêts distincts. Exposées à *un contrôle de tutelle*, elles seront inéluctablement atteintes parfois dans la sphère légale de leur autonomie. En telle occurrence, la qualité pour recourir ne pourrait-elle pas leur être reconnue, à défaut de prescriptions spéciales, sur la base de l'article 103 lit. a OJF? Serait-il déraisonnable de les considérer comme lésées en pareil cas de la même manière que pourrait l'être une personne morale de droit privé, ou de façon analogue? N'y aurait-il pas quelque paradoxe à dénier, par exemple, la qualité pour recourir à une société coopérative de droit public, de nature commerciale, tout en la re-

²¹¹ Sur ces notions, cf. MEYLAN, op. cit. (note 182), pp. 22 ss.

connaissant de plano à une société concurrente de droit privé, frappée de la même mesure? Une décision dans ce sens heurterait à tout le moins la réalité économique. Considérant enfin les finalités du recours de droit administratif, on ne peut se familiariser à l'idée qu'une personne de droit public ne soit pas recevable à attaquer une décision constitutive de déni de justice formel ou matériel ou d'inégalité de traitement. Aussi bien, postulons-nous, dans une vision pluraliste de la société, que l'exception consentie au titre de l'article 103 lit.a OJF s'étende au moins à quelques violations, parmi les plus graves, de la légalité. Il va sans dire que la qualité pour recourir des personnes publiques sera nécessairement conditionnée, tout comme celle des groupements privés, par *le principe de spécialité* des organisations. Pour les collectivités publiques à base territoriale, ce principe aura une portée essentiellement géographique. S'agissant d'établissements publics ou de corporations publiques à vocation limitée, la spécialité sera surtout fonctionnelle.

Exclusivement axée autour du critère formel de la personnalité juridique, la solution esquissée provoquerait certainement l'étonnement de l'économiste. Car il est des entités de droit public non personnalisées qui présentent les caractères d'une autonomie plus réelle et plus évidente que ne l'est parfois celle d'individualités juridiques. Aussi n'excepterions-nous pas à priori du bénéfice de l'article 103 lit.a OJF, les formations administratives fortement structurées, dotées de moyens propres et investies par la loi de missions et pouvoirs échappant à la subordination hiérarchique. Cette proposition rencontre, il est vrai, une objection de principe: le recours de droit administratif est un procès «entre parties». L'explication est néanmoins simple: le particularisme du droit administratif permet assurément d'envisager la dissociation de la capacité générale d'être partie de la qualité pour recourir. L'article 103 lit. b OJF est une des consécutions légales de ce phénomène.

Deuxième hypothèse: agissant par son organe exécutif, une personne de droit public attaque un jugement émané de ses propres juridictions. Cette hypothèse nous place dans la perspective de la séparation des pouvoirs. Les règles de la subordination hiérarchique ne seraient donc d'aucun obstacle à l'extension de la jurisprudence

en discussion. Eu égard aux finalités du recours de droit administratif et à son caractère hybride, nous n'éprouvons pas trop d'hésitation à concevoir la recevabilité d'un tel contentieux dans les limites décrites dans l'hypothèse précédente. Le recours des articles 97 ss. OJF ne vise pas seulement à protéger certains intérêts personnels, mais aussi et surtout à assurer le respect de la légalité. Ces quelques observations se rapportent également au cas où une personne de droit public secondaire s'en prendrait au prononcé par lequel une juridiction de rang supérieur aurait cassé l'une de ses décisions.

Troisième hypothèse : une autorité administrative attaque la décision d'une autorité exécutive hiérarchiquement supérieure. Cette hypothèse peut trouver à se réaliser dans le cadre de la déconcentration²¹², respectivement de la centralisation administrative. Il y aurait certes beaucoup d'incohérence à admettre dans ce cas que l'instance recourante se trouvât atteinte de la même manière que pourrait l'être un particulier. L'exception de l'article 103 lit. a OJF porterait cette fois atteinte à l'unité de l'Etat ; elle favoriserait en réalité un procès que l'Etat se ferait à lui-même. Une nuance, toutefois, pourrait se justifier dans le cas où une autorité inférieure serait dépossédée sans droit d'une prérogative légale.

Dans la logique d'une interprétation trop stricte, la jurisprudence actuelle peut entraîner le juge fédéral à faire des concessions sur la mission générale que lui assigne l'article 104 OJF²¹³.

²¹² Cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., 5^e édit., Paris 1970, I, p. 94-95.

Rentre également dans cette deuxième hypothèse le recours d'une autorité communale agissant comme simple instance cantonale inférieure d'exécution ; ou celui d'une autorité cantonale, dans la mesure où elle ne serait que le support de la déconcentration administrative fédérale.

²¹³ Ignorant les entraves d'une définition légale de la qualité pour recourir, le Conseil d'Etat français a pu développer, sur chacune des hypothèses considérées, une jurisprudence dans l'ensemble très favorable aux personnes de droit public. Cf. AUBY/DRAGO, *op. cit.* (note 87), p. 512 ss. ; M. LONG/D. WEIL/G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 5^e édit., Paris 1969, n° 10, pp. 40 ss.

Réflexions finales

I. Brièvement, il convient de rassembler les résultats obtenus. De lege data, nous avons assez régulièrement conclu à la nécessité ou à l'opportunité d'élargir la qualité pour recourir dans le cadre de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral. De nouveaux cercles d'intérêts sont à tracer; d'autres sont à développer tant en faveur des particuliers que des groupements privés. Cette étude aura de même démontré, s'il en était encore besoin, que la définition actuellement inscrite à l'article 88 OJF conduit à des distinctions souvent artificielles et peu compatibles avec une conception moderne de l'Etat de droit. Il faut donc en changer. La revision projetée de l'organisation judiciaire fédérale en sera l'occasion.

II. Les juges constitutionnel et administratif n'ont pas été installés, dira-t-on, pour protéger l'Administration. Après l'avoir investie des «privilèges» du préalable et de l'exécution d'office, lui donnerait-on encore des voies de droit prévues pour le particulier contre elle? Cette objection est assurément entièrement justifiée dans son principe, ce d'autant que la vie administrative actuelle n'incite pas beaucoup à voir dans l'Etat un interlocuteur toujours très attentif aux destinées individuelles. De style largement autoritaire, les administrations sont généralement plus promptes à interdire ou à commander, qu'à convaincre. Sans cesse plus abondants, les lois et règlements leur en font d'ailleurs l'obligation ou leur en donnent le prétexte.

Tout cela étant, la dernière partie de notre étude n'aurait que peu de sens, si vraiment, elle proposait d'ouvrir sans réserves aux personnes de droit public les recours de droit public et administratif. Tel n'est cependant pas notre propos; preuve en est la limitation des griefs éventuellement recevables, à la violation de certaines garanties institutionnelles et aux atteintes les plus graves à la légalité. En réalité, notre étude préconise un contrôle juridictionnel d'orientation moins individualiste et plus résolument mis au service de l'Etat de droit. Celui-ci n'est, il va sans dire, pas une abstraction, une fin en soi: il n'existe qu'en fonction de

la personne. Au demeurant, le droit administratif n'est pas tant un «droit à privilèges étatiques» qu'un droit de soumission.

III. A vouloir offrir inconsidérément l'accès à son prétoire, dira-t-on aussi, le Tribunal fédéral se trouvera bientôt à tout jamais encombré. La libéralisation entreprise au nom du «droit à la juridiction», pourrait bien n'être dès lors qu'un mauvais service rendu aux justiciables dont les causes ne pourraient plus être jugées que tardivement et à la manière expéditive. Cette objection est, elle aussi, fondée, si l'on considère les moyens légalement mis à disposition de notre Cour suprême. Seule, sans doute, une réorganisation profonde des structures du Tribunal fédéral permettra l'ouverture, dans tous les sens que nous indiquons, de nouveaux cercles d'intéressés et l'élargissement des cercles existants. Les moyens à mettre à disposition doivent être à la mesure de la tâche, si l'on veut conserver un sens à la protection juridictionnelle. Trop souvent, on voit aujourd'hui la rédaction des dispositions de protection juridique dominée par la crainte justifiée d'ajouter encore à la surcharge du juge fédéral. Ce fut, par exemple, le cas lors de la dernière révision de la loi d'organisation judiciaire, puis de l'élaboration de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire. L'une des conséquences en est le reflux du contentieux de droit public vers le pouvoir de surveillance, dont l'exercice, on l'a vu, peut entamer le principe de l'indépendance judiciaire.

Le maintien d'un contrôle juridictionnel suprême efficace ne saurait évidemment être isolé des initiatives à prendre encore pour améliorer la gestion administrative de première instance. Dans ce sens, il s'impose aux cantons qui n'en ont pas encore, de se doter de lois de procédure administrative non contentieuse. Ne seraient pas à négliger non plus les services que l'on pourrait attendre, sur les plans fédéral et cantonal, d'organes de contrôle de l'administration en la personne d'un délégué du parlement (ombudsman). Enfin, le bon fonctionnement de notre Cour suprême est intimement lié au développement de la juridiction administrative dans les cantons. Au risque d'être compté parmi les «dangereux centralisateurs», nous allons jusqu'à penser qu'une refonte de l'organisation judiciaire fédérale pourrait être l'occasion d'imposer aux

cantons la création de juridictions administratives indépendantes. Celles-ci ne devraient au surplus pas limiter leur contrôle à l'application du droit cantonal.

IV. Chemin faisant, nous avons traité parallèlement du recours de droit public et du recours de droit administratif, non sans relever, en passant, que le second tend à supplanter le premier. Dans la mesure où, en effet, les décisions de dernière instance cantonale prises en application du droit fédéral (ou qui auraient dû l'être) violent les droits constitutionnels du citoyen, le juge administratif fédéral peut faire office de juge constitutionnel. La violation d'un droit garanti par la constitution fédérale est une violation du droit fédéral, au sens de l'article 104 OJF²¹⁴. En pratique, le juge contrôlera la décision incriminée au regard du droit fédéral dans son ensemble, lois, ordonnances et constitution. Le justiciable n'en sera pas moins bien protégé, au contraire (art. 104 lit. a-b-c OJF). On peut se demander dès lors si la protection juridictionnelle de l'individu doit nécessairement passer par une voie de droit spécifiquement entretenue pour la sauvegarde des droits constitutionnels. Etendue à l'ensemble de son champ, cette réflexion aboutit à mettre en cause l'actuel recours de droit public dans son existence même. Sous l'appellation maintenue de «recours de droit public», les deux voies de droit analysées, côte à côte, dans cette étude, ne pourraient-elles pas fusionner? Les inquiétudes

²¹⁴ Cf. PETER KOTTUSCH, *Zum Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, thèse, Zurich 1973, pp. 41 ss., 116 ss.; ATF 100 Ia 280; 96 I 184 ss.; 88 I 307; 86 I 192 ss. Significatif de l'incertitude régnant actuellement dans la recherche de la voie de droit utilisable: il est toujours plus fréquemment adressé au Tribunal fédéral des doubles recours ou des recours joignant dans la même écriture les recours de droit administratif et de droit public. Ce cumul est aussi fréquemment constaté avec le recours administratif au Conseil fédéral. Il est admis par le Tribunal fédéral avec l'action de droit administratif. Conversion et libre passage entre les divers types de recours sont assez libéralement assurés: art. 96, 107, 113 OJF; ATF 98 Ib 88; 97 I 533 cons. I non publié; 88 I 307; 84 I 154 ss.

de l'ordre fédéraliste pourraient trouver apaisement dans un aménagement adéquat de la *cognitio* du juge fédéral. Pour l'heure, nous constatons que le justiciable, voire l'homme de loi demeurent souvent perplexes face à la complexité de l'organisation des voies de droit.