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: 95 (1976)

Artikel: Aménagement du territoire et propriété privée

Autor: Moor, Pierre

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895729

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: 13.10.2025

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

Aménagement du territoire et propriété privée

Rapport présenté par PIERRE MOOR
Professeur à l'Université de Lausanne

Table des matières

Introduction 371

1. La garantie de la propriété 379

11. La garantie subjective de la propriété 379
111. La garantie de la propriété en tant que droit à une abstention 379
112. La portée négative de la garantie 380
12. La garantie objective de la propriété 382
13. Propriété privée et restrictions à la propriété 384
131. L'immanence des restrictions à la propriété 384
132. Les catégories de restrictions à la propriété 386
14. La légalité des restrictions à la propriété 387
141. Le principe de légalité 387
142. Le droit communal 388
143. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral 389
144. L'administration de prestation 390
145. La légalité des plans 391
145.1 Le plan en tant qu'acte concret. 391
145.2 Les éléments abstraits du plan 393
15. L'intérêt public 395
151. La balance des intérêts 395
152. La détermination de l'intérêt public 397
153. Le contrôle juridictionnel 399
16. La proportionnalité 401
17. L'expropriation matérielle 403
171. Les critères de l'expropriation matérielle 403
172. Le fondement de l'expropriation matérielle 406
172.1 Responsabilité pour acte licite 406
172.2 Les mesures de police 410
172.3 Les atteintes du fait de la loi. 411
172.4 L'indemnité 412

2. Les instruments juridiques de l'aménagement du territoire 414

21. Introduction 414
22. La loi 416
221. La loi 416
222. Les dispositions-programmes 416
223. Les dispositions directrices 418
224. Dispositions directrices et base légale 419
23. Les décisions 421
231. La décision 421
232. Loi et décision 422
233. Les intérêts engagés par la décision 423
234. Les décisions politiques 425
24. Les contrats 426
25. La planification directrice 426
251. La fonction de la planification directrice 426
252. La portée juridique de la planification directrice 427
253. La procédure 429
26. Les plans d'affectation 432
261. La nature juridique du plan. 432
262. La modification des plans 435
263. Le droit d'être entendu 437
264. La procédure 439
27. Les procédures complexes 439

3. Le contrôle juridictionnel. 441

31. Le pouvoir de contrôle du juge 441
311. La liberté d'appréciation 441
312. Les notions juridiques indéterminées 442
313. Les décisions politiques 444
314. Le contrôle de l'intérêt public 446
32. Les actes susceptibles de recours. 447
321. Les plans directeurs 447
322. Les plans d'affectation 449
323. Le permis de construire 452

4. Aménagement du territoire, propriété privée et droit public. 457

41. Aménagement du territoire 457
411. L'aménagement du territoire comme activité de synthèse et de coordination 457

412. L'espace comme donnée concrète 459
413. La chronologie 460
42. Propriété privée 461
421. La propriété privée comme limite à l'aménagement du territoire 461
422. La propriété privée comme objet de l'aménagement du territoire 462
423. La propriété privée comme droit de participation 465
43. Droit public 468
431. L'administration de planification 468
432. La séparation des pouvoirs 471
433. Libertés publiques et droits sociaux 471

Bibliographie 476

Introduction

«Le sol n'est pas une marchandise ordinaire»
(ATF 99 Ia 617)

Comme tous les sujets définis simplement par deux termes reliés par une conjonction de coordination, le thème «aménagement du territoire et propriété privée» permet plusieurs approches.

a) Le point de départ est l'aménagement du territoire lui-même. On connaît le complexe de problèmes que la politique de l'espace cherche à résoudre. Sans vouloir dépasser le cadre d'une énumération, on peut les classer. D'abord, l'espace est en quantité limitée: quel qu'en soit le besoin, il ne peut pas être agrandi[1]. Il s'agit donc de le gérer de manière efficace; de déterminer et de répartir les utilisations possibles judicieusement et rationnellement. Ensuite, les activités économiques et sociales peuvent en menacer les qualités: il s'agit alors de protéger l'environnement. Ce dernier terme doit être pris dans son sens le plus large: il faut y comprendre non seulement les qualités intrinsèques de l'espace dans toutes ses composantes – sol, air, eaux, sous-sol – mais aussi les qualités requises pour certaines activités humaines (agriculture, délassement, habitat) qui seraient menacées par d'autres (industrie, transports, énergie). Le déploiement spontané de l'économie aussi bien que les politiques étatiques peuvent aboutir enfin à des organisations spatiales différentes: constitution de mégapoles, désertion de régions agricoles, déclin d'économies régionales. Le but serait ici d'assurer un développement équilibré et cohérent de l'ensemble du territoire. L'analyse de ces objectifs et des mesures que leur réalisation implique relèverait d'une étude de politique législative. Elle dépas-

[1] Exception faite des possibilités évoquées par J.-F. Aubert, RDS 1964, p. 15, n° 19*a*, que nous écartons comme lui.

serait donc le cadre de ce rapport. Il convient néanmoins d'insister sur le fait que c'est dans ce sens large que nous entendrons par la suite l'aménagement du territoire. Cette conception formera en quelque sorte le soubassement de nos développements ultérieurs. C'est elle aussi qui se trouve à la base de la *loi fédérale* du 4 octobre 1974 *sur l'aménagement du territoire;* et pour cette raison, nous la prendrons comme texte de référence, bien que, au moment où ce rapport est rédigé, il ne soit pas certain – à la suite de la demande de référendum dont elle a fait l'objet – qu'elle entre en vigueur[2].

A ce niveau, il serait cependant possible d'élaborer un catalogue des mesures d'aménagement du territoire, une sorte d'*instrumentarium*. Une première approche consisterait à analyser les effets de telles mesures sur la propriété privée. Ainsi, le contingentement des zones à bâtir influera sur le prix du sol; de même, la taxe sur la plus-value de planification. La rationalisation de l'équipement, des dispositions de police des constructions va sans doute diminuer le coût total de la construction[3]. Une telle étude serait de nature économique plutôt que juridique. D'un autre côté, elle permettrait aussi un développement de caractère sociologique sur la conception même de la propriété dans le cadre d'un ordre juridique donné. De toute manière, il n'y aurait pas directement de spécificité juridique, quel que soit par ailleurs l'intérêt de telles manières d'aborder notre thème.

[2] Une raison pratique aussi: le texte est aisément accessible (FF 1974 II 816 ss; la loi sera citée par l'abréviation *LAT*). Cf. le Message du Conseil fédéral, FF 1972 I 1441 (cité par la suite *Message LAT**). Les lois cantonales récentes reposent sur la même conception et la même systématique, pour l'essentiel; si nous ne les citons pas, alors même qu'elles sont, elles, en vigueur, c'est qu'elles peuvent plus difficilement constituer une base commune de référence. Cf. Message LAT, FF 1972 I 1446 ss; A. KUTTLER, Der Beitrag des Bundesgerichts, p. 177. Loi bernoise du 7 juin 1970 (cf. M. ALBISETTI, p. 346 ss), loi lucernoise du 15 septembre 1970 (cf. A. KUTTLER, WuR 1974, p. 150), loi argovienne du 2 février 1971 (cf. P. GUTHAUSER, ZBl 1972, p. 472 ss), loi saint-galloise du 6 juin 1972, loi grisonne du 20 mai 1973, loi zurichoise du 7 septembre 1975 (cf. W. VOLLENWEIDER, ZBl 1975, p. 321 ss).

* La loi a été rejetée le 13 juin 1976.

[3] Art. 11, 26; 37; 26, 27, 28; 24 LAT.

A partir du même catalogue, une autre approche pourrait porter sur la consistance des divers éléments constituant le droit de propriété. Il s'agirait d'analyser la situation juridique du propriétaire dans le cadre de l'aménagement du territoire, de déterminer quels sont ses droits et quelles charges lui sont imposées: en quelque sorte, l'aménagement du territoire vu sous l'angle de la propriété privée. Cette approche a déjà été couramment pratiquée, si ce n'est globalement, du moins pour la plupart des éléments caractéristiques. Elle a, en ce qui concerne la délimitation de notre sujet, pour inconvénient majeur de ne retenir des mesures et des actes de la collectivité publique que ceux qui exercent des effets juridiques directs sur la situation du propriétaire. En matière d'équipements collectifs, il ne resterait que l'expropriation; en matière d'occupation du sol, que les plans d'affectation. Or, l'aménagement du territoire dépasse très largement ce cadre; et on soutiendra même précisément que ce qui le constitue dans son essence se définit avant que le propriétaire ne soit touché dans sa situation juridique, à un stade où il n'est pas encore question des droits et des obligations dont il pourra être titulaire[4]. Cette approche ne conférerait donc pas au thème toute son ampleur actuelle.

Nous avons préféré une troisième approche. L'aménagement du territoire a développé de nouvelles institutions; les concepts de plan directeur, de plan d'affectation, d'expropriation matérielle, pour ne prendre que ces quelques exemples, sont peu connus, ou sans équivalent dans les autres domaines du droit public. En outre, c'est une nouvelle conception de l'activité de l'Etat qui s'instaure peu à peu, qu'on pourrait résumer par le terme de planification: au lieu d'actions diversifiées et sectorielles, sans relations matérielles les unes avec les autres, l'aménagement du territoire implique la synthèse et la coordination des mesures étatiques – qu'elles soient de nature législative, budgétaire ou administrative. C'est sous l'angle des institutions qu'utilise l'aménagement du territoire qu'à notre sens se posent aujourd'hui les problèmes les plus aigus. C'est peut-être aussi la question fondamentale. Car avant d'évaluer les effets de l'aménagement du territoire sur le droit de propriété

[4] Cf. art. 5 ss, 21, 23 LAT.

conçu comme un faisceau de facultés et de charges, il faut déterminer quelle place occupent dans le fonctionnement même des institutions les positions juridiques individuelles. Avant de définir ce que peut ou doit faire le propriétaire de son droit – quel est le contenu de ce dernier – il faut savoir comment s'élabore ce contenu, dans quelles formes, et quelles sont les modalités dans lesquelles les administrés, notamment le propriétaire, participent aux procédures. Nous disons bien: notamment. Car la situation juridique du propriétaire dans l'utilisation de l'espace est évidemment toute différente, suivant qu'il la détermine librement ou que d'autres catégories d'administrés interviennent dans les procédures de décision. D'autre part, en nous servant du terme de participation, nous l'entendons dans un sens large: aussi bien dans le cadre de l'élaboration des décisions que de leur contrôle. Finalement, la question est de savoir quelle participation est possible dans les institutions de l'aménagement du territoire.

b) Notre approche étant entreprise de cette manière, il n'est pas exclu que soit mis en évidence un phénomène qui a déjà commencé avec le développement de l'administration de prestation, et dont l'administration de planification contribue à accroître l'importance: un déplacement de structure dans le système du droit public.

Le concept central du droit public européen est celui de liberté publique[5]. C'est celui qui détermine dans presque toutes ses parties le système du droit public. Il ne s'agit pas ici seulement du contenu de ce dernier, mais aussi des formes et des techniques auxquelles il a recours. On voudrait en présenter rapidement une image schématique, le type. La loi, règle générale et abstraite, est conçue comme la codification des limites qui peuvent être apportées aux libertés publiques; celles-ci forment à leur tour les limites de l'activité étatique. L'administration a la fonction secondaire d'exécution[6]; la loi est alors la limite des activités administratives,

[5] Le terme de «droit constitutionnel» désigne en même temps les libertés publiques et les règles fondamentales du droit public.

[6] L'emploi du terme d'«application» permet de penser que l'on serre de plus près les réalités de la pratique administrative.

dont le rôle créateur doit être le plus réduit possible; la liberté d'appréciation est seulement la liberté *dans l'application de la loi.* Les facteurs politiques sont par conséquent tous ramenés au début du processus de décision – la phase législative – et éliminés par la suite. Le contrôle par excellence est le contrôle juridictionnel, donc un contrôle exclusivement juridique. Dans des rôles différents, à chaque extrêmité, le législateur et le juge sont les garants du respect des libertés individuelles; la phase intermédiaire, celle de l'administration, qui est pourtant celle de l'«action» étatique proprement dite, doit être la plus étroite possible. Structuré en fonction des libertés publiques, le droit public est, non le droit d'une activité, mais le droit des limites et de leurs implications: les institutions de la séparation des pouvoirs et du contrôle juridictionnel, le principe de la réserve de la loi, la théorie de la liberté d'appréciation. Les activités étatiques sont des «interventions», et elles sont décrites comme des restrictions; ainsi, l'aménagement du territoire comme l'ensemble des restrictions à la propriété. Et si une telle optique est dépassée, on se réfère toujours aux libertés publiques, mais en avançant l'idée qu'elles sont «mises en valeur».

Il devient peu à peu évident que cette description ne correspond plus à la réalité, qu'elle n'a plus aujourd'hui qu'une fonction idéologique. L'analyse de l'évolution ne pouvait cependant se faire que dans des domaines d'activités assez restreints, et qui ont rapidement fait l'objet d'une spécialisation (législation agricole, législation sociale, régime du domaine public); ou bien elle a pu porter sur de nouveaux concepts qui permettaient d'adapter le système sans apparence de modification: ainsi celui des notions juridiques indéterminées, ou celui des dispositions-programmes. L'aménagement du territoire, qui s'est développé à partir du droit de la police[7], et qui ne s'est donc pas immédiatement constitué en un ensemble distinct de règles juridiques propres, oblige à vérifier comment des formes, des procédures, des techniques juridiques nouvelles peuvent

[7] A. KUTTLER, WuR 1974, p. 146; P. ROSENSTOCK, RDS 1970, p. 172; W. SCHAUMANN, p. 148, 89, 106. A la police des constructions au sens étroit (notamment sous l'angle de l'hygiène et de la sécurité), il faut ajouter les alignements de voirie et la protection des sites et monuments.

s'intégrer dans les structures ordinaires du droit public, ou au contraire quelles modifications la planification spatiale y apporte. Si le droit public s'est bien formé autour du concept de liberté publique, on verra peut-être, en analysant les institutions juridiques telles qu'elles sont utilisées par l'aménagement du territoire, si la garantie de la propriété occupe toujours cette place centrale qui était la sienne dans le droit de la police des constructions.

c) On ne concevra pas ici l'aménagement du territoire comme étant défini par un ensemble de règles juridiques portant spécifiquement sur le statut du sol. La planification de l'espace est d'abord une activité politique, soit l'ensemble des mesures prises par la collectivité publique pour gérer l'espace soumis à sa souveraineté[8]. Ce qui importe, ce ne sont pas seulement les réglementations juridiques de l'affectation du sol, mais aussi toutes les activités matérielles par lesquelles l'Etat peut influer sur l'utilisation de l'espace dans ses dimensions concrètes. A ce qui a trait à la situation juridique du propriétaire, il faut ajouter ce qui, d'une manière ou d'une autre, parmi les mesures étatiques, porte sur la répartition dans l'espace des activités sociales et économiques. Il faut donc tenir compte aussi bien du régime du droit de bâtir que des équipements et investissements collectifs. Même des mesures de nature principalement économique devraient être prises en considération: que l'on pense par exemple à la législation agricole, dont on ne peut faire abstraction dans l'instauration de zones soustraites à la construction. De manière générale, la valeur de la propriété n'est pas uniquement fonction de son régime juridique, mais aussi des conséquences de toutes sortes de mesures étatiques, dès lors que celles-ci doivent s'insérer dans un cadre spatial donné. Ainsi, pour prendre des exemples tout à fait disparates, des plus-

[8] Dans ce rapport, l'aménagement du territoire ne sera donc pas considéré au sens de l'article 22quater de la Constitution fédérale («plans d'aménagement» au premier alinéa, «aménagement du territoire» au troisième; la disposition a pour fonction de délimiter les compétences, non de définir une matière dans laquelle peuvent intervenir la Confédération, les cantons et les communes), ni comme une discipline scientifique (cf. sur ce sujet M. LENDI, ZBl 1971, p. 161, 165 ss).

values ou des moins-values dues à un développement économique régional, à la présence d'une autoroute, d'un aérodrome, etc.

Il n'est donc pas possible de restreindre la portée juridique de l'aménagement du territoire à la distribution obligatoire des affectations du sol: le zonage[9]. Il est vrai que cette opération – surtout si elle aboutit à un contingentement des terrains constructibles – est un élément essentiel. Mais on ne peut en comprendre le rôle en faisant abstraction de la planification directrice et des conceptions directrices, même s'il n'y a pas, dans ces phases du processus, d'effets obligatoires pour la propriété. Il s'impose aussi d'inclure le droit de la police des constructions, parce que, en partie tout au moins, il constitue l'un des modes de réalisation de l'aménagement du territoire – outre que ce dernier en est issu; on citera à titre d'exemples la protection des sites, de l'esthétique des constructions, de la tranquillité publique, des espaces verts. Et surtout les procédures de la police des constructions sont en relation avec celles de l'aménagement du territoire: ainsi l'examen des griefs qui peuvent être soulevés dans le cadre d'un recours contre le refus ou l'octroi d'un permis de construire.

A ces domaines qui concernent directement les affectations du sol, il faut ajouter toutes les compétences de l'Etat dont les finalités premières sont différentes, mais dont les effets rejaillissent nécessairement sur l'environnement géographique donné à leur exercice. Dès lors qu'elles ont une pertinence spatiale, elles doivent être prises en considération: soit qu'elles puissent servir de moyen à la réalisation des objectifs visés par la politique de l'aménagement

[9] Typique d'une telle tendance, W. SCHAUMANN, p.269; cf. au contraire P. ROSENSTOCK, ZBl 1973, p.99. En particulier, il n'est plus possible d'abstraire l'économie de l'aménagement du territoire; Message LAT, FF 1972 I 1466, 1468. La raison principale n'est pas que la politique spatiale a des conséquences économiques, tant au niveau général qu'au niveau individuel. La relation inverse est primordiale: les phénomènes économiques sont déterminants pour l'organisation de l'espace. Les concentrations urbaines, la valeur spéculative du sol, la polarisation du développement économique sont à l'origine des problèmes posés à l'aménagement du territoire, qui ne peuvent donc être résolus par une simple réglementation des utilisations du sol. A ce titre, l'aménagement du territoire est une composante de la constitution économique.

du territoire, ce qui est le cas le plus fréquent, soit qu'elles soient de nature à former un obstacle[10]. La plupart des investissements collectifs rentrent dans cette catégorie: transports publics, écoles, hôpitaux, implantation des sources d'énergie, etc. Même plus largement, les interventions économiques de l'Etat devraient aussi entrer en ligne de compte, dans la mesure où elles portent sur des activités qui impliquent un support géographique déterminé: tourisme, agriculture (en particulier de montagne), horlogerie, etc.

Il n'est guère utile de distinguer juridiquement entre ces différents domaines. Ce qui importe en effet, ce n'est pas de constituer des groupes de règles juridiques différents[11], mais de saisir la réalité des activités politiques et administratives qui se déploient en matière de gestion de l'espace. En particulier, la constitution d'un droit spécifique de l'aménagement du territoire, en tant que corpus de règles homogène, nous semble peu opportune; elle ferait notamment courir le risque de le voir se développer de manière autonome, en marge des structures du droit public, objet des réflexions et de la pratique des seuls spécialistes[12].

[10] Inversement, l'aménagement du territoire peut être utilisé comme un moyen dans une politique poursuivant d'autres fins: ainsi, l'agriculture, l'habitat, etc.

[11] Cela n'est nécessaire que du point de vue de la technique législative, et utile seulement pour délimiter le cadre d'un enseignement académique.

[12] C'est ce qui est malheureusement arrivé à la législation économique agricole; le régime de l'agriculture pourrait donner lieu à une analyse semblable à celle que nous tentons pour l'aménagement du territoire.

1. La garantie de la propriété

11. La garantie subjective de la propriété

111. La garantie de la propriété en tant que droit à une abstention

La garantie de la propriété est une garantie subjective: elle a pour objet les positions juridiques de nature patrimoniale des particuliers, qu'elle protège contre les atteintes que l'Etat pourrait y porter[1]. Elle est structurée de la même manière que les autres libertés publiques, et trouve son origine historique dans le même développement idéologique et les mêmes circonstances sociales, économiques et politiques qu'elles. De manière traditionnelle, elle se définit donc comme le droit des particuliers à l'abstention de l'Etat. Cette conception est contestable: elle repose sur l'idée (qu'on exprimera ici caricaturalement) que la sphère des prérogatives du propriétaire constitue par essence une sphère vide d'interventions étatiques. Le droit des particuliers commence où l'Etat est absent. En outre, la formulation fait indirectement appel à la notion de droit public subjectif; sans vouloir reprendre ici les critiques qui lui ont été adressées, on se contentera de relever que cette construction juridique fait apparaître l'Etat comme *débiteur d'une prestation* (négative), et caractérise dès lors les relations entre le «créancier» et le «débiteur» comme des rapports individuels, calqués dans leur structure sur le modèle du droit

[1] Cf. le rappel historique dans P. SALADIN, p. 109 ss. De manière générale, cf. J.-F. AUBERT, Traité II, n°s 2170 ss; L. BAGI, p. 85 ss; A. GRISEL, Droit administratif suisse, p. 357 ss; H. HUBER, Staat und Privateigentum, p. 209 ss.

privé. La voie d'une analyse du statut de la propriété *dans l'Etat* est ainsi fermée[2].

La pratique ne suit d'ailleurs pas la formulation, puisqu'elle aborde la question du contenu du droit en examinant la validité des restrictions qui y sont apportées. En suivant cette direction, on définit la garantie de la propriété par rapport à l'activité étatique: elle impose, non pas une abstention de l'Etat, mais le respect par les pouvoirs publics, dans tous les domaines où ils interviennent, de certaines conditions. Parmi celles-ci, les unes sont générales et visent toute activité étatique; elles dérivent de l'organisation démocratique et libérale, soit au niveau le plus largement politique (principe de la légalité, principe de la non-rétroactivité), soit à celui des relations entre l'administration et les administrés (principe de la bonne foi). Les autres (principes de l'intérêt public et de la proportionnalité) sont formellement tout autant générales; mais leur contenu ne peut s'élaborer qu'à partir du statut de la propriété dans son environnement social, économique et écologique ou de sa situation concrète. Il conviendra de revenir de manière approfondie sur les conditions de validité des restrictions à la propriété: ce qu'il importe de montrer ici, c'est l'inadéquation de la formule du droit à l'abstention.

112. La portée négative de la garantie

C'est cette même formule qui inspire la théorie de la portée négative de la garantie. La garantie de la propriété ne donne pas droit à des prestations positives de la collectivité; c'est ainsi qu'un propriétaire ne peut se fonder que sur la prohibition de l'arbitraire pour contester la validité d'un refus de rattachement à un réseau de distribution d'eau ou d'énergie. Cette jurisprudence[3] se justifie dans la théorie du droit public subjectif. Il va de soi qu'il est inconcevable

[2] La propriété n'est pas seulement une limite à l'activité étatique, mais aussi son objet; cf. ch. 421 ss.

[3] ATF 92 I 503; cf. M. IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung II, n° 452 I; P. SALADIN, p. 137 ss, 322. De même pour le propriétaire riverain du domaine public: ATF 101 Ia 189.

d'imaginer que le droit subjectif de propriété implique comme conséquence nécessaire un autre droit subjectif, celui d'obtenir l'utilisation d'équipements collectifs: ces derniers ne pourraient plus être gérés rationnellement. Mais il est également évident que, pratiquement, l'utilisation de l'infrastructure et le droit de propriété sont indissociables: on ne peut guère exercer l'un sans jouir de l'autre. Plutôt que de diviser la matière pour en ranger une partie sous la rubrique de la garantie de la propriété et en renvoyer l'autre sous la protection unique de l'article 4 de la Constitution fédérale[4], il vaut mieux renoncer à la construction du droit public subjectif. Une théorie qui soustrait au droit de la propriété ce qui est la condition nécessaire de son exercice ne peut satisfaire: elle attache aux termes (négatif/positif) une importance qu'ils n'ont qu'au plan du vocabulaire. En réalité, qu'il s'agisse d'une prestation «positive» de l'Etat ou d'une prestation «négative», la question est juridiquement toujours la même: la mesure discutée est-elle valable? Les conditions posées à l'activité étatique sont-elles remplies? Si oui, la garantie de la propriété[5] n'est pas violée.

Ne pas distinguer une portée négative et une portée positive permet d'analyser dans un même statut l'ensemble des normes qui régissent la disposition et l'utilisation de la propriété privée. La propriété n'est plus isolée sous un seul aspect, mais mise en relation avec toutes les activités étatiques ayant pour objet le sol[6]. Il est vrai que les solutions qui ont été adoptées dans tel ou tel cas

[4] L'article 33 LAT lie la construction à l'équipement (cf. aussi la législation sur la protection des eaux). L'exécution de l'obligation d'équiper que l'article 28 LAT met à la charge de la collectivité ne pourra cependant pas être contrôlée par le juge avec un pouvoir d'examen plus large que celui qu'a le Tribunal fédéral statuant sur le grief d'arbitraire ou d'inégalité de traitement (cf. ch. 312, n. 7).

[5] Par garantie de la propriété, il faut entendre l'ensemble de la réglementation de la propriété, y compris donc ses limites (dont le régime de l'équipement). Exclure un droit subjectif à l'équipement (cf. M. BASCHUNG, p. 166) ne signifie dès lors nullement que le propriétaire ne puisse faire contrôler la validité d'un refus d'équiper; le critère de la légalité sera donné par l'article 28 LAT (la question posée par J.-F. AUBERT/R. L. JAGMETTI, WuR 1972, p. 46, de l'existence d'un droit subjectif est à notre sens inutile).

[6] Cf. aussi ch. 144; F. GYGI, Rechtliche Probleme des Bauens, p. 100 ss.

demeurent justifiées dans leur résultat: soumettre les pouvoirs publics dans leur politique d'infrastructure à la garantie de la propriété, et non plus seulement à la prohibition de l'arbitraire, ne conduira pas à l'extension des réseaux! Mais on ne peut arriver autrement à une définition cohérente du statut de la propriété, dans laquelle doivent entrer non seulement les restrictions de toutes sortes qui sont apportées aux initiatives privées, mais aussi toutes les politiques publiques de gestion et d'aménagement du sol. C'est dans cet ensemble que la garantie de la propriété doit trouver sa place.

On dira donc que la garantie de la propriété, envisagée sous sa forme subjective, définit les conditions de validité des interventions étatiques affectant la disposition et l'utilisation de la propriété privée. L'analyse doit dès lors porter non seulement *matériellement* sur ces conditions, mais aussi sur les possibilités *formelles* que l'administré a d'en contester l'existence.

12. La garantie objective de la propriété

Sous sa forme objective, la garantie de la propriété assure la permanence de l'institution même de la propriété. Relativement récente dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, le concept n'a guère été concrétisé; il n'a pas encore trouvé non plus sa place dans la systématique[7]. Aucun recours n'a été accepté sur cette base; on

[7] On peut se demander si, garantissant la permanence de la propriété, l'institution ne découle pas plutôt de la constitution économique. De toute manière, il semble préférable de ramener les garanties objectives au système constitutionnel dans son entier plutôt qu'à une liberté publique déterminée, sur le mode qu'a utilisé le Tribunal fédéral pour les droits constitutionnels non écrits. Dans ce sens, l'argumentation suivie dans l'arrêt ZBl 1960, p. 281 – fondée sur la force dérogatoire du droit fédéral, donc sur la cohérence de l'ordre juridique – nous paraît plus judicieuse que la doctrine ne le pense souvent (P. SALADIN, p. 124, par exemple). Cf. aussi les remarques de P. SALADIN, p. 295, 399, dans une toute autre approche, et que nous ne suivons pas ici (les libertés publiques comme constituant l'ordre juridique à partir du principe fondamental transcendant de la dignité de la personne et de la responsabilité de l'individu).

ne peut citer – en le réinterprétant – qu'un arrêt plus ancien, où le Tribunal fédéral a fondé sa décision sur l'article 2 des Dispositions transitoires de la Constitution fédérale[8].

Qualitativement et quantitativement, la propriété privée doit rester l'ordre fondamental de l'économie du sol. Les mesures étatiques ne doivent pas priver l'ensemble des propriétaires de la sphère d'initiative découlant de la propriété en tant que telle, ni soustraire à ce mode d'appropriation une surface à ce point importante qu'il ne serait plus guère possible de l'exercer. Le «marché» immobilier doit subsister, et la propriété doit toujours pouvoir se définir comme un certain pouvoir d'autonomie[9]. Les limites sont évidemment impossibles à tracer.

La garantie objective fait avant tout obstacle à une nationalisation – et peu importe à cet égard que la mesure soit indemnisée. La question est plus délicate pour d'autres mesures, moins directes: ainsi, par exemple, un droit d'emption ou de préemption de l'Etat. De toute manière, elle s'adresse au législateur[10]: elle apporte une limite, non à la définition des droits et obligations de propriétaires déterminés, mais à la liberté du législateur de définir en soi les prérogatives ou les devoirs attachés à la propriété privée.

La garantie objective est de niveau constitutionnel. Les particuliers peuvent en invoquer la violation. Cela ne sera guère utile lorsque la mesure est restrictive: la garantie subjective suffira. Il faudrait imaginer un conflit entre les deux formes de la garantie, et ce ne pourrait être que sur la question de l'intérêt public. La chose est, dans les faits, peu vraisemblable; on ne voit pas, étant donné la marge d'appréciation que laisse le concept d'intérêt public, un juge se laisser enfermer dans une telle alternative. Mais surtout, on le sait, la condition de l'intérêt public n'est remplie que si celui-ci prédomine sur l'intérêt privé. Comme on le verra[11],

[8] ZBl 1960, p.281 (Tribunal fédéral). J.-F. AUBERT, Traité II, n° 2175; A. GRISEL, ZBl 1971, p.219; A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, p.129 ss; P. SALADIN, p.122 ss.

[9] Soit l'institution de la propriété comme droit de participation (cf. ch. 423).

[10] H. HUBER, Staat und Privateigentum, p.207; P. SALADIN, p.123; W. SCHAUMANN, p.203.

[11] Cf. ch. 151.

la balance des intérêts se fait entre deux intérêts de même nature, contrairement à la formule habituelle à laquelle on vient de se référer: l'intérêt public à la réalisation de la mesure, et l'intérêt – public également – à l'initiative privée. Interprétée ainsi, la balance des intérêts comprend déjà la garantie objective.

Ce n'est donc qu'à l'égard d'une mesure générale et abstraite non restrictive que la garantie objective paraît avoir un sens.

13. Propriété privée et restrictions à la propriété

131. L'immanence des restrictions à la propriété

Parmi les controverses que le sujet suscite, on citera enfin celle qui concerne l'immanence ou non des restrictions par rapport à la propriété: les limites sont-elles extérieures à la garantie constitutionnelle, ou celle-ci les porte-t-elle en elle-même[12]? Juridiquement, la restriction existe en même temps que la propriété: on ne peut les analyser autrement que comme un tout. Placer la restriction à l'intérieur ou à l'extérieur revient à jouer avec une métaphore spatiale comme si elle était une reproduction exacte du concept. Au surplus, comme pour toute limite, on peut se demander où est l'intérieur, où est l'extérieur. Rien, conceptuellement, n'empêcherait d'admettre que ce sont les restrictions qu'il faut penser en premier, et dès lors de se demander si la propriété – restriction à la restriction – leur est immanente ou non. La possibilité de renverser le problème démontre suffisamment qu'il n'est pas juridique, mais idéologique[13]. D'autre part, il n'est pas possible de lui donner un intérêt juridique en faisant dépendre de sa solution la définition de l'expropriation matérielle: comme on le verra plus loin[14], l'obligation d'indemniser

[12] Cette dernière position est en général celle du droit suisse: H. HUBER, Staat und Privateigentum, p. 209; A. MEIER-HAYOZ, Festgabe Oftinger, p. 185 (après la position contraire prise dans Kommentar, p. 94); contra, P. LIVER, p. 169 ss. Sur le problème, cf. aussi P. SALADIN, p. 338 ss.

[13] Pour établir le primat du droit de propriété sur ses restrictions, on ne peut se fonder sur la garantie constitutionnelle: les restrictions sont autant constitutionnelles que la garantie.

[14] Cf. ch. 172.1.

ne constitue pas une condition de validité de restrictions graves; elle ne naît donc pas de l'existence d'une restriction non immanente.

Le problème vient essentiellement de l'idée que la garantie de la propriété a pour objet la propriété de droit privé: celle-ci est dès lors conçue comme préexistante. En soi, la proposition est déjà contestable. L'institution de propriété de droit public *n'est pas* celle que connaît le droit privé. La seconde constitue un mode parmi d'autres des relations que les justiciables entretiennent entre eux à raison de choses; elle est assurée non seulement par la garantie de la propriété au sens étroit, mais aussi par la liberté du commerce et de l'industrie[15], et surtout par la garantie d'un ordre juridique privé[16]. La première est avant tout une limite à l'activité étatique[17], lorsque celle-ci concerne des choses ou des biens de toutes sortes: elle a pour objet les relations entre l'Etat et le propriétaire. Les objets étant différents, les concepts le sont aussi. Si l'on veut définir une institution dite propriété qui soit commune à l'ensemble de l'ordre juridique, il ne suffit donc pas de se référer à celle que connaît le droit privé; il faut l'analyser comme le régime de l'utilisation des choses et des biens, aussi bien par rapport aux justiciables que par rapport à l'Etat[18]. Sous cet angle, ni la liberté d'utilisation, ni les limites qui y sont apportées ne peuvent être hiérarchisées l'une par rapport aux autres.

En outre, faire de la propriété de droit privé une institution préexistante qui s'impose au droit public, c'est ne saisir que l'un

[15] Les rapports entre la garantie de la propriété et la liberté du commerce et de l'industrie dans le système des libertés publiques sont loins d'être clairs. Cf. la jurisprudence du Tribunal fédéral, ATF 87 I 349; 99 Ia 612. Cf. H. HUBER, Festgabe Gutzwiller, p. 169 ss, 173; P. SALADIN, p. 326. On peut les ramener, comme le font ces auteurs, à la commune idée de la garantie de l'initiative et de la responsabilité individuelle. A vrai dire, l'idée d'une responsabilité «personnelle» dans les mécanismes socio-économiques peut paraître problématique; à tout le moins, elle doit s'intégrer dans la constitution sociale et économique. C'est pourquoi nous parlerons plus bas plutôt d'un droit de participation (ch. 423).

[16] Cf. par exemple A. GRISEL, ZBl 1955, p. 91; F. GYGI, MBVR 1957, p. 257.

[17] Elle en est aussi l'objet: cf. ch. 421, 422.

[18] Cf. l'analyse de A. MEIER-HAYOZ, Festgabe Oftinger, p. 180 ss, qui place cependant – et à notre sens à tort – dans une même catégorie tout tiers quelconque et la collectivité.

des aspects des libertés individuelles. Il est vrai qu'elles ont pour fonction d'assurer l'autonomie des individus. On peut dire, schématiquement, que le droit public a aussi pour fonction de garantir l'existence et les valeurs du droit privé et que, par conséquent, du moins dans une société libérale, il doit se limiter. Mais la relation doit aussi s'inverser: seule l'autonomie des individus permet de réaliser une société démocratique et libérale; le droit privé assure donc également l'existence et les valeurs du droit public d'une telle société, et par conséquent, il doit tout autant subir des limites garantissant cette finalité. Si, sous réserve de quelques exceptions, les limites sont définies dans les deux hypothèses par le droit public, c'est qu'elles ne peuvent être qu'impératives; mais elles ne se justifient pas dans les deux hypothèses de la même manière, puisque là, elles portent sur l'activité de l'Etat et ici sur celle des particuliers. Il y a donc nécessairement un rapport d'échange entre la liberté et ses restrictions, rapport qui se marque avant tout dans la théorie de la balance des intérêts[19].

132. Les catégories de restrictions à la propriété

On peut classer les restrictions à la propriété de diverses manières. Les plus courantes sont sans doute celles qui prennent pour critères l'objet ou l'effet de la restriction.

Sous cet angle, on distinguera suivant la prestation que doit le propriétaire: faire, ne pas faire, tolérer. On en connaît suffisamment d'exemples pour qu'il ne soit pas nécessaire de s'y attarder[20]. Au surplus, la distinction est académique: aucun effet juridique n'en résulte. En revanche, à première vue, il semble utile de séparer les restrictions qui n'entraînent pas pour la collectivité l'obligation de verser une indemnité, de celles qui constituent une expropriation

[19] Si on l'interprète, comme nous le ferons (ch. 151), comme la balance de deux intérêts *publics*. Cf. aussi la conception de la propriété comme lieu du déploiement de la personne (cf. ch. 433, n. 50).

[20] Cf. cependant ch. 422.

matérielle[21]. Mais, ici aussi, la distinction n'a aucune pertinence juridique. D'une part, la validité de *toutes les restrictions* obéit aux mêmes conditions (intérêt public, base légale, proportionnalité); de l'autre, on sait que la réalisation d'un cas d'expropriation matérielle dépend des circonstances concrètes de l'espèce. Les définitions qui en sont données sont à tel point indéterminées qu'elles constituent des clauses générales, lesquelles ne peuvent fournir des catégories. A raison, d'ailleurs: en tant que cas de responsabilité pour acte licite[22], l'expropriation matérielle résulte des effets dans une situation d'espèce de n'importe quelle restriction; une définition strictement normative est exclue. La classification bipartite (ou tripartite, si on inclut l'expropriation formelle) entre les situations de fait donnant lieu à indemnité *(expropriationsähnliche Tatbestände)* d'une part, et les restrictions à la propriété n'ayant pas un tel effet de l'autre, repose sur une équivoque: elle oppose les conséquences juridiques d'un état de fait à des normes juridiques, soit des «choses» qui ne sont pas au même niveau d'analyse.

14. La légalité des restrictions à la propriété

141. Le principe de légalité

Le principe de la réserve de la loi s'applique en matière de restrictions à la propriété comme en général pour toute activité administrative. On sait qu'en principe, une loi au sens matériel constitue une base légale suffisante. Il faut cependant que la norme générale et abstraite soit elle-même une loi au sens formel ou repose sur une clause de délégation législative[23]. S'il n'est pas nécessaire de développer ici ce principe fondamental, certains de ses aspects sont

[21] On peut ainsi songer à introduire une différence terminologique, par exemple limitation/restriction *(Bindung, Beschränkung/Eingriff:* cf. W. SCHAUMANN, p. 204).

[22] Cf. ch. 172.1.

[23] La jurisprudence est considérable. Cf. par exemple ATF 98 Ia 589, pour une ordonnance de substitution, où le Tribunal fédéral s'est montré fort large. P. SALADIN, p. 157 ss.

particulièrement marqués dans le droit des restrictions à la propriété.

De toute manière, il convient de rappeler que le principe n'est pas une exigence technique[24]. Il est le premier corollaire de l'organisation démocratique de l'Etat. Il implique non seulement la publicité des normes juridiques, mais la libre discussion de leur projet. D'un côté, l'ouverture et la transparence de la procédure: il s'agit que les règles qui vont constituer l'ordre juridique de la société soient décidées en pleine lumière. L'important n'est pas d'arriver à un consensus général, mais de déterminer les alternatives possibles et les responsabilités dans le choix qui est fait entre elles. D'un autre côté, la prévisibilité des activités administratives quant à leurs effets sur la situation juridique des administrés: ceux-ci pourront adopter leur comportement en fonction de la réaction hypothétique future de l'administration telle qu'elle est régie par la loi. C'est dans ce sens que les problèmes posés par l'application du principe doivent être abordés.

142. Le droit communal

Le premier de ces problèmes est celui de la réglementation communale. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la jurisprudence du Tribunal fédéral a été assez restrictive. Le plus souvent, ce sont les communes qui, en Suisse, ont pris l'initiative de l'aménagement du territoire. Leurs mesures ont souvent échoué devant le Tribunal fédéral pour défaut de base légale: la loi cantonale ne leur donnait pas le pouvoir qu'elles mettaient en œuvre[25]. Il est difficile d'apprécier les conséquences de cette jurisprudence. Si elle a

[24] Cf. P. SALADIN, p. 368

[25] ATF 81 I 26; 89 I 103; 92 I 278. Cf. A. GRISEL, ZBl 1955, p. 94. Il est vrai qu'il faut tenir compte de la variété de l'institution communale; comme le relève H. HUBER, Rechtliche Probleme des Bauens, p. 56, dans de petites communes, la position de certains particuliers leur permet d'influer de manière décisive sur les décisions de la collectivité. Ce n'est cependant pas un problème relatif à la base légale, mais à l'intérêt public des mesures concrètes d'aménagement que la pratique pose ainsi. Cf. aussi ch. 152, n. 50.

contraint les autorités cantonales à se saisir des problèmes posés par l'aménagement du territoire, elle a d'autre part paralysé les efforts communaux: résultat paradoxal d'une jurisprudence qui se voulait par ailleurs favorable à l'autonomie communale. Dans la mesure où la loi fédérale ou, à son défaut, mais seulement à leur niveau, les réglementations cantonales[26] contiennent aujourd'hui des dispositions suffisantes, il n'y a pas lieu de revenir sur la question. On peut cependant relever que c'était sans doute une erreur que d'appliquer à la réglementation communale les exigences posées à la délégation de pouvoirs proprement dite: il n'y a pas le même rapport entre les dispositions prises par une commune dans une procédure législative (parlement communal et référendum) et le droit cantonal, d'une part, et celles prises par un exécutif et une loi au sens formel, de l'autre; le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs admis, lorsqu'il distingue aujourd'hui entre la répartition des pouvoirs (par rapport au droit communal) et la délégation des pouvoirs (par rapport aux ordonnances d'un pouvoir exécutif)[27]. Si, dans le champ de son autonomie, la réglementation communale est prise dans une procédure satisfaisant à la fonction du principe de la réserve de la loi, sans contrevenir aux règles des ordres juridiques supérieurs (principe de la suprématie de la loi), il n'y a pas de raison d'exiger qu'elle ait *en outre* une base dans la législation cantonale ou fédérale. Cette proposition est pour le surplus en accord avec la théorie de la compétence résiduelle de la commune, défendue par la doctrine[28].

143. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

On sait que le Tribunal fédéral n'examine pas de la même manière la base légale de toutes les restrictions; sont-elles particulièrement

[26] Art. 25 LAT; Message LAT, FF 1972 I 1506.

[27] ATF 100 Ia 161; 97 I 804. On rappellera que l'autonomie communale peut être invoquée par les particuliers à titre préjudiciel: cf. ATF 100 Ia 428.

[28] Il faut, pour le Tribunal fédéral, que la constitution cantonale admette *(zulassen)* dans le domaine considéré une telle répartition des compétences (ATF 97 I 805): peut-on estimer qu'il suffit qu'elle ne l'interdise pas? Cf. sur

graves, il en contrôle librement le fondement légal; dans l'hypothèse contraire, il ne vérifie que sous l'angle de l'arbitraire si la mesure administrative ou l'ordonnance peut se déduire d'une disposition législative cantonale[29]. La problématique est propre au recours de droit public, dans lequel le Tribunal fédéral, s'agissant de l'interprétation de la législation cantonale, restreint en principe son pouvoir d'examen à l'arbitraire; on se trouve ici en présence d'une exception à cette règle de procédure[30].

On se rappellera qu'antérieurement, le Tribunal fédéral exigeait pour les restrictions graves une base légale claire et nette: il posait une règle de fond. On peut regretter l'abandon de cette formulation: l'exigence de la clarté s'adressait directement au législateur. Et c'était naturel; car il s'agit de déterminer la portée du principe de la légalité, ce qui est une question de fond.

144. L'administration de prestation

Le principe de la réserve de la loi s'applique en tout cas aux charges et aux obligations que l'administration impose aux justiciables. Son extension à l'administration de prestation[31] est discutée; à notre avis, elle ne peut faire de doute. Ce que l'Etat fait positivement peut être aussi important que ce qu'il interdit ou impose, aussi bien au niveau politique qu'au niveau individuel. Il est vrai que le droit public a surtout été attentif aux restrictions directes dont les

ce problème J.-F. AUBERT, RNRF 1962, p. 10; A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, p. 144; W. SCHAUMANN, p. 154 ss.

[29] Cf. ATF 98 Ib 371; 96 I 130. A. GRISEL, ZBl 1971, p. 221 ss; E. HOESLI, p. 110 ss; A. KUTTLER, Der Beitrag des Bundesgerichts, p. 182; A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, p. 146 ss; J. MEYLAN, p. 347; P. SALADIN, p. 161. B. KNAPP, Restrictions de droit public, p. 77 ss, propose l'assimilation du critère de l'atteinte particulièrement grave à celui de l'expropriation matérielle: à tort, car il s'agit dans le premier cas des effets en soi d'une norme, et dans l'autre des conséquences concrètes de son application.

[30] Sur les rapports entre la précision de la base légale et la pesée des intérêts d'une part et l'examen de la proportionnalité de l'autre, cf. ATF 97 I 640; 101 Ia 215 (cf. plus bas, ch. 161 n. 58).

[31] Ou administration de promotion: *Leistungsverwaltung*.

justiciables étaient l'objet, et ce sont elles qui ont été entourées de garanties et de conditions. La raison en a été avant tout la délimitation de la qualité pour agir aux titulaires d'intérêts juridiquement protégés, qui empêche évidemment de contester la validité d'avantages octroyés à des tiers.

De toute manière, dans des politiques telles que celle de l'aménagement du territoire ou celle de la protection de l'environnement, il n'est plus possible de séparer l'administration de police de l'administration de prestation. Mesures restrictives et mesures positives forment un tout, et le sens de chacune d'elles vient de l'ensemble de la politique mise en œuvre. Les restrictions du zonage sont liées à l'équipement (au sens le plus large); les différentes restrictions relatives à l'environnement seraient inutiles sans investissements collectifs (stations d'épuration des eaux, usines d'incinération des ordures). La législation constitue dès lors un code complet des activités étatiques, dans tel ou tel domaine, qu'elles soient négatives ou positives, établissant le catalogue des objectifs poursuivis et des moyens employés.

145. La légalité des plans

145.1. Le plan en tant qu'acte concret

L'application du principe de la réserve de la loi ne pose guère de problèmes spécifiques du point de vue de la garantie de la propriété, lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'une décision. En revanche, l'institution du plan soulève quelques questions. Ni décision, ni loi, et décision, et loi, le plan ne s'intègre pas dans la classification des actes étatiques telle qu'elle a été élaborée à partir de la théorie de la séparation des pouvoirs; il n'est donc pas possible de déterminer en fonction de sa nature s'il rentre dans le concept de légalité ou s'il constitue un acte d'application[32].

C'est à deux niveaux que doit se situer l'analyse. En effet, la problématique n'est pas la même, suivant qu'il s'agit de rechercher si une décision administrative se fonde sur une base légale suffisante

[32] P. SALADIN, p.159 ss. Cf. ch.261.

(la référence est alors au principe de la séparation des pouvoirs) ou si – ce que l'on vient de voir – une mesure communale se fonde sur le droit cantonal ou fédéral (répartition des pouvoirs, autonomie communale).

Le régime juridique d'un fonds déterminé a-t-il une base légale suffisante lorsqu'il découle uniquement d'un plan? La réponse, affirmative, est évidente, si le plan a été adopté selon une procédure législative (adoption par l'autorité législative, soumission au référendum)[33]. Si, au contraire, il a été décidé par une autorité gouvernementale ou administrative, il ne peut constituer à soi seul un fondement adéquat; il ne suffit même pas que la loi en attribue la compétence à l'administration. Il faut en outre qu'elle définisse, de manière générale et abstraite, les mesures que le planificateur pourra prendre.

Cette exigence n'est encore que très partielle; elle laisse à l'autorité des pouvoirs beaucoup plus larges qu'une simple liberté d'appréciation. Elle n'a d'autre portée que de déterminer quel genre d'aménagement du territoire sera en soi poursuivi, non quel contenu réel lui sera donné; car elle porte sur les effets généraux, non sur les conditions de l'activité de planification. L'aménagiste reste libre d'attacher à un état de fait qu'il définit librement les conséquences que la loi prévoit. C'est pourquoi il convient de faire un pas de plus: le législateur doit circonscrire, non seulement ce que l'aménagiste peut faire, mais aussi à partir de quoi il le peut.

A vrai dire, l'exigence d'une telle base légale semble bien constituer la quadrature du cercle. Les mesures d'aménagement du territoire reposent sur l'évaluation d'un ensemble spatial et temporel unique – un espace et une évolution concrète – qu'il n'est pas possible de définir de manière générale et abstraite, ni, par conséquent, de transposer dans l'évaluation d'un autre ensemble. Si une telle situation est loin d'être inconnue dans d'autres domaines du droit public[34], elle est cependant typique de l'aménagement du

[33] C'est normalement le cas pour les plans d'affectation communaux – sous réserve de la question de la répartition des compétences entre droit cantonal et droit communal.

[34] Par exemple en matière de fixation des prix, d'octroi de certaines concessions.

territoire. Elle explique que l'instrument juridique par excellence de la planification soit le plan, et non la loi et la décision, instruments classiques du droit public. Contrairement à ces deux types d'actes juridiques, le plan est et ne peut être qu'immédiatement concret, non seulement dans la mesure qui frappe l'administré, mais aussi dans l'évaluation des conditions qui justifient cette mesure. Il est donc impossible de restituer à ce niveau le rapport qui relie la décision à la loi, et, par conséquent, d'appliquer tel quel le principe de la base légale[35].

145.2. Les éléments abstraits du plan

Il y a cependant un niveau où le plan trouve un certain degré d'abstraction: celui de la cohérence de l'organisation qu'il donne à un espace concret. Les buts de l'aménagement du territoire peuvent être généralement définis; ils le doivent même, si l'on veut arriver à un aménagement régional ou national. En termes plus spécifiques, la loi doit contenir les conceptions directrices de la planification.

Il ne faut cependant pas surestimer les potentialités juridiques d'une telle définition, qui sera constituée de notions indéterminées, voire de clauses générales[36]. Evidemment: l'aménagement du territoire réalise la synthèse d'un ensemble d'objectifs. Le planificateur doit donc établir une hiérarchie des buts à atteindre, non seulement en fonction de leur importance sociale et économique et des possibilités politiques de son action, mais aussi en fonction des ressources et des caractéristiques de l'espace qu'il a pour tâche d'organiser. La liberté du planificateur découle donc d'une part de l'indétermination générale des rapports buts/moyens, de l'autre de la concrétisation dans un espace donné aux caractéristiques uniques, enfin, de l'insertion de toute mesure d'aménagement du territoire dans une politique globale de l'espace.

[35] Il peut se trouver qu'en raison de l'objet du plan, le législateur cantonal puisse le localiser (cf. ATF 96 I 708, la zone de protection autour de l'aérodrome de Kloten): cela signifie uniquement que le plan est pris dans la procédure législative.

[36] Cf. art. 1, 11 ss, 25 II, 26 LAT. Sur la nature des conceptions directrices, cf. ch. 312.

Le rapprochement avec les institutions classiques du droit public n'est donc que limité. On sait que la fonction du principe de la réserve de la loi est notamment de garantir la prévisibilité de l'activité administrative et son contrôle; or, sous ces deux aspects, l'extension la plus large du principe à la planification, telle qu'on vient de la décrire, ne l'assure que médiocrement. S'il est vrai que le législateur peut, à l'aide de conceptions directrices, donner une image générale de l'organisation spatiale souhaitée, les administrés ne pourront guère lire autre chose dans la loi qu'un programme: leur situation concrète ne commencera à se dessiner réellement qu'au moment où le planificateur passera à l'élaboration des mesures d'application. La prévisibilité n'est pas donnée par la loi, mais par l'acte d'application. Pour que, sous cet angle, le contrôle démocratique – contrôle *a priori* – soit assuré, la seule solution consiste à faire adopter le plan par l'autorité législative elle-même: c'est d'ailleurs ce qui se passe pour les réglementations communales[37]. En d'autres mots, le plan ne pouvant avoir à proprement parler de base légale complète, il s'agit de lui conférer le statut de la loi. D'autre part, s'il est vrai qu'en soi, notions juridiques indéterminées et clauses générales sont justiciables d'un contrôle juridictionnel, qu'à ce niveau, la conformité à la loi des mesures d'aménagement du territoire peut être vérifiée par le juge administratif ou constitutionnel, la marge d'appréciation qu'il doit, de par la nature des actes qu'il examine, laisser au planificateur est très large: à tel point qu'il ne peut sanctionner qu'un arbitraire flagrant. Le principe de la légalité en tant que garantie de l'efficacité du contrôle juridictionnel n'a donc qu'une portée limitée en matière de plans[38].

[37] W. SCHAUMANN, p. 280.

[38] Par voie de conséquence, il en va de même pour toutes les mesures prises en réalisation ou en application d'un plan.

15. L'intérêt public

151. La balance des intérêts

Prise en elle-même, l'affirmation de l'intérêt public comme condition de validité n'apporte pas grand'chose: toute règle de droit public doit poursuivre un intérêt public. Sous cette forme, elle est même inexacte. Car, dans le domaine des libertés publiques, la présence d'un intérêt public ne suffit pas: il faut encore que, comparé à l'intérêt opposé des particuliers visés par la mesure en cause, il soit plus important[39]. Exposée de cette manière, l'opération – balance des intérêts – paraît néanmoins avoir un fondement théorique peu solide; situés à des niveaux différents, l'intérêt public et l'intérêt privé ne sont pas des valeurs comparables. Mais, en réalité, ce qui est opposé, c'est d'une part l'intérêt public de la mesure restrictive, de l'autre l'intérêt également public de la liberté restreinte: il y a en effet un intérêt général de la collectivité, dans le droit public actuel des Etats occidentaux, au maintien d'une sphère d'initiatives propre des particuliers. Conséquence de l'organisation pluraliste de la société, le principe ne vaut pas seulement pour les libertés idéales, mais aussi pour les libertés économiques, où il se concrétise dans l'institution de la propriété[40].

Cela explique qu'il ne soit pas possible de définir l'intérêt public par son contenu, de manière générale et abstraite, valable pour l'ensemble du droit public. Il est évident tout d'abord que, ma-

[39] Cf. par exemple ATF 100 Ia 336; 94 I 59, 134, 548. Cf. E. Hoesli, p. 131 ss; B. Knapp, Intérêt, utilité et ordre publics, p. 146 ss, 153; A. Kuttler, Der Beitrag des Bundesgerichts, p. 178 ss; J. Meylan, p. 348; P. Saladin, p. 146 ss. Sur la problématique de l'intérêt public, cf. par exemple H. Huber, RDS 1965, p. 497 ss (sans que nous en partagions ici les conceptions).

[40] C'est là le thème commun de toutes les libertés publiques; cf., dans le domaine de l'aménagement du territoire, F. Gygi, WuR 1964, p. 281; W. Schaumann, p. 197 ss. Mais on ne peut l'interpréter uniquement comme valeur positive: les libertés publiques ont d'autres conséquences, en tant que participation aux mécanismes sociaux, économiques et politiques, qu'un pur exercice «négatif», «littéral», peut mettre en danger par les dysfonctionnements qu'il entraîne (cf. ch. 423); d'où notamment la conception de la propriété comme lieu du déploiement de la personne (cf. ch. 433, n. 50).

tériellement, ce qui est d'intérêt public varie en fonction des époques et des lieux. Mais ce n'est là que la raison superficielle. Il ne peut y avoir de notion abstraite de l'intérêt public parce que celui-ci est fonction de la liberté en cause et des relations sociales, politiques et économiques du champ social où elle est en jeu. Le contenu de l'intérêt public découlera donc, d'une part, de l'importance des besoins sociaux existant dans le domaine où la liberté se situe, de l'autre, de l'importance de la liberté elle-même dans l'organisation sociale[41]. Si ce n'est donc au niveau du contenu, lequel change pour chaque liberté et selon le domaine de l'intervention étatique, la généralité et l'abstraction de la notion se trouve à celui de la méthode.

Des deux éléments constitutifs de l'opération de la balance des intérêts, des deux «poids», le second est l'institution de la propriété privée. La propriété privée est l'une des manifestations, on dirait la matérialisation, de la volonté autonome des particuliers: l'individu exprime sa volonté sur les choses en dehors des contraintes sociales (du moins si cela lui est économiquement possible). En raison de la structure essentiellement jurisprudentielle du droit public de la propriété, formé à partir de recours des propriétaires visés par des mesures restrictives, cet élément peut être considéré comme suffisamment connu.

Du premier des deux «poids», l'intérêt public au sens étroit, celui qui justifie une mesure restrictive, une caractéristique doit être relevée, qui n'a pas attiré suffisamment l'attention, du même fait de l'origine jurisprudentielle de la notion. Découlant des besoins sociaux existant, l'intérêt public n'a pas seulement une portée négative: une condition dont l'absence entraîne l'invalidation d'une mesure restrictive; c'est aussi, sinon surtout, une exigence positive, portant sur l'accomplissement d'une activité, et non sur une abstention. Le juriste y sera peut-être peu sensible: sur

[41] Chaque liberté a ses propres limites, parce qu'elle a son propre objet et sa propre valeur, limites qui peuvent de plus varier selon les domaines qu'elle est appelée à recouvrir. Il est donc illusoire de rechercher un concept de l'intérêt public (et par conséquent aussi de la police) d'application uniforme (ainsi ATF 97 I 506, dans l'arrêt *Griessen)*.

le plan des institutions, tant qu'un intérêt personnel est la condition nécessaire d'un recours, cette double face est peu évidente. Il en va autrement lorsque la qualité pour recourir ne réclame plus la lésion d'un intérêt juridiquement protégé, et surtout lorsqu'elle est accordée à des organisations à but idéal pour la réalisation d'un intérêt public, voire à l'autorité elle-même[42].

152. La détermination de l'intérêt public

Quant à la détermination de l'intérêt public, il n'est guère nécessaire d'insister sur l'impraticabilité d'une méthode purement quantitative[43]. Il s'agit d'abord d'établir les besoins sociaux en cause, puis de les évaluer: ils seront alors légitimes. Il y a en effet un double aspect. Il ne suffit pas que l'autorité, ou le juge, puisse constater l'existence d'un manque, d'un dysfonctionnement dans la réalité sociale[44]. Il faut encore que la prise en charge par la collectivité de la satisfaction de ce besoin s'intègre dans le système politique[45]. Ni l'une, ni l'autre de ces deux conditions ne peuvent ni ne doivent être considérées comme rigides. On sait que, socialement, un besoin ne se révèle souvent comme tel que lorsque des moyens d'intervention se constituent: lorsque de nouveaux instruments techniques apparaissent, mais aussi lorsque la possibilité politique de les

[42] Cf. l'article 12 de la *loi fédérale* du 1er juillet 1966 *sur la protection de la nature et du paysage*, et certaines réglementations ou pratiques cantonales; P. Moor, RDS 1976, p. 168.

[43] Ainsi B. Knapp, Intérêt, utilité et ordre publics, p. 159. Cf. cependant J.-P. Blanc, p. 86 ss. L'intérêt public pose une question de légitimité, non de consensus. L'intérêt qui ne concernerait qu'une faible minorité peut néanmoins être légitime, de par sa valeur générale; on peut du moins interpréter ainsi l'arrêt *Dafflon* (ATF 88 I 248; cf. aussi ATF 97 I 509, p. 516 *in fine)*.

[44] L'existence d'un besoin social révèle les lacunes des initiatives privées (principe dit de la subsidiarité).

[45] Cf. une conception analogue chez A. Meier-Hayoz, Kommentar, p. 150, l'intégration étant cependant rapportée plus restrictivement au régime de la propriété *(Eigentumsordnung)*, ce qui explique pourquoi l'auteur ne considère l'intérêt public que comme une limite, c'est-à-dire uniquement dans sa portée négative.

utiliser est donnée. D'un autre côté, l'intégration dans le système politique dépend de la capacité qu'a ce dernier d'évoluer. La question est en effet celle de la légitimité politique de l'intervention des pouvoirs publics. La réponse est d'abord donnée par la Constitution, et les modifications qui peuvent y être apportées; elle peut être donnée aussi par l'analyse de l'ensemble de la législation, qui, dans d'autres domaines, ou dans d'autres collectivités aux structures semblables, a cherché à satisfaire les besoins sociaux en discussion, et les a donc légitimés[46].

Pour l'aménagement du territoire, une considération initiale est celle de l'espace limité. Première des matières premières, l'espace est un bien rare. Il s'agit de le gérer judicieusement, de manière que toutes les activités qui le requièrent puissent s'y déployer efficacement: c'est l'économie spatiale. Elle réclame non seulement une répartition des affectations, mais aussi une mise en valeur des sols. La seconde considération est écologique: protéger l'environnement physique, social et culturel. Aucune des activités sociales ne doit en léser une autre de manière à troubler une organisation équilibrée de l'ensemble. Enfin, les objectifs ainsi circonscrits doivent être réalisés sur l'ensemble du territoire, afin d'éviter que ne soient privilégiées certaines régions, qui recevraient le profit du sacrifice imposé à d'autres[47].

[46] C'est aussi par le moyen de dispositions-programmes ou de dispositions directrices (cf. ch. 222, 223) que la législation, introduisant en même temps des institutions nouvelles et leur finalité, définit et légitime un intérêt public spécifique. Sur la nature politique de l'intérêt public, cf. aussi B. KNAPP, Intérêt, utilité et ordre publics, p. 160. On connaît le célèbre aphorisme: «Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht». Mais l'évolution même du contenu de l'intérêt public montre que, inversement, le droit constitutionnel est du droit administratif abstrait.

[47] On peut voir dans la simple énumération de ces objectifs à quel point l'intérêt public est une valeur qui ne peut s'apprécier que dans le cadre concret d'une activité politique, par rapport à toutes les implications de celle-ci (cf. ch. 232, 233 notamment): une élaboration théorique à partir de la seule garantie de la propriété en reste au niveau de l'abstraction et ne rend pas compte de la réalité du concept (ainsi H. HUBER, RDS 1956, p. 504 ss; W. SCHAUMANN, p. 207 ss), laquelle est d'ailleurs souvent dégradée au rang de simple contingence.

Il n'est pas nécessaire de reprendre dans le détail l'histoire de l'aménagement du territoire pour rappeler la progressive intégration dans le système politique suisse des mesures prévues dans la loi fédérale du 4 octobre 1974[48]. Les initiatives sont venues de différentes directions: police des constructions (au sens étroit), protection de la nature, problème du logement. Peu à peu s'est constitué un *instrumentarium*. D'abord interventions ponctuelles (plan d'alignement, protection de sites), puis sectorielles (zonage classique); d'un autre côté, planifications également sectorielles (réseau routier; investissements collectifs) puis développement de nouveaux instruments fiscaux; enfin, synthèse des différentes compétences étatiques par leur conjonction au sein d'une planification directrice de la politique spatiale des collectivités publiques. Cette évolution s'est faite progressivement, par passages successifs[49]. Il suffit ici de rappeler que beaucoup d'efforts communaux, après la seconde guerre mondiale, se sont heurtés à l'exigence maintenue avec rigueur par le Tribunal fédéral d'une base légale cantonale. Cette exigence n'était pas principalement de nature formelle; elle manifestait que les interventions communales n'étaient pas intégrées dans le système des interventions publiques tel qu'il existait à l'époque, que leur légitimité n'était pas encore reconnue politiquement. Le défaut de base légale révélait dans ce sens plutôt un intérêt public encore incomplètement établi[60]. Cette perspective évolutive, éminemment politique, trouve sa limite – tout autant politique – dans la garantie constitutionnelle de la propriété en tant qu'institution.

153. Le contrôle juridictionnel

Un tel concept de l'intérêt public est évidemment problématique pour le juge appelé à l'appliquer dans sa fonction négative de

[48] Cf. Rapport de la Commission fédérale d'experts pour l'étude de l'aménagement du territoire, 1966, p.16 ss, 22 ss; Message LAT, FF 1972 I 1446 ss; P. Reichlin, p.205a ss.

[49] Cf. Introduction, n.7.

[50] Cf. J.-F. Aubert, RNRF 1962, p.7; P. Saladin, p.164.

condition de validité. La difficulté ne naît pas seulement de la nature politique du contenu du concept; il est vrai cependant que la fonction du juge n'est pas d'établir la politique à suivre, mais de déterminer les limites valables pour toutes les politiques possibles. Elle vient aussi d'un déplacement du problème posé. De plus en plus, et l'aménagement du territoire en est une illustration typique, l'intérêt public d'une mesure n'est pas seulement celui attaché aux conséquences que l'intervention publique veut atteindre directement dans le domaine où elle se situe; il se trouve tout autant, et en même temps, dans des conséquences indirectes, dans d'autres secteurs, ou encore il ne constitue qu'un élément d'un ensemble qui seul lui donne son sens. Dans tous ces cas, le rôle d'un contrôle juridictionnel est délicat.

Dans la systématique du droit public actuel, l'intérêt public est une notion juridique indéterminée[51]. Cette qualification recouvre un régime complexe. En principe, on le sait, le juge contrôle librement l'application faite par l'administration de telles notions. Au principe il existe un certain nombre d'exceptions. La plus connue est celle que justifie la présence, dans l'appréciation à faire, de circonstances locales, que le juge peut malaisément évaluer[52]. Ce n'est pas la principale, et on peut même penser que la jurisprudence se montre ici trop large. La retenue du juge – un pouvoir d'examen restreint – se justifie partout où l'intérêt public ne peut pas être déterminé uniquement à partir du domaine directement visé par la mesure en cause; elle ne se justifie pas lorsque les effets de la mesure peuvent être isolés sans inconvénient de tout contexte, être appréciés seulement par rapport à eux-mêmes[53]. C'est dire, en d'autres termes, que le pouvoir d'examen de l'autorité de contrôle juridictionnel doit se limiter en fonction de l'importance des im-

[51] Dès ATF 94 I 135 en tout cas; cf. ch. 312. F. GYGI, MBVR 1957, p. 262; H. HUBER, Staat und Privateigentum, p. 256; B. KNAPP, Intérêt, utilité et ordre publics, p. 156 ss, 174 ss; P. SALADIN, p. 151.

[52] Par exemple, ATF 98 Ia 376; la même retenue ne s'impose pas lorsque le juge est aussi bien placé que l'administration pour apprécier la situation concrète, ainsi en matière de protection des monuments et des sites (cf. les arrêts du Tribunal fédéral, ZBl 1971, p. 41, 171).

[53] Cf. par exemple ATF 101 Ia 215; 98 Ia 46; 97 I 645.

plications globales des actes qui lui sont soumis, donc en fonction du rôle que ceux-ci ont à jouer dans une politique globale[54]. Ce n'est pas éliminer le rôle du contrôle juridictionnel; il lui appartient toujours de déterminer les limites que la loi assigne à l'activité de l'administration, même si celle-ci, par la synthèse qu'elle doit opérer entre ses diverses compétences, prend un caractère politique plus marqué. Le changement provient bien plutôt de l'évolution, par ailleurs nécessaire, de la technique législative, qui ouvre précisément à l'exécutif – et à dessein – de telles possibilités. Le contrôle du juge reste un contrôle de la légalité; mais lorsque l'activité administrative consiste en une multiplicité d'interventions à coordonner, c'est-à-dire précisément en une planification, le concept de légalité – la norme fondant de telles compétences – n'est plus celui que la tradition du droit public a consolidé. On jugera peut-être dangereuse cette importance accordée à la dimension politique. Mais une tendance du droit public consiste inversement à l'évacuer. Il convient tout au contraire de nommer les choses par leur nom, et de les situer à leur vraie place. A trop renforcer le contrôle juridictionnel, on n'élimine pas les implications politiques, on les transfère. Et si le politique tout simplement existe, il faut veiller à ce qu'il soit placé là où l'organe de décision a une responsabilité correspondante.

16. La proportionnalité

Comme toute limitation à l'exercice des libertés publiques, les restrictions à la propriété doivent respecter le principe de la proportionnalité. Celui-ci s'analyse généralement en trois règles différentes, qu'il n'est pas toujours facile de distinguer dans la pratique. La mesure restrictive doit d'abord être de nature à atteindre le but d'intérêt public visé[55]; la violation de cette règle indique souvent qu'en réalité, l'activité administrative avait une

[54] Cf. par exemple pour la politique de développement, ATF 99 Ia 583; 100 Ia 336; pour des considérations de politique sociale et économique, ATF 98 Ia 589; 99 Ia 37.

[55] Cf. par exemple ATF 94 I 52; 99 Ia 484.

autre motivation que celle que l'autorité mettait en avant. Ensuite, la mesure choisie doit être celle qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts des particuliers, tout en réalisant la fin poursuivie[56]. Il faut enfin qu'il existe un rapport raisonnable entre l'importance de l'intérêt public justifiant la mesure restrictive (et du résultat escompté) et la gravité des effets de celle-ci sur la situation des administrés[57].

Le principe prend dans le développement du droit public une importance croissante, qui va de pair avec l'extension des domaines de l'activité administrative ouverts à la liberté d'appréciation et de ceux où elle est régie par des notions juridiques indéterminées[58]: il permet en effet de poser des limites aux différentes options que l'autorité peut prendre. L'abus de pouvoir n'est pas seulement défini par rapport aux buts des attributions conférées à l'administration, mais aussi par rapport aux moyens qu'elle met en œuvre.

L'extension du principe de la proportionnalité à l'administration de prestation est problématique, lorsque l'autorité dispose dans son activité d'un pouvoir d'appréciation. Il est possible certes de mesurer les conséquences qu'entraîne pour un requérant le refus d'une prestation étatique. Mais la difficulté réside dans l'évaluation corrélative des effets de son octroi sur les intérêts de la collectivité. En particulier, il paraît légitime – contrairement à ce qui est la règle dans l'administration de police – de tenir compte des charges financières que l'Etat devrait supporter[59]. Souvent – ainsi en matière d'équipement –, pour pouvoir être accordée, la prestation requise doit s'intégrer dans l'aménagement d'un service public tout entier;

[56] ATF 90 I 334; 99 Ia 474.

[57] ATF 91 I 94; 101 Ia 189; les avantages que l'administré retire de la mesure sont pris en compte: ATF 100 Ia 226. Sur le concept de perturbateur, dérivé du principe de la proportionnalité, cf. ATF 90 I 1; 91 I 144; 97 I 797.

[58] Cf. ATF 97 I 640; 101 Ia 215: «une base légale large exige en effet que l'on se montre particulièrement rigoureux dans la phase successive de la pesée des intérêts en présence et dans l'examen de la proportionnalité de la limitation par rapport au but poursuivi et à l'objet de la protection».

[59] ZBl 1972, p. 18 (Tribunal fédéral). Cf. ATF 100 Ia 289, où la question de la proportionnalité n'est pas examinée (exclusion des personnes non domiciliées dans la commune de l'utilisation de la piscine communale).

si celui-ci devait être modifié, il faudrait déterminer, d'une part si l'intérêt particulier du requérant est suffisant, d'autre part, s'il y a un intérêt public à une telle opération[60].

17. L'expropriation matérielle

171. Les critères de l'expropriation matérielle

Dans certains cas, qui se justifient par la gravité de l'atteinte portée aux intérêts du propriétaire, la mesure restrictive s'accompagne de l'obligation pour l'Etat de verser une indemnité. Généralement conçue comme une condition de validité, l'obligation a sa source en même temps dans la garantie de la propriété et dans le principe de l'égalité de traitement: c'est en tout cas ce qui ressort de la définition qui en est donnée, notamment dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cependant, les mesures de nature législative et celles qui sont prises dans un but de police font exception.

«Il y a expropriation matérielle lorsqu'un usage actuel ou un usage futur prévisible de la chose sont interdits ou restreints d'une manière particulièrement grave»; «le propriétaire est frappé d'une manière extraordinairement grave, de sorte qu'il est privé d'une des facultés essentielles découlant du droit de propriété.» «Il y a également expropriation matérielle lorsqu'un seul propriétaire foncier, ou quelques propriétaires seulement, sont touchés de telle sorte qu'ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la collectivité s'ils n'étaient pas indemnisés.»[61] L'article 48 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire reprend cette définition, avec quelques modifications de forme[62]. Elle sub-

[60] Cf. ATF 92 I 503. En outre, dans beaucoup de situations, l'octroi d'une prestation en entraînerait d'autres.

[61] ATF 97 I 634. Cf. L. Bagi, p. 194 ss; C. Bonnard, p. 66 ss; U. Gut, p. 82 ss, 95 ss; E. Hoesli, p. 147 ss, 153 ss; L. Meyer, p. 204 ss; J. Meylan, p. 351 ss; P. Saladin, p. 167 ss, 179 ss; U. Zimmerli, p. 140 ss.

[62] On a pu juger regrettable qu'une définition jurisprudentielle soit ainsi légalisée (M. Baschung, p. 162; U. Zimmerli, p. 144; sur les rapports entre la défi-

divise en deux groupes les hypothèses dans lesquelles une mesure restrictive entraîne l'obligation d'indemniser.

Le premier se réfère exclusivement à la garantie de la propriété. C'est la substance de la propriété qui est atteinte, ce qui constitue à soi seul une expropriation matérielle. Mais cette «substance» n'est pas définie abstraitement: son contenu se détermine, non en fonction de la propriété en tant que telle, mais par rapport aux circonstances concrètes de l'espèce. Il n'y a donc pas, et, dans la pratique, il n'y a jamais eu de droits découlant nécessairement de la propriété et qui auraient constitué sa matière[63]. Les possibilités qu'offre virtuellement la maîtrise du sol restent de simples facultés, qui, pour devenir juridiques – c'est-à-dire pour être protégées matériellement – doivent recevoir au moins un début d'actualisation. Cela est évident pour un usage qui s'exercerait déjà au moment de l'interdiction. Cela l'est aussi pour ceux d'entre eux qui se seraient vraisemblablement réalisés dans un avenir proche. On connaît la

nition de la jurisprudence et la compétence de l'Assemblée fédérale, cf. J.-F. AUBERT/R.L. JAGMETTI, WuR 1971, p.140): elle ne pourrait plus évoluer. A vrai dire, elle est composée de notions à ce point indéterminées qu'elle prend la nature d'une clause générale, et que son application restera essentiellement casuistique.

[63] C'est donc l'intensité de l'atteinte à une situation concrète, mais objective, qui est déterminante; cf. sur ce critère U. GUT, p.98 ss; F. GYGI, Rechtliche Probleme des Bauens, p.95 ss; A. MEIER-HAYOZ/P. ROSENSTOCK, p.28 ss; L. MEYER, p.200 ss; U. ZIMMERLI, p.143. On ne se prononcera pas ici sur le concept de *Sozialpflichtigkeit* utilisé par le droit allemand (cf. P. SALADIN, p.190 ss). On notera seulement ceci: il n'est pas certain que, en se fondant sur des critères objectifs à l'exclusion de toute circonstance subjective particulière au propriétaire, le Tribunal fédéral soit éloigné de la théorie allemande; analysant la situation concrète du fonds en cause, il détermine en effet les qualités intrinsèques de l'immeuble: est-il dès lors exact de dire qu'«aucune parcelle ne porte *en elle-même* son destin» (P. SALADIN, p.191 ss)? Cf. enfin la méthode préconisée par P.H. MÜLLER, p.114 ss, fondée sur le calcul du rendement; il y aurait expropriation matérielle dès que celui-ci serait, en raison des mesures restrictives, inférieur à 6% environ du capital investi; cette proposition est un exemple typique de l'apparente objectivité créée par l'emploi des chiffres: la plupart des données (prix actuel du terrain, de la construction, montant des loyers) sont nécessairement hypothétiques.

jurisprudence du Tribunal fédéral sur la notion de «terrain propre à la construction»: jurisprudence essentiellement casuistique, puisqu'elle repose sur l'appréciation d'un ensemble de critères variables[64]. On n'a peut-être pas suffisamment relevé que l'insécurité juridique qu'elle crée n'est pas due au défaut de critères certains; l'absence d'un aménagement délimitant clairement les zones constructibles et d'une réglementation claire de l'équipement – des obligations des propriétaires et des collectivités en la matière – devait nécessairement aboutir à une telle situation. Si l'application de la loi fédérale du 4 octobre 1974 conduit à une répartition claire et générale des affectations, l'institution de l'expropriation matérielle aura une portée principalement transitoire, assurant le passage au nouveau régime[65].

Le second groupe se réfère au principe de l'égalité de traitement. Si aucune faculté essentielle découlant de la propriété n'est atteinte, une obligation d'indemniser ne naît que si la charge imposée au propriétaire le frappe à tel point, par rapport à d'autres propriétaires, que seule une compensation pécuniaire peut rétablir un certain équilibre. Ce groupe en est resté pour l'heure à l'état de la définition théorique; si des exemples en ont été donnés par la doctrine, aucun cas ne se trouve dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ne serait-ce que l'effet du hasard? On peut en douter. Il s'agit d'abord de déterminer par rapport à quoi évaluer l'inégalité de traitement. Elle ne réside pas dans l'absence d'indemnisation, cette dernière n'étant qu'une conséquence. Elle doit trouver sa source dans une similitude de circonstances entre un ensemble de propriétaires, rompue par la mesure étatique; l'indemnisation rétablit l'égalité. La situation de base est nécessairement celle où, dans une zone déterminée, dont les fonds présentent des caractéristiques analogues, un terrain particulier est l'objet d'un régime différent. Or, ce régime doit en lui-même être conforme à l'article 4

[64] ATF 82 I 157; 89 I 385; 91 I 332; 95 I 455; 97 I 634; 98 Ia 383; 101 Ia 225. U. ZIMMERLI, p. 146.

[65] Il ne devrait plus y avoir en tout cas, une fois le régime mis en place, d'expropriation matérielle à raison du zonage. Sur l'expropriation matérielle dans la loi fédérale, cf. M. BASCHUNG, p. 159 ss.

de la Constitution fédérale; il ne peut s'éloigner du régime des fonds voisins que dans la mesure où des circonstances objectives le justifient. Si celles-ci se rapportent au terrain en cause lui-même (configuration, consistance), il existera une différence de fait justifiant en même temps la particularité du régime et l'absence d'indemnisation: car s'il n'y a pas inégalité dans la réglementation juridique, il n'y en a pas non plus dans le défaut de compensation. La seule hypothèse où une obligation d'indemniser naîtrait serait alors celle où la justification d'une discrimination ne se trouverait pas dans la situation naturelle des propriétés[66].

172. Le fondement de l'expropriation matérielle

172.1. Responsabilité pour acte licite

On a déjà dit que la garantie de la propriété, éventuellement le principe de l'égalité de traitement constituent le fondement de l'expropriation matérielle. A vrai dire, c'est une évidence, mais qui n'éclaire pas le régime juridique de l'institution. Consistant en une obligation d'indemniser, elle doit s'inscrire dans le système des dédommagements incombant à la puissance publique. Son nom l'indique: c'est de l'expropriation classique qu'elle a été rapprochée. L'expropriation matérielle est un type d'«expropriation», ou du moins un analogue[67]. Peut-être l'idée est-elle venue tout naturellement du fait qu'elle aussi se rapporte à des mesures étatiques ayant trait à la propriété foncière essentiellement. Mais on peut se

[66] Par exemple en matière de protection des monuments et des sites: le motif de la discrimination ne réside pas alors dans les qualités intrinsèques des fonds, elle est introduite par la réglementation (nous nous écartons donc de l'opinion de W. SCHAUMANN, p.218). De même pour les restrictions prononcées à raison du voisinage d'une route (ainsi un plan d'alignement durable). L'indemnisation prévue par l'article 45 III LAT repose sur des considérations analogues.

[67] Cf. A. GRISEL, ZBl 1955, p.115; U. GUT, p.48, 68 ss; F. GYGI, Rechtliche Probleme des Bauens, p.99, et MBVR 1957, p.272 ss; H. HUBER, Staat und Privateigentum, p.227 ss; A. MEIER-HAYOZ, RNRF 1957, p.262; A. MEIER-HAYOZ/P. ROSENSTOCK, p.26 ss.

demander si ce n'est pas là la seule analogie. L'expropriation dite formelle a pour objet les droits dont des administrés déterminés sont titulaires. Elle permet le transfert, la suppression ou la modification par voie unilatérale, et contre indemnité, de droits qui font obstacle à la réalisation d'activités reconnues d'intérêt public. L'élément essentiel de cette institution est l'atteinte à des droits privés: or, l'expropriation matérielle ne porte pas atteinte à des droits. En particulier, il n'y a pas, découlant abstraitement de la garantie de la propriété, de droit de construire: cela résulte déjà de la définition de l'expropriation matérielle. La garantie de la propriété n'assure primairement que le droit d'utiliser un fonds conformément à l'ordre juridique, tel qu'il est constitué par l'ensemble des mesures valablement prises par la collectivité. Raisonner autrement, ce serait penser qu'il existe des droits en dehors de l'ordre juridique, c'est-à-dire des droits qui ne peuvent s'exercer[68]. L'expropriation formelle, aussi paradoxal que cela puisse paraître, est précisément l'une des formes de l'exercice du droit de propriété: la collectivité ne peut supprimer ou limiter les droits des particuliers que dans le cadre de cette procédure. En revanche, elle peut valablement limiter les facultés des propriétaires[69] par des mesures d'aménagement, même s'il est possible que, dans un cas particulier, une indemnité soit due: cette question sera résolue dans une procédure tout à fait indépendante.

A notre sens, le rapprochement de l'«expropriation» matérielle avec l'expropriation formelle est donc erroné. Le point de départ doit être dans l'idée de dommage; restreignant les possibilités

[68] On pourrait penser que la garantie de la propriété donne naissance à un droit subjectif de construire, préexistant à l'ordre juridique, et qui se transformerait en droit à la contre-valeur s'il ne peut être exercé; la définition de l'expropriation matérielle, qui ne retient que les terrains propres à la construction en fonction de leurs caractéristiques concrètes, fait obstacle à une telle théorie. Celle-ci, d'ailleurs, prend comme point de départ la propriété comme pouvoir de libre disposition – c'est-à-dire la définition du droit privé, valable en tant que telle entre justiciables – mais non la propriété comme institution du droit public (cf. ch. 131).

[69] Dans un système tel que celui de la loi fédérale du 4 octobre 1974, il serait d'ailleurs plus juste de dire qu'elle les constitue.

d'utilisation d'un terrain, la collectivité cause à son propriétaire un dommage. La question est de savoir à quelles conditions elle en est responsable. Par définition, la mesure restrictive – la cause du dommage – est licite: elle satisfait aux conditions générales de l'activité étatique. Sinon, la personne lésée doit s'attaquer à la mesure elle-même, ou, si elle l'a omis, et si le régime le permet, invoquer la responsabilité pour acte illicite. Mais, ordinairement, la validité de la restriction est hors de cause, et on se trouve dès lors dans le domaine de la responsabilité pour acte licite[70].

On pourrait soutenir que, dans un cas d'expropriation matérielle, le non-versement d'une indemnité (ou la non-reconnaissance de l'obligation) entraîne l'illicéité de la mesure[71]. A tort, à notre sens. Car la question n'est pas la même, de savoir si, en soi, par ce qui la constitue, son fondement et son objet, une mesure est valable, et de savoir si ses conséquences de fait donnent naissance à une obligation d'indemniser. En cas de refus d'indemnité, la mesure reste valable: seul le refus est illicite. De deux choses l'une: ou la collectivité en cause est contrainte de payer par une instance supérieure, ou, si elle ne le veut pas, elle est tenue de rapporter la mesure qui est à l'origine du dommage, c'est-à-dire de supprimer la cause du dommage, puisque cela est en son pouvoir[72].

[70] Dans le même sens, notamment, M. IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung I, n° 359; W. SCHAUMANN, p. 225 ss; on sait que la théorie de la légalité de la responsabilité de droit public de l'Etat, retenue par le Tribunal fédéral, a fait obstacle au développement de la responsabilité pour acte licite en droit suisse. On pourrait se demander, d'ailleurs, si l'expropriation formelle ne devrait pas elle aussi se ranger dans la même catégorie (ainsi A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, p. 157 ss); cela est douteux, si l'on considère qu'il s'agit essentiellement d'un acte de transfert.

[71] Dans ce sens, semble-t-il, A. GRISEL, Droit administratif suisse, p. 422; P. SALADIN, p. 178; F. GYGI, Rechtliche Probleme des Bauens, p. 83 ss (pour qui le problème ne naît que de la procédure; si l'autorité administrative est compétente pour décider de la validité de la mesure d'aménagement du territoire, le juge se prononce sur le droit à indemnité; mais la question est de savoir si l'anticonstitutionnalité du refus d'indemnité affecte la mesure elle-même, ce qui est une question de fond).

[72] A. GRISEL, ZBl 1955, p. 119 ss, semble douter que la collectivité soit en droit de retirer ou de modifier la mesure restrictive. Il ne paraît guère qu'il puisse y

Si donc le Tribunal fédéral est saisi d'un recours dirigé contre une mesure restrictive, et que l'autorité cantonale a déjà déclaré qu'il n'y avait pas expropriation matérielle, ou que la loi excluait toute indemnisation, deux questions seront à trancher. Tout d'abord, le Tribunal fédéral devra déterminer si la mesure restrictive est valable; dans l'affirmative, et si la décision est susceptible de recours, il contrôlera la constitutionnalité du refus d'indemnité en examinant le cas échéant à titre préjudiciel la validité de la loi qui l'a motivé; sinon, il renverra le recourant à mieux agir[73].

Il n'y a pas lieu d'aborder ici toute la problématique de la responsabilité pour acte licite. Elle n'a guère connu de développement en droit suisse, du moins dans la pratique, sans doute précisément parce que le cas le plus typique, celui de l'expropriation matérielle, est qualifié autrement. Elle découle de la garantie des libertés publiques, dont elle est une conséquence secondaire. Primairement, les droits constitutionnels assurent, par les conditions qu'ils posent à l'activité étatique, le maintien, voire, dans la doctrine moderne, le développement de la sphère d'initiative privée des citoyens. La responsabilité pour acte licite joue un rôle d'appoint: si, dans un cas d'espèce, et bien que les conditions de validité de l'intervention soient respectées, telle liberté d'un administré est vidée de son

avoir de problème, ni pour la loi (nul n'a droit à son maintien), ni pour une décision (par hypothèse, puisque son retrait aurait pour effet de lever une interdiction). Il pourrait se trouver que les intérêts d'autres propriétaires s'opposent à la modification; une telle situation devrait être théorique, la faculté qu'un particulier retrouve de construire son fonds ne lésant pas des intérêts légitimes de voisins.

[73] Système de la conséquence: ATF 98 Ia 589; cf. U. ZIMMERLI, p. 139. L'inconstitutionnalité d'un refus d'indemnité n'affecte pas la constitutionnalité de la mesure d'aménagement elle-même (dans ce sens, U. GUT, p. 144 ss; M. IMBODEN, Festschrift Fritzsche, p. 347), qui ne dépend donc pas, dans le système préconisé ici, de la possibilité de réclamer réparation du dommage (contra, A. GRISEL, Droit administratif suisse, p. 407, et jurisprudence citée; cette indépendance explique l'obligation pour les cantons d'instituer une procédure dans laquelle les intéressés peuvent faire valoir leurs prétentions pécuniaires: ATF 98 Ia 31). Il ne faut réserver que le cas où, l'acte attaqué fondant en même temps et de manière indissoluble la restriction à la propriété et l'exclusion de l'indemnité, une annulation totale se justifie.

contenu réel, il y a lieu de compenser pécuniairement le dommage qu'il subit[74].

172.2. Les mesures de police

Le recours à l'institution de la responsabilité pour acte licite permet de résoudre le problème contesté des mesures de police. On sait que les conséquences de telles mesures ne sont pas indemnisées[75]. L'explication la plus courante est que les motifs pris de la police (au sens étroit) ne font que tracer les limites naturelles de la propriété; personne ne saurait obtenir une indemnité pour l'interdiction d'un usage qui consisterait en un abus. Pour être cohérente avec la dogmatique traditionnelle des libertés publiques, l'explication n'en est pas moins contestable, dans la mesure précisément où la notion classique de police a perdu de sa netteté. A notre sens, il s'agit d'un problème de causalité. L'appauvrissement du propriétaire n'est en réalité pas imputable à la collectivité qui a pris la mesure restrictive, mais aux circonstances objectives, naturelles ou non, dont elle n'assume pas la responsabilité[76]. Si l'insalubrité

[74] Contrairement à d'autres (cf. notamment U. GUENG, p. 60 ss, 94 ss; W. SCHAUMANN, p. 199 ss, 216 ss; cf. un état de la question chez A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, p. 162 ss), nous ne voyons donc pas le fondement de la responsabilité pour acte licite dans le principe de l'égalité de traitement. Etant donné d'ailleurs son indétermination, ce dernier ne nous semble en outre devoir occuper dans la systématique qu'un rôle subsidiaire, parce que correctif; il ne dépasse pas sinon le niveau d'une élaboration théorique, qui sert finalement de fondement abstrait à tout le droit public.

[75] ATF 96 I 76, 354; L. MEYER, p. 206; U. ZIMMERLI, p. 152.

[76] Les auteurs qui critiquent la non-indemnisation se fondent essentiellement sur le fait qu'il n'y a, entre les motifs de police et ceux d'intérêt public, aucune opposition qui permette de justifier la différence de régime: F. GYGI, Rechtliche Probleme des Bauens, p. 98; H. HUBER, Staat und Privateigentum, p. 230. Cf. aussi A. GRISEL, ZBl 1971, p. 224, qui propose un critère portant sur la configuration du sol, dont les résultats pourraient être proches de la solution que nous préconisons. P. SALADIN, p. 190, suggère de ramener le concept de police à son sens étroit – ce que font les arrêts cités à la note précédente. Les exceptions à la non-indemnisation citées par B. KNAPP, Intérêt, utilité et ordre publics, p. 158, ne se déduisent pas de l'institution de

d'un immeuble, l'existence d'un couloir d'avalanche, le danger de glissement de terrain motivent une interdiction d'habiter ou de construire, on ne peut en mettre les conséquences à la charge de la collectivité. Il en va autrement si la mesure restrictive se fonde sur la volonté de planifier le développement d'une localité, de protéger un site, de ménager des espaces verts: ce sont là des actes politiques, que la collectivité prend en toute liberté. Enfin, s'agissant de la protection des nappes d'eau phréatiques, où le Tribunal fédéral utilise également le concept de police, qu'elles constituent ou non des dépendances du domaine public, il y a lieu d'appliquer – le cas échéant par analogie – la théorie des rapports de voisinage pour déterminer quels sont les droits et obligations du propriétaire privé[77].

172,3. Les atteintes du fait de la loi

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas pour l'instant reconnu la possibilité d'une expropriation matérielle du fait de la loi[78]. Cette retenue est sans doute imputable à l'analogie faite avec l'expropriation formelle. Celle-ci est constituée par un ensemble de décisions individuelles, visant chaque propriétaire intéressé: la loi n'exproprie pas. Posant de manière générale et abstraite les pouvoirs découlant du droit de propriété, elle ne fait que déterminer en soi le contenu de l'institution selon l'ordre juridique. Le recours au rapprochement avec le régime de la responsabilité permet de sortir de cette problématique, et d'admettre, dans les mêmes hypothèses que lorsqu'elle se fonde sur une mesure individuelle, l'existence d'une expropriation matérielle légale[79].

l'expropriation matérielle, mais du régime de la modification des décisions administratives; la problématique est alors différente.

[77] C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral a également invoqué l'article 707 CCS pour justifier le refus d'une indemnité pour l'interdiction de l'exploitation d'une gravière qui risquait de polluer une eau souterraine: ATF 96 I 354.

[78] La question a été laissée ouverte: ATF 96 I 123.

[79] Cf. B. Knapp, Restrictions de droit public, p. 85; A. Meier-Hayoz, Kommentar, p. 183; P. Saladin, p. 117; U. Zimmerli, p. 154.

172.4. L'indemnité

Finalement, le problème du dédommagement[80]. Si l'on admet la conception représentée ici, il ne s'agit pas d'exproprier un fonds, mais d'indemniser un dommage. La valeur vénale n'est donc pas nécessairement la mesure de l'indemnité[81]. Sauf disposition légale, il y a place pour une différenciation jurisprudentielle. Théoriquement, à partir d'un régime de responsabilité pour acte licite, il n'est ni nécessaire, ni exclu de calculer le dommage subi en fonction du prix sur le marché; on pourrait tenir compte par exemple de la date et de la valeur d'acquisition, sans indemniser, ou seulement partiellement, la plus-value d'origine spéculative *(lucrum cessans)*[82], ou se fonder sur la valeur de rendement. A vrai dire, on voit mal quels pourraient être les critères de régimes distinctifs.

[80] Cf. U. GUT, p. 135 ss; A. MEIER-HAYOZ/P. ROSENSTOCK, p. 63 ss; U. ZIMMERLI, p. 155 ss. Sur les moments déterminants pour l'estimation des qualités du fonds et de sa valeur, cf. ATF 93 I 144; 97 I 812; art. 50 LAT. Les considérations qui suivent ont un caractère théorique: le constituant a, semble-t-il, bien voulu aligner le régime de l'indemnisation pour l'expropriation matérielle sur celui qui est la règle dans l'expropriation formelle: cf. Message du Conseil fédéral concernant l'insertion d'articles 22ter et 22quater dans la Constitution, FF 1967 II 149; cf. ATF 93 I 136, c. 7.

[81] Il n'est d'ailleurs nullement certain que la valeur vénale corresponde à une réalité économique, c'est-à-dire soit effectivement réalisée un jour. Il est en effet douteux que tous les terrains ayant aujourd'hui une valeur supérieure à celle du rendement agricole soient affectés à une destination plus rentable que l'agriculture, cela d'autant plus d'ailleurs au vu de l'évolution démographique. La valeur vénale tient-elle compte de ce risque? C'est peu vraisemblable. D'où le caractère séduisant, sur le plan logique tout au moins, de la solution anglaise de 1947, prévoyant une somme globale (trois cents millions de livres) pour l'ensemble des prétentions justifiées à indemnisation; cf. J.-F. AUBERT, RDS 1964, p. 67 ss; J.-M. ROULIN, p. 41 ss; W. SCHAUMANN, p. 140 ss; la réforme anglaise n'a eu cependant qu'une brève histoire (abrogation en 1954).

[82] Ou du moins la plus value de planification, si elle n'est pas taxée en vertu de l'article 37 LAT (cf. M. BASCHUNG, p. 163 ss, pour qui cependant de telles considérations affectent le principe, non le montant de l'indemnité). Tel pourrait être aussi le cas si une possibilité d'utilisation économique rentable subsiste. Est-ce dans ce sens qu'il faut interpréter l'arrêt ATF 97 I 634, c. 7*c*? Sur ce problème, cf. P. SALADIN, p. 205, 401, qui considère plus conséquent de recourir à des mesures fiscales.

On a pu reprocher à l'institution de l'expropriation matérielle d'être gouvernée par le principe du «tout ou rien». En effet, les situations intermédiaires que créent les mesures d'aménagement du territoire ne sont pas dédommagées; seuls le sont, et alors entièrement, les cas extrêmes. Il faut approuver de ce point de vue la règle selon laquelle il convient de déduire de la moins-value subie celle qu'aurait entraînée la mesure la plus grave ne constituant pas une expropriation matérielle[83]: les «cas extrêmes» ne sont alors indemnisés précisément que dans ce qu'ils ont d'extrême, ce qui est cohérent dans une responsabilité pour acte licite.

[83] Cf. dans ce sens A. GRISEL, Droit administratif suisse, p.408; H. HUBER, Staat und Privateigentum, p.235; W. SCHAUMANN, p.222.

2. Les instruments juridiques de l'aménagement du territoire

21. Introduction

Si la police des constructions et le zonage (quoique déjà dans une mesure plus restreinte) se sont réalisés au moyen d'instruments classiques du droit public, il n'en va plus ainsi pour l'aménagement du territoire au sens large. Déjà l'institution du plan[1] soulève des problèmes que les schémas habituels ne maîtrisent qu'incomplètement. Mais même des concepts aussi fermes que ceux de loi ou de décision subissent, de par l'utilisation qui en est faite dans l'aménagement du territoire, une certaine dénaturation; d'autres institutions, telles que le référendum financier, gagnent une nouvelle actualité. Cette évolution ne provient pas d'un développement interne, proprement juridique; elle a son origine dans la matière même de l'aménagement du territoire, qui implique une nouvelle approche des modes d'activités et d'interventions de l'Etat.

L'analyse qui devrait en être faite ne peut se limiter aux aspects particuliers que l'évolution présente par rapport à la propriété privée. Elle affecte les institutions elles-mêmes; les conséquences s'en font sentir non seulement sur le statut de la propriété ou les droits et obligations du propriétaire et sa position dans l'ordre juridique, mais aussi sur l'équilibre des pouvoirs étatiques et les procédures démocratiques. Si l'on veut comprendre les modifications du statut de la propriété dans leurs raisons mêmes, il faut aborder l'évolution dans sa totalité.

[1] Sur les différentes catégories de plans, cf. M. Lendi, RDS 1973, p. 112 ss. On notera que le plan n'est pas nécessairement, et même dans l'aménagement du territoire, une représentation cartographique (ainsi un plan d'investissements; cf. M. Lendi, RDS 1973, p. 109 ss).

Paradoxalement, le trait le plus marquant, en tout cas le plus apparent dans l'analyse juridique, ne concerne pas le droit matériel. Les deux points les plus importants de toute intervention étatique, dans le droit public actuel, sont ceux de la décision et du contrôle; c'est à ces deux niveaux que le droit matériel s'inscrit dans l'ordre juridique. Or, précisément, les difficultés que rencontrent la définition et l'application du droit matériel dans l'aménagement du territoire – imprécision des normes, obstacles à un contrôle juridictionnel efficace, etc. – s'expliquent en grande partie par les modifications dans le processus de prise de décision. Deux observations banales peuvent le confirmer. Tout d'abord, la procédure devient de plus en plus complexe; entre l'acte parlementaire et l'acte administratif s'insèrent des étapes intermédiaires (plan directeur, plan d'affectation, en tout cas), ce qui multiplie les pouvoirs de décision sans qu'une délimitation logique, et par conséquent une répartition nette des responsabilités soit toujours possible[2]; à cela s'oppose la distinction classique de la loi et de la décision, qui permettait de faire correspondre, au moins dans la théorie, la procédure institutionnelle (parlement/administration) et la procédure logique (règle générale et abstraite/décision individuelle et concrète). A cette multiplication des phases, il faut ajouter un autre phénomène, qui a les mêmes causes et les mêmes effets: celui qu'on pourrait appeler la conjonction des procédures. Si, d'ordinaire, une loi n'a d'autre portée que sa propre application – application que nous dirions verticale – l'aménagement du territoire fait naître des correspondances horizontales: l'application d'une loi ne s'apprécie plus uniquement par rapport à elle-même, mais aussi comme élément d'une politique relevant d'une autre législation. Les compétences étatiques en matière de transports collectifs, de développement économique, dans les domaines scolaires ou sanitaires ne s'exercent pas de manière isolée, mais se combinent et se coordonnent, chacune pouvant être en même temps une fin propre ou l'instrument d'une autre[3].

[2] Cf. ch. 233, 413.
[3] Cf. ch. 411, 431.

Ce sont là deux phénomènes caractéristiques du régime institutionnel de l'aménagement du territoire. Il conviendra d'ailleurs de montrer qu'ils découlent des exigences d'une politique de l'espace cohérente: celle qui traite l'espace comme une donnée concrète, et non comme une abstraction[4].

22. La loi

221. La loi

Au sens de règle de droit (loi au sens matériel), la loi est avant tout une règle générale et abstraite conférant aux administrés des droits et mettant à leur charge des obligations. On peut distinguer sous cet angle entre les lois immédiatement applicables, et celles qui doivent être concrétisées par une décision[5]; il n'y a de différence dans les effets juridiques qu'en ce qui concerne l'expropriation matérielle. On renvoie sur ce sujet plus haut.

C'est dans ce même sens qu'on entend ordinairement le principe de la base légale: l'administration ne peut agir à l'égard de tiers, du moins dans la mesure où elle intervient dans leur situation juridique, que là où la loi le prévoit. On a vu déjà les difficultés spécifiques que créait l'aménagement du territoire sous cet aspect[6]; souvent, la base légale ne peut être autre chose que l'octroi d'une compétence d'un contenu relativement indéterminé.

222. Les dispositions-programmes

La loi se définit par son caractère normatif. Dans la législation positive cependant, les dispositions non normatives se multiplient: déclaration de principe, détermination des buts, délimitation d'un ensemble d'objectifs. Il n'y a plus alors de rapport direct entre la

[4] Cf. ch. 231, 232.
[5] H. HUBER, Staat und Privateigentum, p. 263.
[6] Cf. ch. 145.

règle et la situation juridique des particuliers. La portée de telles dispositions est actuellement contestée, du moins sur le plan juridique; car elles paraissent souvent *politiquement* très importantes, ne serait-ce que parce qu'elles posent de façon explicite le cadre de la loi, pour les autorités politiques et l'administration aussi bien que pour les citoyens. Les autres dispositions – soit les normes au sens étroit, qui seront l'un des moyens par lesquels la loi se réalisera – ne paraissent souvent que la transcription technique des buts et des principes posés généralement. L'efficacité de ces dispositions non normatives ne s'épuise cependant pas, et de loin, dans cette fonction politique.

On peut distinguer tout d'abord les dispositions-programmes. L'article premier de la *loi fédérale* du 12 juin 1951 *sur le maintien de la propriété foncière rurale* en fournit un exemple typique: il donne une synthèse des objectifs poursuivis par la loi, le cadre des institutions créées par elle, il pose la *ratio legis* en lui conférant l'apparence d'une *norme* de droit positif. L'emploi d'un tel procédé est contestable lorsque, comme en l'espèce, il y a une distance considérable entre les objectifs déclarés et ceux qui peuvent réellement être atteints par les moyens offerts. La politisation d'une technique législative est alors évidente. Mais d'un autre côté, et à la condition que la définition ne soit pas trop générale, les autorités d'application trouveront parfois dans de telles dispositions des critères d'interprétation utiles[7]. Enfin, la loi peut former ainsi un ensemble dont tous les éléments (fins et moyens) sont déclarés, constituant un exposé systématique de la matière: un code[8]. (Pour la même raison, on fait figurer dans la loi des principes généraux, tel celui de la proportionnalité[9], qui, même sans cela, seraient de droit positif.)

[7] Notamment pour définir l'intérêt public.

[8] La loi y gagne en lisibilité.

[9] Art. 4 LAT.

223. Les dispositions directrices

Les dispositions-programmes n'ont cependant pas, au niveau de l'analyse des institutions, une importance considérable; elles sont de simples compléments non normatifs aux règles normatives. Il en va autrement de ce que nous appellerons des dispositions directrices. Nous entendons par là des règles qui, sans toucher à la situation juridique des administrés, ni directement, ni par la voie de la concrétisation par acte administratif individuel, n'en déploient pas moins des effets propres. Ce genre de dispositions occupe, comme on le verra, dans l'aménagement du territoire une fonction particulière. On pourra même soutenir que c'est à ce niveau que l'aménagement du territoire se définit, et non plus à celui des lois normatives: ce qui signifie que la propriété privée n'intervient plus qu'à un niveau de la planification spatiale, comme l'un des éléments de celle-ci, alors qu'on pouvait voir dans le passé dans leurs rapports réciproques en même temps une définition réciproque[10].

Dans un premier sens, la disposition directrice donne un ensemble d'orientations sur la manière dont les compétences conférées par la loi doivent être utilisées. Elle définit les critères de la politique que l'administration suivra dans l'application de la loi. Elle peut même – et c'est un second sens – dépasser le cadre de la loi qui la prévoit pour s'étendre à des activités instituées par d'autres lois, constituant ainsi une ligne générale pour toute politique menée par la collectivité[11].

Les règles sur l'étendue des zones constructibles (ainsi, en fonction du développement démographique)[12] en fournissent un

[10] Cf. ch. 421.

[11] Cf. art. 2 LAT. Cf. P. ROSENSTOCK, RDS 1970, p. 182. Elle peut même s'étendre à l'activité législative: cf. art. 21, 45 LAT. Dépourvue du classique contenu normatif, elle manifeste la cohérence matérielle de l'activité étatique dans tous ses organes; elle a un caractère juridique dans la mesure où elle systématise un ensemble de politiques dans les compétences et les procédures qu'elles doivent suivre (cf. cependant les réserves émises par J.-F. AUBERT/R.L. JAGMETTI, WuR 1971, p. 161, 187).

[12] Art. 11, 26 LAT.

exemple topique. Elles constituent une directive à l'adresse de l'autorité de planification, à l'effet de l'obliger de planifier pour un laps de temps déterminé. Les contenus de l'aménagement auquel elle procédera sont dès lors déterminés sous un certain angle (besoins en espace constructible dans les dix ans à venir, par exemple), et les options qu'ouvre la compétence purement formelle d'établir un zonage ainsi relativement limitées. De telles dispositions directrices permettent de restituer un certain sens à l'exigence de la base légale, dont nous avons vu l'affaiblissement dans le droit régissant l'aménagement du territoire. Les plus importantes sont celles qui définissent les conceptions directrices. Le législateur ne peut en aucune manière déterminer la localisation des zones: elle dépend de la nature de l'espace à régir et des relations qu'il entretient avec son environnement, c'est-à-dire d'un ensemble de circonstances concrètes. Il est cependant possible de fixer abstraitement les valeurs à réaliser, les buts à atteindre (existence de territoires de délassement, délimitation et séparation des activités sociales et économiques en fonction des nuisances ou d'autres facteurs[13], etc.), de manière à diriger dans son contenu la planification au moyen d'objectifs préalablement définis[14].

224. Dispositions directrices et base légale

On pourrait être tenté d'analyser les dispositions directrices en ayant recours au concept de notion juridique indéterminée. On verra ce qu'il en est en abordant le sujet du contrôle juridictionnel[15]. On se contentera pour l'instant d'observer ce qui suit. Contrairement aux lois d'application médiate, les directives ne constituent pas une règle générale et abstraite qui serait concrétisée par l'application; elles sont la définition du but que la planification doit atteindre. La relation entre la loi et son exécution n'est

[13] Art. 12 (cf. Message LAT, FF 1972 I 1499), 14 LAT.
[14] De telles dispositions définissent également l'intérêt public.
[15] Cf. ch. 312.

dès lors plus celle décrite sous la forme logique de la subsomption, et qui fonde le principe de la réserve de la loi, mais celle de l'adéquation des moyens choisis à la fin posée. Une telle relation n'est nullement exigée par l'Etat de droit; la planification physique s'en est d'ailleurs passé pendant longtemps, puisque ce n'est que récemment que l'étape de la «légalisation» de conceptions directrices a été ajoutée à la procédure de l'aménagement du territoire.

Le degré de précision et de prévisibilité que le principe de la base légale ne peut assurer ici n'a donc pas été rétabli. Il y a bien plus un déplacement: aux garanties juridictionnelles du contrôle qu'institue la réserve de la loi, mais dont l'efficacité diminue, on tente d'ajouter celles, politiques, que la procédure législative offre. Ce n'est évidemment pas sans raisons. La planification physique est déjà par elle-même phénomène politique: il suffit pour s'en convaincre de se référer à la procédure d'établissement actuelle des plans d'affectation. Mais il en va de même matériellement. L'évaluation des besoins en espace demande non seulement la mise en perspective d'un ensemble de situations et d'évolutions dont l'importance respective est déterminée par un choix, mais encore la collectivité doit déterminer le régime qu'elle va établir dans un éventail d'options différentes. Malaisément maîtrisable par le moyen de normes juridiques, une telle marge de manœuvre peut en revanche être orientée par des conceptions directrices.

Ne créant ni droit, ni obligation pour les administrés, cette législation ne peut néanmoins être qualifiée d'interne, ou d'administrative. Sa portée déjà l'interdit: elle a pour but d'orienter les actes qui définiront le régime juridique des particuliers. Surtout, elle est obligatoire non seulement pour la collectivité qui l'a émise, mais aussi pour les collectivités qui lui sont inférieures. Enfin, elle dépasse souvent le cadre administratif qu'elle a par ailleurs le but de créer, pour s'appliquer également à d'autres activités administratives qui, indirectement, déploient des effets dans son domaine d'origine: par exemple, la conception directrice de la décentralisation concentrée doit être étendue, sauf à rester lettre morte, à toute activité administrative à pertinence spatiale. Liant les collectivités inférieures, liant les autorités entre elles, les dispositions directrices sont des règles de droit. La sanction juridictionnelle

sera rare[16]. Mais les obligations administratives et politiques qu'elles créent peuvent faire l'objet d'une responsabilité de même nature.

23. Les décisions

231. La décision

La décision est l'acte d'application de la loi; par rapport à celle-ci, elle est secondaire; elle est la loi concrétisée. L'emploi du singulier est d'ailleurs trompeur. La loi donne son sens à un ensemble de décisions en nombre illimité, grâce à sa généralité et à son abstraction. Chacune d'elles a une portée équivalente, dont l'importance se réduit au cadre concret dans lequel elle s'insère, et qui est celui dessiné par la situation de son destinataire. Le régime juridique ainsi créé, et répété autant de fois que la loi s'applique, n'a d'autre sens que celui que lui donne la norme exécutée, et qui lui est donc transcendant[17]. Dans cette dogmatique-là, la loi est bien l'acte fondamental. De manière parfaitement cohérente, le contrôle juridictionnel des actes administratifs est un contrôle de la conformité à la loi; en effet, aucun autre critère ne paraît nécessaire dans un tel système. D'autre part, la mise en œuvre du contrôle n'est ouverte qu'à ceux dont les intérêts sont «juridiquement protégés», soit à ceux qui sont les destinataires de la norme et de la décision. Les effets «indirects» sont considérés comme juridiquement inexistants, parce qu'ils sont en dehors du sens de la norme et qu'à ce titre, ils sont ignorés aussi bien par la loi que par l'autorité de contrôle.

[16] Sur ce sujet, cf. ch. 321, 322.

[17] Le droit relève alors – semble relever – de la seule logique. Lorsque, au contraire, le droit devient le droit de l'action administrative – la règle juridique et sa réalisation comme moyen d'une politique – c'est tout autant le champ de l'intervention (espace et temps concrets; cf. ch. 412, 413) que la norme qui donnent son sens à une décision: il ne peut plus y avoir simple subsomption (d'où en particulier le développement du concept de notion juridique indéterminée, notamment d'intérêt public).

L'aménagement du territoire est l'un des domaines où de telles conceptions se sont révélées souvent dépassées[18]. La raison en est naturelle: les décisions, nécessairement localisées, ne peuvent être considérées comme juridiquement toutes équivalentes par rapport à la loi qu'au prix d'une abstraction qui leur enlève ce qu'elles ont d'essentiel. Leur effet principal porte sur l'espace dans lequel elles s'insèrent: sans vouloir faire de jeu de mots, elles ont un environnement. Et c'est par rapport à cet environnement, individuel et concret, que leur contenu doit se définir, bien plus que par rapport à leur destinataire juridique, dont les caractéristiques propres ont le plus souvent très peu d'importance. Peu importe qui va recevoir (ou non) une concession de transport par téléphérique, quelles sont ses capacités financières, les buts qu'il poursuit: la décision se prend en fonction des éléments déterminants de l'espace dans lequel les installations projetées devraient s'intégrer[19]. Ce sont aussi de tels critères qui sont pris en considération lorsque sont déterminées les mesures de protection contre le bruit à proximité des aérodromes (habitat, obstacles naturels, etc.)[20].

232. Loi et décision

Deux conséquences sont impliquées par une telle évolution. Tout d'abord, la nécessaire localisation des décisions entraîne nécessairement une indétermination correspondante de la rédaction législative: on ne peut abstraire ce qui ne peut être que concret. Tout espace est unique, et une décision qui a pour objet une utilisation quelconque de cet espace se formera à partir de ses carac-

[18] La conception classique peut encore rendre compte des décisions prises à la phase finale de la procédure: l'autorisation de construire en est l'exemple typique. Mais on notera cependant que le contenu des possibilités réelles de bâtir dépend de plus en plus d'un ensemble de décisions préalables qui, elles, échappent à cette conception (équipement, infrastructure, zonage), alors que précédemment, il suffisait d'appliquer une réglementation relativement simple (la localisation pouvait néanmoins jouer un rôle, cf. ATF 92 I 106).

[19] Cf. un exemple typique, ZBl 1974, p. 272 (Conseil fédéral).

[20] Cf. JAAC 1975, n° 35.

téristiques. Elle ne sera plus application de la loi, acte individuel et concret découlant d'une norme générale et abstraite, mais réglementation individuelle, «législation administrative»[21]. La loi fournira les critères que l'administration devra, exclusivement ou non, prendre en considération, les valeurs, les buts, si l'on veut, dont l'importance respective devra être pesée. Mais les mesures elles-mêmes, leur «si» et leur «comment», ne peuvent être décidées en dehors des espaces déterminés dans lesquelles elles devront valoir. De là vient, pour le droit régissant l'aménagement du territoire, l'importance croissante des domaines ouverts à la liberté d'appréciation. De là vient également le développement actuel du concept de notion juridique indéterminée. On connaît les inconvénients que présentent ces deux techniques: non seulement le contrôle du juge est réduit, et cela dans la mesure même de l'indétermination de la loi, mais, du point de vue déjà de l'administré, la prévisibilité du régime juridique qui sera le sien est diminuée. Mais d'un autre côté, en leur absence, l'alternative serait entre une absence totale de la réglementation de l'espace et une réglementation uniforme valable de la même manière sur tout le pays, soit en réalité un dilemme: la renonciation à l'aménagement du territoire.

233. Les intérêts engagés par la décision

Autre conséquence, la multiplicité des intérêts visés. Il ne peut pas y avoir dans la balance qu'un seul intérêt privé particulier – celui du destinataire de l'acte –, opposé à un intérêt public général. Localisée dans l'espace, la décision fait apparaître plusieurs intérêts privés, parallèles ou divergents: l'exemple typique en est fourni par l'évolution de la jurisprudence sur la qualité pour recourir du voisin[22]. Mais une évolution semblable a pour objet l'intérêt

[21] Autre phénomène, celui des «décisions collectives» *(Allgemeinverfügungen)*: règles générales et abstraites «localisées», telles les dispositions sur la circulation locale (cf. ATF 101 Ia 74).

[22] Cf. ATF 98 Ia 46. Le Tribunal fédéral a pu éviter de se prononcer sur la légitimité des intérêts des commerçants concurrents d'un hypermarché en les haussant au rang d'un intérêt général (ATF 97 I 509, c. 4*b*).

public; matériellement, il se fragmente. Non seulement, pour une même situation, des intérêts publics généraux divergents peuvent apparaître, par exemple, en soi, la protection de l'environnement et le développement économique. Mais aussi, opposés aux premiers ou divergents entre eux, naissent des intérêts publics particuliers, localisés; ainsi le choix d'une région déterminée à développer, par rapport à d'autres; la protection des sites, la sûreté des pistes de ski, le développement touristique[23]; la protection de l'habitat, l'agrandissement ou la construction d'équipements collectifs. Certains intérêts publics ne sont concrétisables qu'au niveau local – tous ceux qui ont trait à l'environnement (au sens large du terme) – et ne sont généralisés au niveau national que sous la forme d'une valeur consacrée par la législation; ce sont, de par la nature des choses, souvent les plus fragiles, les moins prioritaires aux yeux des administrations centrales. On notera que l'exclusion de la qualité pour recourir pour la défense d'un intérêt public peut se comprendre si l'intérêt public est conçu sous une forme «monolithique»: sa représentation est le monopole de l'administration. Ce monopole perd en revanche de sa justification si l'intérêt public se fragmente, si la décision administrative met en cause des valeurs dont la réalisation ne relève pas du même niveau de compétences, voire n'appartient précisément aux attributions d'aucune autorité[24] ou même incombe à plusieurs organes[25].

[23] Cf. ZBl 1974, p.272 (Conseil fédéral). Cf. B. KNAPP, Intérêt, utilité et ordre publics, p.163, sans qu'on approuve ici la hiérarchie qu'il propose pour orienter le choix de l'autorité en présence d'intérêts divergents: d'abord «l'existence de l'Etat», puis «l'intérêt qui affecte le plus grand nombre de personnes», enfin les «considérations les plus sociales». La composition de certains organes peut refléter le phénomène, lorsqu'ils comprennent des délégués de plusieurs collectivités de niveaux différents (cf. l'exemple donné par M. LENDI, RDS 1973, p.115 n.11).

[24] Ainsi souvent de la protection de la nature: devoir incombant à toute autorité (cf. art.24sexies II de la Constitution fédérale) – ce qui n'est pas nécessairement le meilleur moyen d'assurer sa réalisation (cf. Y. HANGARTNER, ZBl 1971, p.238, 267).

[25] L'exemple des centrales nucléaires est typique: cf. ATF 99 Ia 249. La qualité pour recourir des «associations d'importance nationale qui, aux termes de leurs statuts, se vouent à la protection de la nature et du paysage ou à des

234. Les décisions politiques

L'inadéquation du concept de décision en tant qu'acte d'application se marque enfin à l'égard d'une catégorie d'actes que, faute de mieux, on appellera ici décisions politiques. Pour l'instant, elles se rencontrent dans le domaine des équipements collectifs: construction d'une centrale nucléaire, implantation d'un aérodrome. Ni la localisation, ni même le principe de tels équipements ne se font, ni ne peuvent se décider en application d'une norme; ce sont les instruments d'une politique, politique énergétique, politique des transports, qui peut bien être l'acte du législateur, ou être avalisée par lui: il n'en reste pas moins que le sens et le but de telles réalisations ne résulte pas d'une norme générale[26], mais du faisceau de décisions qui les met en œuvre. S'il tombe sous le sens que, sur le plan du mécanisme de la logique juridique, un tel ensemble ne «fonctionne» pas comme une loi, en revanche, il est non moins évident que, matériellement, il pourra déployer des effets autrement plus importants que nombre de textes législatifs. Il n'est donc pas étonnant que plusieurs tentatives se soient produites pour insérer, d'une manière ou d'une autre, ce genre de décisions dans le circuit des procédures de démocratie semi-directe, cherchant ainsi à assimiler du point de vue de la répartition des pouvoirs décisions politiques et textes législatifs[27]. Il n'est pas étonnant non plus que le contrôle juridictionnel s'exerce à leur endroit avec une grande retenue[28].

tâches semblables par pur idéal» (art. 12 de la *loi fédérale* du 1er juillet 1966 *sur la protection de la nature et du paysage*) trouve ici sa justification; cf. par exemple ATF 96 I 505; 98 Ib 124; pour la commune, selon la même disposition, cf. ATF 98 Ib 15. De même au niveau cantonal; cf. P. Moor, RDS 1976, p. 168.

[26] Encore moins d'ailleurs tous leurs effets secondaires.

[27] Cf. P. Moor, RDS 1976, p. 155.

[28] Ainsi de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le tracé des routes nationales: ATF 98 Ib 216; 97 I 577. Cf. ch. 313.

24. Les contrats

Les contrats jouent dans la pratique suisse de l'aménagement du territoire un rôle secondaire. Ils servent essentiellement de forme juridique à des actes d'importance secondaire, réalisant dans un cas particulier une norme ou un programme: contrats fiscaux[29], contrats de prêt dans le cadre de l'aménagement des régions de montagne[30], etc. Techniquement, rien n'empêcherait que l'administration procède par voie de décision.

L'institution du contrat a connu un tout autre développement dans les droits étrangers, notamment en France et en Belgique. On signalera en particulier les contrats de programme, passés entre le gouvernement et de grandes entreprises privées, portant sur l'implantation d'une industrie, la création de postes de travail, la fiscalité. Il semble que la voie contractuelle soit indispensable pour assurer une politique de développement régional autrement que par la voie indirecte de l'incitation, laquelle ne paraît pas devoir être très fructueuse, du moins à l'étranger.

25. La planification directrice

251. La fonction de la planification directrice

La planification directrice est l'élément central de l'aménagement du territoire[31]. Elle trace les limites approximatives des affectations, concrétise dans l'espace les orientations générales de développement et détermine les moyens les plus importants que l'aménagement de la région requiert. Il s'agit donc non seulement de fixer dans ses grandes lignes l'image de l'utilisation de l'espace, mais encore d'assurer la cohérence des politiques étatiques à pertinence spa-

[29] Cf. *concordat entre les cantons de la Confédération suisse sur l'interdiction des arrangements fiscaux,* du 10 décembre 1948, art. 1 III *b.*

[30] Cf. *loi fédérale* du 28 juin 1974 *sur l'aide en matière d'investissements dans les régions de montagne,* art. 20.

[31] Cf. Message LAT, FF 1972 I 1494; M. LENDI, RDS 1973, p. 131 ss.

tiale[32]. Deux objectifs peuvent lui être assignés[33]. D'abord, la planification directrice assure la concrétisation des valeurs (ou des buts) fixées sans référence à un espace donné par les conceptions directrices; en même temps que des choix (des localisations), elle permet de faire la synthèse des diversités d'un territoire par la répartition et l'équilibrage des différentes fonctions économiques et sociales qu'il doit porter. Le second objectif a trait aux moyens: la planification directrice établit la coordination entre les mesures étatiques ou simplement administratives qui ont pour objet, faciliteraient ou entraveraient la réalisation des buts donnés par les conceptions directrices[34]. Pour user d'analogies avec d'autres actes, elle est en quelque sorte la charte, la constitution de la politique de l'espace. A ce titre, elle est un acte éminemment politique. Et c'est dans le cadre des institutions politiques, non pas au sein des administrations – on dirait volontiers: des technocraties – qu'il faut l'insérer.

252. La portée juridique de la planification directrice

La planification directrice doit être obligatoire pour les autorités de tout niveau[35]. Son caractère contraignant se marque par le fait que toute modification doit se faire selon les formes et la procédure qui ont servi à l'adoption du plan directeur; il ne doit pas être possible

[32] Essentiellement les équipements collectifs; cf. art. 17, 18, 19 et 23 LAT.
[33] Cf. Message LAT, FF 1972 I 1469.
[34] Cf. A. KUTTLER, WuR 1971, p. 87.
[35] Art. 8 LAT (à l'exception des autorités exerçant un contrôle juridictionnel; cf. ch. 322). La Confédération est également tenue par les plans directeurs cantonaux (U. WEHINGER, p. 142). Il est à cet égard regrettable que la loi n'exprime pas mieux que les plans sectoriels de la Confédération doivent s'intégrer dans la planification cantonale (cf. art. 7 III, 23 I LAT; la Confédération «aura à s'entendre avec les cantons», FF 1972 I 1505, et non seulement à les entendre): c'est en effet ce qui justifie que la Confédération soit liée (cf. cependant les réserves émises par J.-F. AUBERT/R. L. JAGMETTI, WuR 1971, p. 156), et que les plans directeurs occupent dans l'aménagement du territoire une position centrale.

de changer un élément de la planification directrice, sans que ce changement y soit au préalable intégré, à moins que des alternatives aient été prévues dès le départ. Sinon, il ne s'agira pas d'un acte politique, mais d'un simple document de travail administratif, ce qui n'est guère conciliable avec sa portée et ses effets[36].

Sur les administrés eux-mêmes, la planification directrice n'exerce aucun effet juridique direct. C'est au niveau des plans d'affectation (planification immédiate) et des procédures spéciales régissant les équipements collectifs que vont se définir les droits et les obligations des tiers. Cela ne signifie pas que le plan directeur puisse être conçu comme un acte interne. Cette distinction reprend l'opposition traditionnelle entre ce qui est une norme juridique et ce qui ne l'est pas, entre les normes légales et les règles administratives. La transposition est discutable. Si on peut parler d'une ordonnance administrative comme d'un acte interne sans influence sur la situation juridique des tiers, même lorsqu'elle a pour objet les décisions que l'administration peut prendre à l'égard de ceux-ci, c'est dans la mesure où elle ne fait que codifier l'usage d'une liberté d'appréciation que la norme juridique laisse à l'autorité: la situation juridique des administrés inclut cette indétermination voulue par la loi. Et le contrôle juridictionnel respecte la marge d'autonomie conférée à l'administration sans pour autant être privé de son sens: il lui reste toujours à vérifier si les limites n'en ont pas été franchies. L'acte interne est alors véritablement interne, c'est-à-dire compris à l'intérieur d'une norme juridique. Il n'en va pas de même de la planification directrice, qui se trouve, par rapport aux tiers, dans une toute autre position qu'une circulaire ou une directive administrative. En effet, elle ne s'inscrit pas dans un cadre normatif qu'elle aurait à respecter et qui fixerait préalablement les limites de l'autonomie de son auteur, limites définissant la situation juridique des tiers. Bien au contraire: c'est elle qui détermine à l'avance, dans la plus large mesure, les actes qui confèreront aux administrés leurs droits et leurs obligations; la position est donc inverse[37]. A cela

[36] Nous ne parlerons par la suite que des plans directeurs contraignants.

[37] C'est ce que méconnaît M. IMBODEN, Der Plan, p. 409, pour qui le plan directeur constitue une ordonnance administrative.

s'ajoute son caractère contraignant: elle s'impose à toute autorité, quelle qu'elle soit. Contrairement à une ordonnance interne, son fondement n'est donc pas le pouvoir hiérarchique, mais la loi elle-même, dont elle constitue une première réalisation.

On ne peut donc considérer la planification directrice comme un acte interne classique; on rejoint ce qui a été dit précédemment sur la nature politique de l'acte. D'un autre côté, la participation des administrés, à quelque titre que ce soit, prend une importance particulière, qu'on ne saurait écarter sous le simple motif de l'absence d'effets juridiques externes; il en va ainsi des procédures d'élaboration et de contrôle, qui ne peuvent être uniquement administratives et hiérarchiques.

253. La procédure

Toute la portée de la planification directrice lui vient de son caractère contraignant. Mais ce caractère implique l'existence d'une procédure définie: elle peut seule en garantir la stabilité. L'autorité compétente pourra être le parlement ou le gouvernement: ce n'est pas tellement ce qui importe ici. Il s'agit bien plutôt de déterminer comment la planification sera décidée, en particulier comment les intérêts publics locaux et les intérêts privés pourront s'exprimer. Il est en effet indispensable qu'une telle procédure soit mise sur pied; la planification directrice sera le fondement non seulement des plans d'affectation mais aussi des équipements collectifs. Et l'on sait par expérience combien il est rare qu'une autorité revienne au moment de la réalisation d'une option sur le principe même de son choix. Il faut donc que les intérêts engagés puissent se faire entendre aussi tôt que possible, dans une procédure juridiquement organisée[38].

Les plans d'affectation connaissent l'institution de la mise à l'enquête. Même si le mot lui-même n'est pas prononcé, c'est à une procédure semblable qu'il faut soumettre les plans directeurs. La

[38] M. Baschung/R. Stuedeli, p. 126; U.P. Bruhin, p. 86 ss.

loi fédérale sur l'aménagement du territoire dispose simplement et sans plus de précision que «chacun aura l'occasion de se prononcer sur (les) projets» et que «les autorités compétentes connaissent des objections»; «les projets de plans directeurs généraux seront rendus publics avant qu'une décision soit prise à leur sujet»[39]. On ne voit guère quelle autre procédure pourrait être instituée que celle de la mise à l'enquête. Celle-ci a une double nature: administrative et parajuridictionnelle. Elle permet en effet à quiconque d'intervenir, pour quelque motif que ce soit. Instaurant une sorte d'action populaire, elle est de ce point de vue administrative. Mais elle sert aussi à l'examen de la légalité des projets qui lui sont soumis, et constitue ainsi un mécanisme de contrôle de l'activité administrative. Cette double nature sera aussi celle de la procédure d'adoption des plans directeurs. D'une part, des groupements locaux, des individus pourront contester l'opportunité des options prises et invoquer à ce titre tout motif tiré d'un intérêt général quelconque. Mais tout tiers – et évidemment au premier chef les propriétaires intéressés – sera habile à contester la légalité du projet de plan directeur[40]. Un tel examen aura nécessairement une portée relativement limitée. On a déjà suffisamment relevé que le concept même de légalité était peu fonctionnel en matière de planification[41]: on n'y reviendra pas. Surtout, il est évident que l'examen de la validité du projet ne peut avoir une autre étendue que le projet lui-même: or, celui-ci ne donne que les grandes lignes de l'aménagement. Il s'agirait donc de distinguer entre les situations qui doivent être considérées comme définitives, parce que, quelle qu'elle soit, la réalisation ne les changera pas, et celles dont le con-

[39] Art. 8 LAT.

[40] Sans qu'il s'agisse d'un «recours»: Message LAT, FF 1972 I 1497. La procédure d'opposition dans la classique approbation par le gouvernement cantonal d'un plan d'affectation communal n'est d'ailleurs pas non plus un recours. Sur la procédure d'approbation par le Conseil fédéral d'un plan directeur cantonal, cf. plus bas n. 43 et ch. 321. Certains auteurs dénient à l'objection de l'article 8 LAT le caractère d'une opposition (M. ALBISETTI, p. 353): ils partent de la conception – trop restrictive – de l'opposition comme d'un moyen de droit au sens strict.

[41] Cf. ch. 145, 224, 232.

tenu ne sera déterminé qu'au moment de la réalisation. Il n'y a évidemment aucun intérêt à faire cette distinction au moment de l'établissement de la planification directrice: car celle-ci ne devant pas avoir d'effets sur la situation juridique des tiers, aucune décision portant sur la légalité du projet prise à ce moment-là ne pourrait être considérée *à leur égard* comme définitive. Pour la même raison, on ne saurait réclamer des administrés qu'ils ne puissent contester le plan d'affectation ou toute autre mesure de réalisation qu'à la condition qu'ils soient intervenus dans la phase de la planification directrice.

Pour limitée qu'elle soit, la portée de cette procédure n'en est pourtant pas négligeable. Tout d'abord, elle permet de déterminer les points litigieux, sur lesquels l'autorité devra ultérieurement s'arrêter. Se restreignant à un contrôle de l'arbitraire ou renvoyant l'examen à la phase postérieure parce que la situation ne peut être considérée comme définitive, l'attention du planificateur aura néanmoins été retenue. La considération est ici avant tout pratique; bien que non juridique, elle ne doit pas être oubliée. Ensuite, on connaît les réserves du juge face à la planification, réserves justifiées par la consistance même de la matière[42]: il est donc préférable de donner le plus de poids possible à cette phase préalable.

On ne s'arrêtera pas sur les formalités de la procédure, ni sur les compétences. On relèvera seulement qu'il n'est nullement nécessaire de conférer à la même autorité la compétence de se prononcer sur les objections et celle d'adopter le plan lui-même; la première pourrait appartenir à une autorité administrative et gouvernementale, la seconde au parlement, lequel ne serait pas lié par les décisions prises par l'instance précédente[43].

[42] Cf. ch. 321.

[43] Le dossier dans son entier, y compris les «objections», doit être transmis au Conseil fédéral, qui est une «autorité compétente» au sens de l'article 8 III LAT. L'«objectant» n'a néanmoins qualité de partie à aucune phase de la procédure, selon le droit fédéral. La législation cantonale peut cependant, sinon assimiler la position de l'«objectant» à celle d'un recourant, du moins lui offrir certaines possibilités de participation; un régime devrait être mis sur pied qui n'ait pas le caractère sommaire de celui de la planification des routes nationales.

26. Les plans d'affectation

261. La nature juridique du plan

Les plans d'affectation sont l'instrument classique, le plus connu, de l'aménagement du territoire; ils répartissent et fixent pour chaque parcelle de la zone qu'ils régissent les possibilités d'utilisation: d'où le nom de planification immédiate, par opposition à la planification directrice.

On sait que la nature juridique de l'institution a fait l'objet de longues controverses; sa substance ne permet pas de la classer dans les deux formes traditionnelles des actes de droit public, la loi et la décision[44]. Semblable à la loi en ce qu'elle vise toute surface de la zone régie, quel qu'en soit le parcellaire, et, par voie de conséquence, tout propriétaire, elle fixe cependant, à l'égal d'une décision, le régime juridique de chaque immeuble. Générale et abstraite au niveau des options de l'aménagement auquel elle tend, elle est en même temps individuelle et concrète en ce qu'elle constitue elle-même le moyen de sa réalisation. On peut accentuer l'un ou l'autre de ces deux aspects d'une même institution. Sous réserve qu'il s'agit d'une métaphore, on rendrait bien compte de l'ambiguïté en usant de l'expression «faisceau de décisions»; mais elle est également ambiguë, si elle ne fait penser qu'à une simple addition. L'élément déterminant est l'unité de toutes les décisions par leur commun objectif. On dira alors que le plan est un ensemble, ou encore un système de décisions: le sens de chacune d'elles se trouve dans toutes les autres; aucune ne peut être considérée isolément du tout. Ce qui empêche donc de concevoir le plan comme une simple collection de décisions, c'est qu'il est en quelque sorte sa propre loi: son sens lui vient de la cohérence de la juxtaposition des décisions qu'il forme, aussi bien qu'inversement, le sens de chacune de ses «parties» vient de leur rattachement au tout qu'elles constituent ensemble[45]. Le plan est bien une catégorie spécifique parmi tous les actes de droit public.

[44] Cf. P. BALSCHEIT, p. 17 ss; U.P. BRUHIN, p. 15 ss; A. GRISEL, Droit administratif suisse, p. 395; M. IMBODEN, Der Plan, p. 390 ss.

[45] Cf. M. IMBODEN, Der Plan, p. 397.

Le régime juridique du plan va dès lors emprunter ses règles aux solutions offertes tantôt par celui de la loi, tantôt par celui de la décision: la difficulté réside dans le choix d'un critère déterminant. Un critère formel est d'emblée exclu, puisque c'est précisément la forme du plan – sa logique juridique – qui rend toute assimilation à la loi ou à la décision impossible. Du point de vue matériel, deux critères paraissent efficaces: d'une part, le problème posé, soit l'adéquation de la solution proposée aux principes de l'Etat de droit et aux exigences pratiques; d'autre part, l'objet du plan. Il s'agit donc de sérier les problèmes que, sous cet angle, l'aménagement du territoire peut présenter, puis, le cas échéant, de différencier les solutions en fonction du contenu du plan. Il découle de cette méthode que, pour un même plan, le régime juridique ne sera pas nécessairement invariable.

Le Tribunal fédéral distingue la nature des plans suivant leur contenu, entre ceux qui régissent de vastes surfaces et de nombreux propriétaires, et ceux qui ne s'appliquent qu'à quelques parcelles[46]. Le critère a été contesté[47], et, partiellement du moins, à raison: le contenu d'un plan ne fait pas varier les effets qu'il a sur la situation de chaque administré. Celle-ci est déterminée de la même manière, le plan déploie pour tout propriétaire des conséquences juridiques identiques, quelles que soient ses dimensions. Par rapport à la position juridique des particuliers, tout plan est de ce point de vue une décision. Mais la nature d'un acte ne peut se déterminer uniquement selon ses effets individuels[48]; sa portée, la fonction qu'il occupe dans les attributions de l'Etat doit également être prise en considération. C'est à quoi renvoie le critère choisi par le Tribunal fédéral, auquel on peut cependant reprocher de n'être que le signe d'une différence, non la différence elle-même. Ce qui caractérise un

[46] ATF 94 I 336, 347; ZBl 1971, p. 305 (Tribunal fédéral).

[47] M. Imboden, Verwaltungsrechtsprechung I, n° 212 II; A. Kuttler, Der Beitrag des Bundesgerichts, p. 189 (pour la modification des plans).

[48] Il existe des lois immédiatement applicables, d'autres qui doivent être concrétisées par décisions individuelles, sans que la différence dans leurs effets directs puisse mettre en doute leur caractère normatif commun.

plan de grandes dimensions, c'est son importance du point de vue de l'intérêt public: l'aménagement qu'il réalise, et ses conséquences pour la collectivité, ont évidemment d'autant plus de poids pour celle-ci qu'ils affecteront de plus grandes surfaces. Au contraire, de par son étendue même, un plan dont l'application ne vise que quelques fonds n'a – dans la règle – qu'une portée limitée quant aux intérêts de la collectivité qui y seraient engagés. On retrouve donc la même polarité que dans le couple loi/décision, soit l'opposition entre la généralité et l'individuel, mais au lieu qu'elle se marque dans la forme même de l'acte, elle en affecte directement le contenu[49]. On ne serait cependant pas assez précis en soutenant seulement que c'est la présence d'un intérêt public important qui permet de distinguer entre différentes catégories: car il existe des plans d'application territoriale restreinte qui mettent en cause un bien commun considérable. C'est sous l'angle de la globalité des options prises par le planificateur que la distinction devrait se faire: la cohérence entre une multiplicité d'intérêts publics engagés, de même nature ou non, le caractère d'ensemble d'une ou plusieurs politiques déterminées rend le plan analogue à une disposition législative.

Entre le critère tiré des effets individuels et celui qui se déduit de la portée du plan, le choix devrait être le suivant. Lorsque le contenu du plan est en cause, le second est applicable; en revanche, pour les questions formelles[50], c'est le premier qui est pertinent. En effet, s'il s'agit de la matière même du plan, les intérêts de la collectivité sont directement impliqués; le cas échéant, le régime législatif peut devoir s'imposer. Au contraire, pour ce qui regarde la forme, et dès lors que le propriétaire est toujours immédiatement concerné par le plan, il doit avoir les mêmes facultés d'intervention, de participation, de contrôle, qu'à l'égard d'un acte individuel[51].

[49] C'est de même au niveau du contenu que le plan peut manifester une certaine abstraction: cf. ch. 145.2.

[50] On entend par là les questions de forme, de procédure, de compétence juridictionnelle.

[51] Le propriétaire ne met alors en cause que ses propres intérêts. Pour le contenu du plan, d'autres intérêts privés et des intérêts publics sont en jeu.

262. La modification des plans

C'est avant tout pour la modification[52] des plans que la distinction est importante, tout au moins lorsqu'elle se fait à l'initiative des autorités. A la modification d'un plan de vastes dimensions est applicable un régime analogue à celui de la loi, compte tenu cependant du fait que les propriétaires peuvent avoir de leur côté un intérêt à son maintien tel quel: l'opération sera valable dès lors qu'elle est justifiée par un intérêt public pertinent. Il y sera procédé avec une certaine retenue, et les assurances qui auront été données devront être respectées. On voit que, même à dominante législative, ce régime s'inspire aussi de celui de la décision. Ce dernier est en revanche à peu près intégralement applicable à la modification de plans ne visant que quelques parcelles[53]. A la qualification du plan succède donc la détermination de la validité de la modification; les deux opérations ne sont pas équivalentes[54], bien que toutes deux se rapportent à l'intérêt public de l'acte en cause. Alors que la première consiste en l'appréciation de l'importance pour la collectivité des options engagées, la seconde est réalisée par la balance des intérêts opposés[55].

[52] Sur la rectification des plans, cf. ATF 97 I 651; U.P. BRUHIN, p.26 ss. Sur la modification des plans après le dépôt d'une demande d'autorisation de construire, cf. ATF 100 Ia 149, 158; RDAF 1971, p.332 (Tribunal fédéral); E. HOESLI, p.45 ss; P.B. LEUTENEGGER, p.171 ss, 195 ss.

[53] Quelle que soit la nature juridique du plan, la modification devra respecter le principe du parallélisme des formes (U.P. BRUHIN, p.38 ss). En outre, matériellement, elle peut être exclue par l'application du principe de la bonne foi (U.P. BRUHIN, p.93).

[54] Le Tribunal fédéral a, semble-t-il, renoncé à faire la distinction: cf. ATF 98 Ia 376; 99 Ia 583; ZBl 1975, p.289 (Tribunal fédéral); U.P. BRUHIN, p.80, 104. A notre sens, elle reste importante précisément dans l'attribution de coefficients lors de l'évaluation des intérêts en présence. La date d'adoption du plan joue également un rôle: plus l'acte est de date reculée, moins l'administré peut compter sur sa permanence (cf. ATF 94 I 347).

[55] Quant aux effets du nouveau régime, ils ne sont indemnisés que s'ils constituent une expropriation matérielle. Les dommages résultant de l'opération de la modification elle-même (par exemple frais d'architecte) ne sont, eux, indemnisés que si un texte légal le prévoit (principe de la légalité de la responsabilité de l'Etat; U.P. BRUHIN, p.144, 154; cf. art.31 de la *loi vaudoise*

La modification peut aussi être demandée par les administrés. Il convient de distinguer suivant les auteurs de la proposition. S'agit-il de tiers, c'est-à-dire de personnes dont les droits et obligations ne sont pas visés par le plan, leur requête est une forme de pétition, et doit être traitée comme telle. Peu importe que, en l'espèce, l'acte se rapproche par son contenu de la loi ou d'une décision: de par son insertion géographique dans l'ensemble d'un aménagement, tout plan touche un intérêt public et est dès lors susceptible d'une telle intervention. S'agit-il au contraire du propriétaire visé, ou d'un autre ayant-droit, la requête est une demande de nouvel examen, semblable à celle qui toucherait une décision[56]. Peu importe aussi ici l'analogie du plan par son contenu avec la loi ou une décision. Car il ne s'agit que de déterminer la recevabilité de la demande, donc une question de procédure, non son bien-fondé et la possibilité que la collectivité a ou non de modifier le plan[57].

Enfin, quelles que soient les distinctions qui pourraient être faites, les plans sont en général conçus équivalents les uns aux autres. L'insertion d'un plan partiel est traitée comme la modification du plan de la zone visée, et non comme une dérogation; sa validité juridique n'est pas appréciée par rapport au plan général.

du 5 février 1941, etc., *sur les constructions et l'aménagement du territoire,* et RDAF 1971, p.134).

[56] Art.62 LAT; Message LAT, FF 1972 I 1520. La disposition serait en contradiction avec l'article 43 de la Constitution fédérale (J.-F. AUBERT/R.L. JAGMETTI, WuR 1971, p.194; U.P. BRUHIN, p.54); la critique n'est pas fondée. Il ne s'agit pas d'un droit politique, exercé par son titulaire en tant que citoyen, mais du droit conféré à un propriétaire, pour qui, s'agissant d'une question de procédure, le plan constitue une décision.

[57] La rédaction de l'article 62 LAT ne rend pas compte de la succession de deux questions: la recevabilité, subordonnée à l'écoulement d'un délai de cinq ans, à la présence d'un intérêt du requérant (propriétaire, voisin: U.P. BRUHIN, p.65), à l'existence enfin d'un changement dans les circonstances; puis l'examen au fond, portant sur la justification d'une modification du régime. Pour cette dernière question, l'autorité bénéficie d'une liberté de même étendue que celle qu'elle avait lorsqu'elle a adopté le plan, en étant tenue cependant par les limites qu'elle aurait dû respecter si elle avait procédé à l'opération de sa propre initiative.

Il n'y a donc pas de hiérarchie normative des plans. Sans doute à tort; ce qui se trouve ainsi favorisé, c'est la politique du coup par coup, le plan partiel étant considéré comme valable par lui-même; l'existence de certains plans de quartiers contestables s'explique ainsi. On pourrait peut-être distinguer entre deux types de modification. Le plan peut être modifié en lui-même, dans ses options ou simplement dans ses limites: l'opération trouve en elle-même sa propre justification, car elle affecte soit les options du plan – le plan dans sa globalité –, soit les détails de son application. Entre ces deux extrêmes se trouve la situation où un régime particulier est instauré à l'intérieur d'une zone. Cette opération est en réalité une dérogation, l'analogue d'une autorisation exceptionnelle; sa légitimité, sous l'angle de l'opportunité[58], devrait être soigneusement vérifiée par rapport aux options du plan général[59].

263. Le droit d'être entendu

La procédure d'enquête publique, d'application générale pour les plans d'affectation, garantit le droit d'être entendu, même si ce

[58] L'illégalité n'entre pas en ligne de compte, puisque le plan dérogatoire est adopté selon la procédure du plan général, ce qui le distingue formellement d'une autorisation exceptionnelle (la conformité au plan directeur et à la loi de base étant réservée). Matériellement, la distinction peut être inexistante (cf. ATF 87 I 358; U.P. Bruhin, p.22 ss), chacun des deux actes pouvant avoir le même contenu (par exemple autorisation de construire une ou plusieurs maisons-tours par le moyen d'un plan de quartier ou d'une dérogation au taux d'utilisation réglementaire). Il importe donc que la législation définisse précisément les conditions posées à l'octroi d'autorisations exceptionnelles (sur ces dernières, cf. P.B. Leutenegger, p.258 ss).

[59] Il n'est pas certain que la distinction ne puisse être pratiquée. La ponctualité de l'opération est caractérisée par l'absence de références à l'ensemble de la planification; elle constitue par ailleurs un cumul de dérogations par rapport aux possibilités réglementaires de construction dans la zone en question. En tant qu'autorisation exceptionnelle, le plan dérogatoire ne devrait pas seulement se justifier par l'intérêt du promoteur, mais aussi du point de vue de l'aménagement du territoire – ce qui n'a pas toujours été le cas.

n'est pas là sa seule fonction[60]. A cet égard, le propriétaire bénéficie du régime juridique de la décision, quelle que soit la catégorie dans laquelle le plan se classe de par son contenu. C'est à juste titre: à son endroit, les effets juridiques sont les mêmes que ceux d'un acte individuel, sans que le contenu de l'acte soit directement mis en cause[61].

Plus importante pratiquement est la question de la forme de la notification; de celle-ci dépend en fait l'exercice du droit d'être entendu. Concevable en théorie, une notification personnelle à tous les propriétaires pour tous les plans et toutes leurs modifications est peu pratique. La voie édictale doit cependant n'être admise que restrictivement[62], en raison de l'importance dans l'Etat de droit de la garantie formelle qu'assure aux intéressés leur participation à la procédure. Logiquement, le régime dépendra de l'analogie à une disposition législative ou à une décision. L'adoption d'un plan général, la détermination du statut d'une zone sera annoncée par la publication dans une feuille officielle. En revanche, la modification de limites, du moins en défaveur des propriétaires, devrait faire l'objet d'une notification personnelle; de même, la mise à l'enquête d'un plan derogatoire, même s'il est qualifié de «zone»: la modification, qui n'est que partielle, portera souvent atteinte avant tout aux seuls propriétaires limitrophes, qui doivent en être avertis. Il conviendrait donc de procéder à une notification personnelle pour toute opération ponctuelle dans ses effets, même si elle est générale dans ses relations avec une politique d'ensemble.

[60] U.P. BRUHIN, p.72 ss, 85 ss; M. IMBODEN, Der Plan, p.400.

[61] A. KUTTLER, Festschrift Imboden, p.215. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé clairement sur l'existence même du droit d'être entendu: ATF 98 Ia 477; 96 I 236; 90 I 334; ZBl 1964, p.216. Le problème se pose dans la pratique de la nécessité d'une seconde enquête publique, lorsque l'autorité modifie le projet. En principe, le droit d'être «réentendu» ne devrait être accordé que si la décision aggrave la situation du propriétaire; il faudrait néanmoins en faire bénéficier aussi celui qui se trouverait lésé par une décision prise en faveur d'un voisin.

[62] D'autant plus qu'un recours dirigé contre le refus d'une autorisation de construire, mais fondé sur un vice du plan, est dans la règle irrecevable devant le Tribunal fédéral; cf. ch.323.

264. La procédure

La procédure d'adoption des plans est suffisamment connue pour ne pas devoir être développée. La faculté donnée à tout un chacun d'intervenir pour tout motif, y compris celui d'inopportunité, constitue une sorte d'«action populaire», lorsque les oppositions sont transmises à une autorité supérieure d'approbation[63]. La même voie permet aux propriétaires de soulever les griefs qui tiennent à leur situation personnelle. La procédure a alors une nature mixte, administrative et parajuridictionnelle, qui en fait toute l'utilité: l'autorité de contrôle peut contrôler la validité de l'acte qui lui est soumis sans être restreinte par aucune des limitations que connaît le pouvoir d'examen du juge[64].

27. Les procédures complexes

Il est courant dans l'aménagement du territoire que les décisions se prennent au cours d'une procédure complexe, composée de plusieurs phases. Il y a un ensemble de décisions, concernant toutes le même objet, mais d'un point de vue particulier, chacune constituant une étape indispensable. Il en va déjà ainsi du zonage, de la conception directrice au plan d'affectation en passant par le plan directeur. Mais le phénomène est particulièrement important en matière

[63] L'opposition en matière d'autorisation de construire s'en distingue dans la règle précisément parce qu'elle s'adresse à l'autorité de décision, non à celle de surveillance; il est aussi évident que les motifs qui peuvent être invoqués sont plus limités: la décision sur la demande de permis se prend en termes de légalité, celle sur l'approbation d'un plan principalement en termes d'opportunité. Enfin, les normes qui restreignent la qualité pour faire opposition en la faisant dépendre des mêmes conditions que pour la recevabilité d'un recours (cf. P.B. LEUTENEGGER, p.313 ss) confèrent à l'opposant le statut de partie à la procédure; elles n'empêchent pas un tiers quelconque d'intervenir – au sens de ce qu'on appelle en droit administratif fort malheureusement une dénonciation – sans quoi la mise à l'enquête publique perdrait une part importante de sa raison d'être.

[64] Cf. ch.31 ss, 322. E. HOESLI, p.185 ss; M. IMBODEN, Der Plan, p.407 ss; A. KUTTLER, WuR 1974, p.153.

d'investissements collectifs. La planification passe par différentes phases, de précision croissante, jusqu'à la dernière, seule applicable aux administrés immédiatement; à cette procédure peuvent devoir s'ajouter d'autres actes, de portée diverse: préavis de collectivités ou d'autorités, décisions financières. Parfois des décisions secondaires, portant sur des aspects particuliers d'un même investissement, viennent compléter la décision principale, qui ne peut être exécutée sans elles; souvent, les compétences relèvent alors d'autorités, voire de collectivités différentes, sans que, matériellement, les distinctions soient toujours nettes[65].

Chaque étape obéit à ses propres règles de compétence, et a son régime particulier de contrôle. D'un autre côté, chacune d'elles constitue pour les suivantes un acquis, du moins du point de vue de l'activité administrative[66]: l'auteur du plan d'affectation, ou, en matière de routes nationales, du projet définitif, est lié par le plan directeur ou le projet général, et il ne lui est laissé d'autre liberté que la marge d'indétermination inhérente à la phase précédente. En revanche, les rapports entre une autorité de contrôle et la décision de l'étape antérieure sont plus complexes. Il peut se trouver que le contrôle s'exerce absolument librement: ainsi de la sanction populaire du référendum financier. Encore faut-il que la compétence de la collectivité ne soit pas liée en l'espèce par les attributions d'une autorité supérieure. Il en va autrement pour les contrôles de nature juridictionnelle: la question se pose de la portée préjudicielle des phases précédentes. Comme on le verra plus loin[67], s'il n'est pas exclu de lui donner sur le plan des compétences juridiques une réponse satisfaisante, en revanche, pratiquement, les limites assignées au pouvoir d'examen du juge en réduisent l'importance.

[65] Cf. l'exemple typique des centrales nucléaires, ATF 99 Ia 249.

[66] D'où l'importance de la chronologie: cf. ch. 413. Cf. sur les divers contrôles, P. MOOR, RDS 1976, p. 152 ss, 159 ss.

[67] Cf. ch. 313, 322.

3. Le contrôle juridictionnel

31. Le pouvoir de contrôle du juge

311. La liberté d'appréciation

Le contrôle juridictionnel est dans son principe un contrôle de la légalité; il ne peut donc aller plus loin que ce que lui permet la «légalité» de l'aménagement du territoire. C'est alors l'analyse des techniques législatives qui indiquera le degré d'efficacité du contrôle. Mais il est évident d'un autre côté que l'emploi de ces techniques est fonction des besoins de la planification ou, plus précisément, des méthodes administratives propres à la solution politique des problèmes posés par l'aménagement du territoire. Parmi elles, il s'agit essentiellement de la liberté d'appréciation et des notions juridiques indéterminées. On a déjà vu en quoi la localisation nécessaire de l'application d'une norme impliquait une certaine indétermination: on n'y reviendra pas[1].

Que la liberté d'appréciation octroyée par une norme à l'administration diminue d'autant le pouvoir de contrôle du juge est évident: seuls l'abus et l'excès du pouvoir d'appréciation peuvent être sanctionnés. Le législateur peut, pour la limiter, donner les finalités de l'action administrative; mais ce ne peut être autrement que par le recours à des notions juridiques indéterminées, ou d'une manière telle que l'application requiert la pondération d'une multiplicité d'intérêts. Les pouvoirs du juge en sont réduits d'autant. Le principe de la proportionnalité constitue une autre limite. Clause générale plutôt que norme, le recours qu'y a le juge ne restitue pas à

[1] Cf. ch. 231.

la loi la précision qui lui fait défaut ni la prévisibilité des mesures qu'elle fonde. Mais il permet d'exercer un certain contrôle sur l'adéquation des actes de l'administration par rapport aux effets qu'ils ont sur la situation de l'administré; il n'est dès lors pas étonnant que son importance dans la jurisprudence administrative ait crû en même temps que le législateur ouvrait à la liberté d'appréciation de plus larges domaines. Son application est cependant pratiquement restreinte aux matières où l'activité administrative a pour objet des situations individuelles et concrètes. Le principe n'est guère transposable aux activités administratives qui mettent en œuvre des mesures globales (par exemple industrialisation ou choix des types d'affectation des zones constructibles), ni à celles qui relèvent de l'administration de prestation (construction d'une route, d'un barrage). A l'intérieur du droit régissant l'aménagement du territoire, son efficacité marque surtout la police des constructions[2].

312. Les notions juridiques indéterminées

De la liberté d'appréciation, la jurisprudence et la doctrine distinguent les notions juridiques indéterminées[3]. Celles-ci ne laissent pas à l'administration le choix entre plusieurs solutions juridiquement également valables; leur indétermination empêche la vérification de la conformité d'une mesure à la loi qui la fonde par une simple opération logique. Une «appréciation», un jugement de valeur est nécessaire. La question est de savoir si le juge est tenu de respecter cette indétermination de la notion employée par la loi, ou s'il peut substituer ses propres valeurs à celles de l'administration. De manière générale ou restreinte à certaines hypothèses, jurisprudence et doctrine admettent au profit de l'autorité

[2] Cf. les références sous ch. 16, n. 55 ss.

[3] Cf. A. GRISEL, Droit administratif suisse, p. 168 ss; F. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, p. 145 ss. Cf. cependant les critiques de M. IMBODEN, Grundsätze des administrativen Ermessens, p. 417 ss. La jurisprudence du Tribunal fédéral est très nombreuse: par exemple, ATF 98 Ib 419; 99 Ia 136.

à qui incombe l'application de la loi une certaine «latitude de jugement», une certaine «marge d'appréciation». On notera que le concept de notion juridique indéterminée n'est pas demeuré incontesté, et non sans raison: à part celles qui font appel à des données numériques, on ne voit guère d'exemple de notions déterminées. Le problème de l'étendue du pouvoir de contrôle n'en reste pas moins posé.

L'utilisation de notions indéterminées est inévitable: la réalité ne se laisse pas appréhender souvent en termes abstraits par le simple jeu de la logique. La notion peut être la synthèse d'une pluralité d'éléments qui se trouvent dans chaque situation concrète dans un équilibre différent: ainsi de la beauté du paysage[4], qui est bien la qualification d'une situation concrète, mais qui ne peut être comparée à aucune autre, parce que tous les éléments varient indépendamment les uns des autres; ainsi aussi de la sécurité du trafic[5]; ainsi de la qualification de toute situation dont les caractéristiques propres sont essentielles. Il ne découle évidemment pas de cette analyse que le juge administratif doive nécessairement exercer son pouvoir de contrôle avec retenue. Il s'agit avant tout de définir la nature de la responsabilité qui s'attache à l'application de la loi. Pour la plupart des notions utilisées couramment par la police des constructions – sécurité, hygiène, esthétique, etc. – la responsabilité est surtout administrative; ce qui importe, c'est que, dans le cas d'espèce, la loi soit correctement appliquée. Il n'y a aucune raison d'admettre que le pouvoir de contrôle du juge ait une portée plus restreinte que celui d'exécuter la loi. Si l'indétermination existe, ce n'est pas à dessein: le législateur ne peut appréhender la réalité autrement.

Même inévitable, l'emploi de notions juridiques indéterminées peut être délibéré: le législateur a voulu l'indétermination, pour permettre à l'administration de déployer une certaine initiative. La responsabilité de l'autorité d'application est alors de nature politique; elle doit rendre compte devant le parlement des résultats de son activité. Cette responsabilité, le juge ne peut la prendre; il ne

[4] Cf. ATF 98 Ia 477.
[5] ATF 98 Ib 335; 90 I 8.

peut que contrôler si l'autorité est sortie des limites que la norme a données aux initiatives de l'administration, ou si celle-ci a poursuivi des buts étrangers à la loi. Le pouvoir du juge se définit alors comme en matière de liberté d'appréciation proprement dite. La fixation des limites des zones en est un exemple typique[6]; de même, celle des délais et mesures d'équipement[7]. On rangera également dans cette catégorie les conceptions directrices, mais non sans hésitations: si elles ont bien aussi pour fonction de diriger une politique, elles ne le font que par la définition des buts. On pourrait donc tout autant soutenir qu'elles donnent à l'administration un champ ouvert à la liberté d'appréciation proprement dite; on élargirait cependant à l'excès la portée de ce dernier concept, qui est essentiellement administrative: la liberté d'appréciation permet de choisir, en rapport avec un but donné, dans un cas d'espèce, la mesure la plus adéquate. La conception directrice, elle, implique au contraire l'élaboration de toute une série de mesures qui, prises dans leur ensemble, visent à réaliser la valeur postulée dans la norme, ou la prise en considération de cette valeur pour des mesures qui tendent en même temps ou même principalement à d'autres fins. Elle permettra donc à l'administration de justifier la manière dont elle utilise l'une de ses compétences. Mais on ne voit guère comment elle servirait au juge à invalider un acte administratif.

313. Les décisions politiques

Aux causes dues aux techniques employées par le législateur s'en ajoutent d'autres, résultant de la matière même de l'aménagement du territoire, qui affaiblissent également le pouvoir de contrôle du juge. On pense ici d'une part aux décisions politiques, de l'autre à la multiplication des intérêts engagés.

[6] ATF 93 I 247; 89 I 188. Sur le contenu de la réglementation de la zone, cf. ATF 99 Ia 583.

[7] Cf. art. 28 LAT et la notion d'«à temps»; cf. contra J.-F. AUBERT/R.L. JAGMETTI, WuR 1972, p. 46, qui ne tiennent pas compte du fait que l'équipement se fait par tranches, chacune «à temps»: le programme laisse à la collectivité une certaine marge d'appréciation.

Le tracé d'une route nationale, la construction d'un barrage, d'une centrale nucléaire ne sont pas des décisions prises en application d'une loi. La norme fonde la compétence et assigne à l'administration les buts à réaliser et les valeurs à respecter; on peut d'ailleurs déjà parler de conceptions directrices avant la lettre. La planification du réseau des autoroutes, de l'exploitation des ressources hydrauliques, du ravitaillement énergétique, dont dépendent la localisation et la construction des équipements nécessaires, ne peut être le fait d'une norme[8]; comme pour tout plan, elle est constituée par une série de décisions prises comme un ensemble, et dont le sens résulte de cet ensemble. L'administration a donc un pouvoir autonome par rapport à la norme sur laquelle sa compétence se base: d'où le terme de décision politique que l'on a choisi plus haut. Dans de tels domaines, le juge administratif ne peut intervenir qu'avec retenue[9].

A l'égard de l'ensemble lui-même, il n'est en général pas compétent. A juste titre: la légalité ne porte que sur les buts assignés, parfois sur les limites générales. Il n'y a guère de prise pour un contrôle juridictionnel efficace, faute de «choses» juridiques à contrôler. D'autre part, il n'entre pas dans le rôle d'un juge de se substituer à un gouvernement. La situation se présente quelque peu différemment pour une décision seule. Quelque imprécises qu'elles soient dans leur généralité, le juge est néanmoins à même de vérifier l'application des notions juridiques indéterminées, s'il se trouve confronté à un état de fait concret. Cependant, il se trouve également confronté à la nécessité de prendre en considération les autres décisions, qui ne lui sont pas soumises, mais qui sont en relation avec celle dont il doit examiner la validité[10]: il éprouvera quelque hésitation à mettre en cause un programme, un plan, une

[8] Cf. *loi fédérale* du 8 mars 1960 *sur les routes nationales*, art. 5, 9; *loi fédérale* du 20 décembre 1957 *sur les chemins de fer*, art. 5: *loi fédérale* du 22 décembre 1916 *sur l'utilisation des forces hydrauliques*, art. 5, 22, 24.

[9] Cf. ch. 234.

[10] Cf. par exemple ATF 99 Ib 75, c. 4, où le Tribunal fédéral examine les effets préjudiciels que sa décision pourrait avoir (mise sous terre de conduites électriques et protection du paysage).

ligne générale, à propos d'un seul de ses éléments[11]. D'un autre côté, s'il peut dire que la solution retenue par l'administration et attaquée devant lui n'est pas conforme à la loi, il lui est évidemment impossible d'affirmer quelle serait la solution légale, ni même s'il y en a une. Il serait cependant erroné d'estimer que le contrôle juridictionnel est dès lors dépourvu de sens. Il reste un moyen utile et efficace, le renvoi pour nouvel examen, qui, s'il était pratiqué, favoriserait peut-être l'élaboration de solutions alternatives, trop souvent enterrées dès le départ et par la suite régulièrement écartées par la simple force d'inertie de l'acquis.

314. Le contrôle de l'intérêt public

La présence d'une multiplicité d'intérêts engagés dans une seule et même décision est enfin aussi de nature à réduire les pouvoirs du juge. La pesée des intérêts est une opération relativement simple dans le droit de la police: face au bien d'ordre public menacé, se trouve l'intérêt privé opposé. La situation est plus compliquée lorsqu'il faut manier, si l'on peut dire, une balance à plus de deux plateaux. La combinaison et la pondération de plusieurs intérêts, leur comparaison avec des intérêts opposés, sont des opérations qu'il est difficile de mener «objectivement». Elles impliquent une certaine liberté de choix, qui ne peut appartenir qu'à l'administration compétente. Intervenant avec plein pouvoir d'examen dans la localisation d'un barrage, dans l'octroi d'une concession de téléphérique, en fonction de la protection de l'environnement, du développement régional, de la sécurité des usagers, de la rationalité de l'entreprise, le juge se substituerait à l'administrateur[12].

Dans le droit de l'aménagement du territoire, comparé au droit de la police, les compétences étatiques et leur exercice conduisent à la réduction des pouvoirs de contrôle juridictionnel, soit que le législateur soustraie certaines matières à la connaissance du juge

[11] La raison vaut aussi en matière de plans: cf. A. KUTTLER, Festschrift Imboden, p. 219.

[12] C'est pourquoi certaines de ces matières sont soustraites à sa compétence.

administratif, soit que le pouvoir d'examen de celui-ci soit restreint. A notre sens, le phénomène est irréversible. Sa gravité ne doit cependant pas être surestimée. L'existence même de la possibilité d'un recours au juge administratif oblige l'autorité à motiver ses décisions; et la publicité de la procédure joue à cet égard un rôle non négligeable. La juridiction administrative a une fonction préventive, non seulement répressive. Cependant, une attention plus grande devra être consacrée à d'autres modalités d'intervention des administrés intéressés. D'une part, les procédures administratives doivent être revalorisées; elles seules permettent un contrôle complet, comprenant celui de l'opportunité. Si elles ne paraissent pas garantir la même objectivité que la procédure judiciaire, défaut[13] auquel une certaine publicité pourrait remédier, elles ne souffrent d'aucune limitation des pouvoirs de contrôle. D'autre part, le moment auquel les administrés intéressés peuvent intervenir doit être fixé le plus tôt possible; rien n'exclut même que, dans le processus de décision, il le soit à une phase où l'administration n'a encore formulé qu'un projet. Si l'exécution en est retardée, la procédure est de nature à garantir un exercice efficace du droit d'être entendu et à permettre un contrôle réel.

32. Les actes susceptibles de recours

321. Les plans directeurs

On n'examinera ici que les actes de planification et leur exécution directe. Les décisions intervenant dans d'autres domaines relevant de l'aménagement du territoire – tels que celui des équipements collectifs – sont trop diverses pour être systématisées sous cet aspect.

Il n'est guère concevable, ni même utile que les plans directeurs soient soumis directement à une procédure de contrôle judiciaire. Actes de contenu avant tout politique, et non d'exécution de la loi, leur validité doit d'abord être examinée en fonction de critères

[13] On ne se prononce évidemment pas ici sur le bien-fondé de cette critique.

propres. Le juge serait démuni. Là même où la loi précise leur contenu, elle utilise des notions juridiques indéterminées dont la plupart créent une responsabilité politique, et non administrative; ainsi de l'extension des territoires. Leur localisation dépend, elle, du domaine ouvert à la liberté d'appréciation. En outre, la détermination des territoires est en rapport direct avec d'autres plans directeurs – transports, approvisionnement, investissements publics à pertinence spatiale – soit, le plus souvent, un ensemble de décisions politiques; dans leur totalité, ils constituent la pondération et la synthèse d'une multiplicité d'intérêts publics, parallèles ou divergents. On ajoutera enfin qu'un contrôle judiciaire est d'autant moins concevable que dans beaucoup de cas, étant donné l'échelle du plan directeur, le préjudice invoqué par le propriétaire n'est pas certain, les affectations n'étant précisément déterminées que par la planification immédiate: il n'y a aucune décision au sens procédural du terme[14].

Cela ne signifie pas que l'intervention du juge soit par nature exclue. Il est cependant certain qu'elle ne peut porter sur le plan directeur en tant que tel, à l'inverse du contrôle direct exercé à l'encontre d'une disposition législative. Il restera évidemment à déterminer si, à l'occasion d'un recours dirigé contre un plan d'affectation, un contrôle incident de la planification directrice est ouvert au juge[15]. De plus, selon la loi fédérale, un contrôle de la légalité existe au niveau de la Confédération à l'endroit des plans directeurs cantonaux; mais il relève des attributions d'une autorité de surveillance: le Conseil fédéral. Cela n'empêche pas, en soi, qu'avec l'aménagement d'une procédure administrative adéquate, les objections faites dans l'instance cantonale puissent être portées devant l'autorité fédérale[16].

[14] M. BASCHUNG/R. STUEDELI, p.127, invoquent en outre l'allongement de l'ensemble de la procédure que provoquerait l'insertion d'une voie de droit à cette phase.

[15] Cf. ch.322.

[16] Cf. art.39 LAT. Il est regrettable que la loi fédérale soit muette sur ce point; par référence à la loi fédérale sur la procédure administrative, les interventions des particuliers doivent être considérées comme des dénonciations (la référence est indirecte, puisque le plan directeur n'est pas une décision au sens de l'article 5 LPA).

La solution est judicieuse. Une scission entre le contrôle de la légalité et l'exercice d'autres compétences fédérales – coordination internationale, surveillance de la coordination intercantonale, intégration dans la planification directrice des tâches fédérales – eût été malheureuse[17]. Surtout, le Conseil fédéral est saisi des plans de chaque canton. Connaissant l'application qui est faite de la loi sur l'ensemble du territoire, il est mieux à même de déterminer les limites que le planificateur doit respecter dans la concrétisation de la loi.

322. Les plans d'affectation

Répartissant les affectations et déterminant en conséquence les droits et obligations des propriétaires, le plan immédiat constitue une décision; il est donc en tant que tel susceptible de recours[18]. On rappellera que la procédure de mise à l'enquête, de nature mixte, permet aux intéressés en fait un premier «recours», dont les motifs peuvent s'étendre à l'opportunité[19]. La participation à la procédure d'une autorité administrative de surveillance est indispensable. Son pouvoir d'examen ne connaît pas les mêmes limites que celui du juge. Agissant d'office, elle ne se restreint pas aux griefs soulevés par les propriétaires intervenant, mais contrôle l'ensemble du plan: elle peut ainsi, non seulement sanctionner d'autres vices, mais encore apprécier ceux qui sont invoqués devant elle sans qu'ils soient particularisés et isolés du tout[20].

Si l'objet du plan d'affectation soumet le pouvoir d'examen du juge aux restrictions inhérentes à la matière[21], il est vrai que leur

[17] Ainsi chaque fois qu'il y a cumul de deux responsabilités, l'une de contrôle, l'autre d'administration et de gouvernement.

[18] Sur la qualité pour recourir, cf. art. 61 LAT; sur la nature de décision, cf. ch. 261.

[19] Cf. ch. 264.

[20] Cf. M. Imboden, Der Plan, p. 405 ss; A. Kuttler, WuR 1974, p. 153 ss. Les cantons peuvent soumettre à la compétence d'un tribunal administratif la décision d'approbation; ils peuvent aussi instituer une commission spéciale. Ainsi, à leur niveau, seraient cumulés, et non exclus, les avantages des contrôles administratif et judiciaire (A. Kuttler, WuR 1974, p. 156).

[21] Cf. ch. 311 ss.

portée est cependant moins considérable. S'étendant sur un territoire aux dimensions plus restreintes, le plan aura d'autant moins d'implications dans d'autres domaines d'activité administrative. Fixant précisément les limites et les possibilités de l'utilisation du sol, il pourra être mesuré dans le cas concret aux critères que pose le principe de proportionnalité. Les conséquences d'une modification seront souvent plus réduites; en particulier, l'effet d'un prononcé en tant que précédent est moins à craindre. Les problèmes se situent à ce niveau en termes suffisamment «juridiques» pour qu'un contrôle de la légalité assure une certaine sauvegarde des intérêts des administrés. La condition de l'intérêt public, l'application du principe de la proportionnalité, les notions juridiques indéterminées peuvent être utilisées par l'autorité de contrôle sans que la trop grande complexité de la situation de fait qui forme l'objet de la réglementation contestée retienne le juge de pénétrer dans des domaines où, à juste titre, il ne se sentirait pas à sa place. Un obstacle n'en demeure pas moins, et c'est sans doute le plus important: si le recours met en cause les options du plan dans leur généralité, le juge n'est guère en mesure de les contrôler[22]; il n'en assume d'ailleurs pas la responsabilité, qui est essentiellement politique.

Les plans d'affectation seront contrôlés par le juge administratif fédéral[23], le cas échéant cantonal, quant à leur légalité. Il faut entendre par là leur conformité à la loi qui leur sert de fondement et à tous les principes qui constituent des conditions de validité des restrictions à la propriété. Mais il faut inclure dans le concept le plan directeur, si le plan d'affectation doit lui être conforme en vertu de la loi[24]. Le plan directeur est la «loi» du plan d'affectation. Une solution contraire aboutirait à admettre la possibilité de

[22] Cf. F. GYGI, WuR 1964, p.285, qui compare, de manière significative, le pouvoir du planificateur à la liberté d'appréciation du législateur (terminologie qui tend à se répandre, quoique fort contestable). Cf. ch.264, 312 (à propos des notions juridiques indéterminées), 313 (le plan en tant que décision politique).

[23] Si la loi fédérale sur l'aménagement du territoire est adoptée par le peuple: cf. art.99 *c* OJF dans la version de l'article 70 LAT.

[24] Art.30 LAT.

modifications «larvées» du plan directeur, en dehors des formes de procédure requises pour la planification directrice. Il suffirait d'un arrangement entre les autorités communales et les autorités cantonales d'approbation; le caractère contraignant du plan directeur serait mis en péril. Tel serait le cas si le planificateur communal décidait de délimiter une zone agricole en territoire à urbaniser ou, inversement, une zone à bâtir en territoire de délassement ou de protection. Sans aucun doute n'y a-t-il à vrai dire aucun résultat spectaculaire à attendre d'une telle définition de la «légalité» du plan d'affectation: le plan directeur fixe, non des limites de zones, mais des «ébauches» de limites, laissant à la commune la compétence d'en décider le tracé exact. Il faudrait soit que l'empiétement soit considérable, soit que la limite dessinée par le plan directeur puisse être précisée à son niveau déjà en fonction de circonstances particulières, telles que la présence d'un site caractéristique.

Une autre question se pose, celle du contrôle préjudiciel de la légalité du plan directeur dans le cadre d'un recours dirigé contre un plan d'affectation. Ici non plus, étant donné les limites imposées au juge par la nature de la «légalité» du plan directeur, il n'y a pas lieu d'exagérer l'importance du problème. Mais, juridiquement tout au moins, rien ne s'oppose à un tel examen. Tribunal fédéral et tribunaux cantonaux sont compétents pour contrôler la légalité des normes législatives cantonales et des ordonnances fédérales, lorsqu'ils sont saisis d'un recours intenté contre une décision d'application. La seule exception générale à un contrôle préjudiciel a pour objet le recours dirigé contre la décision d'exécution d'une autre décision, celle-ci prétendument viciée[25]. Il ne peut évidemment être question d'assimiler les rapports entre un plan d'affectation et le plan directeur à cette dernière situation. Peu importe à cet égard quelle est l'autorité cantonale compétente pour adopter le plan directeur; peu importe également qu'il soit soumis à l'approbation du Conseil fédéral. Bien qu'il porte sur la légalité, ce contrôle est de nature administrative (et parajuridictionnelle), et ne peut donc lier le juge[26]. Le régime serait analogue à celui que

[25] Cf. plus bas, ch. 323.

[26] Cf. J.-F. AUBERT, Traité I, n° 799.

la jurisprudence du Tribunal fédéral a institué en matière de routes nationales. Le recourant doit donc établir qu'en ce qui le concerne, soit dans la mesure où il a qualité pour recourir, le plan d'affectation est vicié parce que conforme à un plan directeur illégal[27].

On ne saurait objecter que le plan directeur n'est contraignant qu'à l'égard des autorités, et qu'à ce titre, il constitue un acte interne que les particuliers ne peuvent invoquer[28]. Bien au contraire, c'est précisément en tant qu'il a une nature contraignante pour toute instance que sa violation peut être invoquée par les justiciables. Il serait donc erroné d'affirmer qu'il est dépourvu d'effets juridiques sur la situation des tiers: ils sont simplement indirects.

323. Le permis de construire

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le refus ou l'octroi du permis de construire est conçu dans la règle comme l'exécution du plan d'affectation. Contre une telle décision, le recours de droit public n'est dès lors pas recevable, si le grief porte sur la validité du plan. L'application du principe, rigoureuse pour le propriétaire, est tempérée par quelques exceptions. Tout d'abord, il ne vaut pas pour les plans d'une nature générale et abstraite: leur nature analogue à une loi empêche de les considérer comme des décisions que l'autorité de police des constructions «exécuterait»[29]. Il faut réserver deuxièmement les cas où les circonstances se sont modifiées depuis l'entrée en vigueur d'une manière telle que la validité du

[27] En matière de routes nationales, le Tribunal fédéral argumente différemment, il est vrai: s'il a qualité pour recourir (c'est-à-dire si le vice prétendu affecte sa propriété), le propriétaire peut contester la légalité du projet définitif, même si l'acceptation du recours devait conduire à la modification du projet général (ATF 99 Ib 204). Mais il faut expliquer pourquoi ce dernier ne lie pas le juge, couvrant ainsi le vice; ce ne peut être que parce que le juge est aussi compétent – mais à titre préjudiciel uniquement – pour en contrôler la légalité. Cf. sur ce problème également A. KUTTLER, Der Beitrag des Bundesgerichts, p. 184 ss.

[28] Cf. sur ce point ch. 252.

[29] RDAF 1971, p. 277 (Tribunal fédéral).

plan en paraît discutable[30]. Troisièmement, le recours est recevable si les propriétaires concernés n'ont pas été en mesure de protéger leurs intérêts dans la procédure d'adoption du plan, soit que celle-ci n'en confère pas la possibilité, soit que la portée juridique de l'acte ne pouvait être évaluée à ce moment[30]. On notera qu'un nouveau plan est susceptible de recours alors même qu'il ne fait que reprendre le régime institué par le plan antérieur[31]. Ce qui entraîne l'irrecevabilité du recours dirigé contre le refus ou l'octroi du permis de construire, c'est donc bien son caractère de mesure d'exécution d'une décision préalable que l'intéressé a omis d'attaquer à temps. La règle est générale en droit public, et vaut aussi pour le recours administratif et le recours de droit administratif: une mesure d'exécution ne peut être contestée dans une procédure contentieuse que pour ses vices propres[32].

Les exceptions ne se justifient pas toutes par les mêmes motifs. Il convient de s'arrêter séparément à chacune d'elles; on verra qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'exceptions, mais de précisions apportées à la règle. On ne saurait premièrement considérer comme un plan de nature générale et abstraite ceux qui régissent de vastes surfaces et un grand nombre de propriétaires. Ce qui se trouve en cause, c'est la situation personnelle de l'intéressé; de son point de vue, le plan constitue toujours une décision, parce qu'il fixe pour chaque fonds les possibilités d'utilisation[33]; il faut évidemment pour cela que le règlement qui l'accompagne soit immédiatement applicable. Le contrôle préjudiciel du plan est donc exclu. En revanche, lorsque celui-ci contient des dispositions qui doivent être concrétisées par l'autorité, le plan ne faisant que

[30] ATF 90 I 345; 91 I 85; 94 I 341.

[31] ATF 99 Ia 713.

[32] M. Imboden, Festschrift Fritzsche, p. 338, propose de distinguer selon que le plan peut ou non, dans la procédure cantonale, être attaqué à l'égal d'une décision (on peut penser que l'auteur entend par là uniquement un contrôle judiciaire, excluant le système de l'administrateur-juge): dans la négative, le recours au Tribunal fédéral contre la décision sur l'autorisation de construire serait recevable. Cette solution nous semble judicieuse: elle tient compte de la diversité des régimes cantonaux de contrôle administratif.

[33] Cf. ch. 261.

déterminer leur champ d'application territorial[34], le refus ou l'octroi de l'autorisation n'est pas une mesure d'exécution, mais la décision d'application d'une norme; le recours dirigé contre un tel acte administratif, recevable, permet le contrôle préjudiciel de la validité, non du plan, mais du règlement, à moins que l'intéressé conteste, non l'application du règlement, soit l'interprétation d'une norme, mais la fixation de la limite territoriale, soit une décision (prise par le planificateur) d'assujettissement.

La deuxième exception est justifiée par l'apparition, depuis l'adoption du plan, de circonstances nouvelles: le plan est devenu irrégulier. Au lieu de demander un permis de construire, le propriétaire intéressé aurait pu requérir du planificateur un nouvel examen du plan; la requête devrait être prise en considération, et une éventuelle déclaration d'irrecevabilité serait contraire à l'article 4 de la Constitution fédérale. Ce serait la voie normale; mais pratiquement, la demande d'un permis de construire revient au même, ce qui explique la recevabilité du recours contre le refus[35].

La jurisprudence du Tribunal fédéral, du moins à notre connaissance, ne précise pas dans quelles situations la troisième exception serait réalisée. La justification en est claire: le propriétaire intéressé, n'ayant pu recourir contre le plan, doit être recevable à en contester la validité dans le recours dirigé contre une mesure d'exécution. Il reste cependant à déterminer ce que signifie l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé d'attaquer le plan prétendument irrégulier. Il se pourrait tout d'abord que l'acte ne soit pas susceptible de recours; dans cette hypothèse, le plan est nécessairement un acte dépourvu d'effets juridiques directs, n'est donc pas un plan d'affectation au sens précis du terme; et, par conséquent, le refus ou l'octroi du permis ne constitue pas une mesure d'exécution, mais précisément la décision fixant les droits et obligations du propriétaire, et est donc susceptible de recours. Quant à savoir si le juge doit examiner la validité du «plan» ou s'il

[34] Tel est le cas de l'arrêt RDAF 1971, p. 277, cité ci-dessus: le règlement interdisait toute publicité, et la question litigieuse portait sur le caractère publicitaire d'une installation.

[35] Art. 62 LAT; cf. A. KUTTLER, Gedenkschrift Imboden, p. 219.

peut s'en passer, la question dépend du caractère contraignant de l'acte en cause[36]. Seconde hypothèse, le propriétaire n'a pu évaluer la portée juridique du plan. On ne peut utiliser comme critère la nature du plan en fonction des dimensions de la surface qu'il régit: tout plan d'affectation détermine pour chaque fonds un régime juridique propre, quelle que soit la superficie de la zone et le nombre de propriétaires visés, et ce régime peut être précisément déterminé par la lecture de l'acte. On ne peut concevoir non plus un plan qui ne serait pas suffisamment précis: il ne s'agirait pas d'un plan d'affectation, mais d'un acte d'un autre type – par exemple un plan directeur – dont le refus ou l'octroi du permis de construire ne serait pas une mesure d'exécution. Si le propriétaire n'a pas pu évaluer la portée du plan, il ne semble donc pas que cela puisse être imputé à l'acte lui-même. Il resterait les motifs relatifs à sa situation personnelle: il n'a pas eu connaissance du plan, et n'a par conséquent pas pu recourir contre lui. Il va de soi que tel ne sera pas le cas s'il y a eu notification personnelle, ni si l'autorité a procédé valablement à la seule notification par voie édictale; elle peut enfin prouver que, de toute autre manière, le propriétaire était averti de la procédure en cours.

Ce régime n'est applicable que s'agissant d'une autorité compétente pour connaître des recours dirigés aussi bien contre le plan que contre le refus ou l'octroi de permis. Dans l'hypothèse contraire, la question est de savoir si le juge est lié par un plan dont il ne peut connaître directement, non si l'acte attaqué est une simple mesure d'exécution. Elle ne se pose que là où le plan est soustrait à un contrôle juridictionnel direct parce que le législateur cantonal a considéré que la procédure administrative de l'approbation par l'autorité gouvernementale suffisait. Considère-t-on le plan comme une loi, il faudrait qu'une disposition légale le fasse échapper à un contrôle incident. Le plan constitue-t-il plutôt une décision, et en l'absence de prescription contraire, le juge est également compétent; les exceptions bien établies à la règle[37] – en matière de décisions

[36] Non contraignant, il constitue un document de travail de l'administration: c'est un acte interne.

[37] Cf. A. GRISEL, Droit administratif suisse, p.93 ss.

formatrices – ne sont pas applicables ici. Le contenu du plan prétendument vicié n'a donc aucune influence sur la recevabilité du recours contre le refus ou l'octroi du permis de construire; en revanche, il pourra conduire le juge à restreindre son pouvoir d'examen. En outre, seule l'illégalité manifeste sera sanctionnée si l'autorité d'approbation du plan s'est expressément prononcée sur le point litigieux[38]. Que, sur un recours dirigé contre l'approbation gouvernementale, le Tribunal fédéral ait déjà contrôlé la légalité du plan, n'exclut la compétence préjudicielle du juge cantonal qu'en cas d'identité des parties[39]; sinon, en pratique, un simple rappel de l'arrêt fédéral suffira. Le rejet du recours par le juge cantonal ne peut être porté par le propriétaire devant le Tribunal fédéral, puisque le plan lui-même pouvait lui être soumis; en revanche, son admission serait susceptible d'être attaquée par d'autres intéressés[40].

[38] S'agissant d'un point de procédure, le plan devrait d'ailleurs être considéré comme une décision (cf. ch. 261). Il n'y a en outre aucun motif d'assurer ici une protection moins efficace qu'en matière pénale (art. 292 CPS; ATF 98 IV 108). Cf., sur le problème particulier d'un plan de quartier, P. MOOR, RDAF 1976, p. 115. On notera que la possibilité de demander un nouvel examen (cf. ch. 262) limite l'importance de la question (A. KUTTLER, Der Beitrag des Bundesgerichts, p. 187).

[39] F. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, p. 163.

[40] Cette construction paraît complexe. La diversité des contrôles administratifs cantonaux, ou leur absence, ne peut pas ne pas compliquer la procédure fédérale; inversement, celle-ci n'a pas à modifier les règles cantonales.

4. Aménagement du territoire, propriété privée et droit public

41. Aménagement du territoire

411. L'aménagement du territoire comme activité de synthèse et de coordination

Formellement, l'aménagement du territoire est constitué par l'ensemble des activités étatiques ayant trait, directement ou indirectement, à l'utilisation du sol: la gestion par la collectivité publique de l'espace. La nécessité d'une telle politique a surgi dès que la multiplication des utilisations possibles[1] a révélé la rareté du sol. Les conflits et les incompatibilités entre ces utilisations provoquent l'apparition de choix sociaux, économiques et politiques; les options, admises par la collectivité, peuvent être implicites – c'est alors l'arbitrage de la loi du marché. Ou les décisions sont prises expressément, selon les procédures institutionnelles. Même alors, le champ des objectifs possibles est largement ouvert; selon les ordres juridiques, il va, entre deux extrêmes, de la police des constructions traditionnelle à la maîtrise spatiale du développement économique, s'étendant ou non à la protection de l'environnement.

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire se situe à mi-chemin. Débouchant dans son application principalement sur le zonage, elle inclut cependant les équipements collectifs essentiels; par ce moyen, elle fournit les bases nécessaires, mais non suf-

[1] Tant publiques que privées, ces dernières étant souvent d'intérêt général: agriculture (art. 12 LAT; Message LAT, FF 1972 I 1499), logement à loyers modérés (ATF 88 I 248; 99 Ia 612). Cf. Message LAT, FF 1972 I 1479 ss.

fisantes, à une politique de développement régional, sans pour autant intervenir directement dans les mécanismes économiques. Dans la mesure tout au moins où il s'agit de l'eau ou de la vocation réciproque des territoires, elle a aussi pour objet l'environnement. Ses implications ont déjà atteint d'autres mesures législatives; la récente *loi fédérale* du 28 juin 1974 *sur l'aide en matière d'investissements dans les régions de montagne* et celle du 4 octobre 1974 *encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements*[2] se réfèrent à l'aménagement du territoire. Il en ira de même dans d'autres domaines: tourisme, agriculture[3]. Il n'est que de voir les dix-huit dispositions de la Constitution fédérale citées dans le préambule de la loi pour se rendre compte de la portée qu'elle peut avoir.

L'aménagement du territoire dans un régime tel que celui institué par la loi fédérale peut être conçu comme la synthèse des objectifs et la coordination des mesures propres à les réaliser[4]. En fait, elle ne confère que fort peu de nouvelles attributions à l'Etat; la plupart des pouvoirs qu'elle prévoit existaient déjà antérieurement[5]. Sa nouveauté réside en ce qu'elle regroupe ce qui était épars. C'est par là qu'elle peut atteindre son but propre, qui est d'abord formel: donner à la collectivité les institutions adéquates à la définition d'une politique de l'espace et à la planification des attributions étatiques à pertinence spatiale déjà existantes.

Cette conception de l'aménagement du territoire a des conséquences matérielles évidentes, que l'on aimerait souligner dans deux directions.

[2] Art. 6, 12 de la loi fédérale sur l'aide en matière d'investissements dans les régions de montagne (LIM) (Message LIM, FF 1973 I 1529, 1541 ss); art. 3 de la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (LLog) (Message LLog, FF 1973 II 666 ss).

[3] Cf. art. 45 I LAT et ch. 431, n. 39 et 40.

[4] Aux trois niveaux, fédéral, cantonal et communal.

[5] Soit dans le droit fédéral, soit dans les droits cantonal et communal. Cf. P. ROSENSTOCK, RDS 1970, p. 173 ss.

412. L'espace comme donnée concrète

Le droit n'a longtemps traité l'espace que comme une donnée purement abstraite, le divisant en une quantité indéfinie de droits de nature identique[6]. Le droit de propriété est le même, quel que soit son objet; c'est pourquoi il porte simplement sur une surface géométrique. En d'autres mots, le sol est une marchandise comme toute autre – ce qui n'a pas constitué en toute époque une évidence. Les caractéristiques propres de chaque fonds ne rejaillissent dans ces conditions que sur l'aspect économique de la propriété – soit sur son prix[7]; le droit peut les ignorer.

Que le sol n'est pas une marchandise – même pas une marchandise ordinaire –, découle de ce qu'il n'est pas indéfiniment reproductible – si on nous permet cette lapalissade. Et cette constatation vaut non seulement sous l'angle de la quantité – l'espace disponible ne peut être étendu –, mais aussi sous celui de la qualité. Chaque espace a ses caractéristiques propres, ses potentialités particulières. Cette prise de conscience va de pair avec celle de la rareté du sol: l'espace devient une donnée concrète. Il est déterminé non seulement en fonction de ses qualités intrinsèques (fertilité, beauté, etc.) et de sa situation (proximité d'une agglomération, d'une voie de transport, etc.), mais aussi en fonction de besoins sociaux (agriculture, habitat, industrie, etc.). L'aménagement du territoire est alors nécessairement la gestion de l'espace, non en tant que stock, mais en tant qu'un ensemble de différences concrètes qu'il faut en même temps utiliser et respecter. Et la détermination des utilisations possibles doit passer par la synthèse des objectifs que le sol permet d'atteindre dans sa totalité et dans ses différences.

[6] Par «longtemps», on entend un siècle (l'histoire est moins longue pour le droit public que pour le droit privé); cf. un bref historique chez A. Meier-Hayoz, RNRF 1964, p. 5 ss, sous le titre de «commercialisation croissante du sol», qualification proche de la nôtre: la commercialisation transforme les choses en marchandises, dont la qualité essentielle est le prix – donnée abstraite –, lequel permet la généralisation des échanges; cf. note suivante.

[7] Le prix constitue une donnée abstraite, tout comme la surface, parce qu'il assure la convertibilité de toutes les caractéristiques propres en une seule échelle de valeur, l'argent.

413. La chronologie

Si l'espace, concret, fait l'objet de politiques, puis de mesures différenciées, appropriées à des qualités et à un environnement déterminés, il en va ainsi aussi du temps. Dans l'application du droit, la dimension temporelle joue un rôle réduit, dont certaines règles de procédure permettent de tenir compte. Mais pour l'essentiel, le droit apparaît dans le rapport entre la loi et la décision, qui est de nature logique, pour lequel la chronologie n'a donc pas d'importance. Parce qu'il s'agit d'une planification, la situation n'est plus la même dans l'aménagement du territoire. L'aménagement du territoire est, sous cet angle, un ensemble de mesures, prises dans des domaines très divers et à des moments différents; le déroulement des procédures, leur concordance, l'opportunité des interventions les unes par rapport aux autres[8] jouent dès lors un rôle déterminant. Du point de vue du processus de décision, il y a un cheminement, parfois même une convergence de cheminements: *à partir d'un certain moment,* la décision est matériellement prise, même si elle ne l'est pas juridiquement. De là vient l'importance de la chronologie de la procédure; les phases où s'intercalent les pouvoirs de participation et de contrôle doivent être placées avant que les situations ne deviennent acquises[9]. Or, en règle générale, les interventions pour lesquelles la qualité requise dépend spécifiquement de l'existence d'un droit de propriété ne sont possibles qu'après: ce sont les procédures de contrôle juridictionnel. Avant, c'est-à-dire dans les procédures administratives ou politiques, elles sont par définition plus largement ouvertes.

[8] Notamment dans la planification financière. De toute manière, le plan directeur doit contenir un programme de réalisation (art. 7 II LAT; cf. P. ROSENSTOCK, RDS 1970, p. 183); de même un plan d'affectation (cf. art. 28 I LAT).

[9] Cf. P. ROSENSTOCK, ZBl 1973, p. 106; P. MOOR, RDS 1976, p. 161 ss, 173.

42. Propriété privée

421. La propriété privée comme limite à l'aménagement du territoire

On a dit que l'aménagement du territoire visait un espace concret; c'est la propriété concrète qui est l'objet (parmi d'autres) de la planification spatiale, non la propriété-marchandise. Il faut en distinguer la garantie de la propriété; la propriété est prise alors au sens d'une institution juridique, non à celui d'une réalité topographique ou d'un droit privé abstrait.

Cette institution n'est pas l'objet des mesures d'aménagement du territoire, mais l'un des éléments du système socio-juridique dans lequel la planification doit s'intégrer. Au même titre, l'aménagement du territoire doit tenir compte d'autres éléments institutionnels: le fédéralisme, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'établissement. On peut leur opposer les éléments matériels: naturels (le relief, les richesses du sous-sol, etc.), économiques (la productivité agricole, le prix du sol, etc.), sociaux (l'évolution démographique, etc.). Ces éléments[10] s'imposent au planificateur, et on pourrait parler de contraintes. La garantie de la propriété exprime l'une d'entre elles; elle constitue une limite aux activités planificatrices de la collectivité.

Cette limite est double. Elle est d'abord celle de la permanence de l'institution: la garantie objective de la propriété. En vertu de la Constitution, l'aménagiste ne peut pas plus rayer de la carte la propriété privée du sol qu'un élément de la topographie. La limite est aussi celle de la permanence des droits du propriétaire: la garantie subjective de la propriété. Mais la permanence n'est ici que relative. Le droit de propriété en tant qu'institution permet à chaque titulaire d'exercer un certain pouvoir sur sa chose: d'en déterminer l'utilisation. L'aménagiste, lui, détermine dans le cadre des institutions politiques les implications sociales, économiques et naturelles de l'espace concret. L'ordre juridique pose les règles nécessaires à la solution des conflits créés par ces deux pouvoirs

[10] Cf. Message LAT, FF 1972 I 1468.

antagonistes. Le principe de la légalité exige la validité du fonctionnement des institutions politiques – législatives et administratives – auxquelles l'aménagiste doit avoir recours. Au niveau des objectifs et des moyens utilisés, les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité définissent la situation d'équilibre entre la faculté d'initiative découlant du droit de propriété et les besoins sociaux représentés par la collectivité; équilibre variable en fonction des caractéristiques propres de l'espace concret. Enfin, si une mesure d'aménagement aboutit à priver de tout intérêt réel l'exercice sur un fonds déterminé du droit de propriété, celui-ci se transforme en une garantie de valeur, c'est-à-dire en une prétention pécuniaire contre la collectivité.

La conception de la garantie de la propriété en tant que l'une des limites à la politique de planification spatiale s'oppose à ce que l'aménagement du territoire puisse se définir simplement par l'ensemble des restrictions à la propriété. Elles n'expriment en effet que ce que l'aménagiste ne peut pas faire sous l'angle spécifique des charges qu'il voudrait imposer au droit de propriété.

422. La propriété privée comme objet de l'aménagement du territoire

Mais la propriété est aussi objet de l'aménagement du territoire[11]; non en tant que droit, dans sa dimension abstraite, mais dans sa situation et ses caractéristiques concrètes. Elle l'est d'autant de manières que la planification spatiale a de moyens différents à sa disposition.

La réglementation directe de la propriété constitue le domaine des restrictions à la propriété: l'utilisation du sol est juridiquement

[11] Elle peut être l'objet d'autres politiques. Ainsi la politique sociale: cf. la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements; on peut citer aussi les interdictions de démolir reposant sur de semblables considérations (ATF 89 I 460; 99 Ia 37). En matière économique, cf. art. 218 CO. L'arrêté fédéral du 23 mars 1961, etc., sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger mérite également une référence (pour l'aménagement du territoire, cf. art. 6 II a ch. 3).

définie, imposant au propriétaire des charges, lui conférant des facultés, bref fixant sa situation juridique sous l'angle du droit public. Les restrictions les plus importantes portent sur une interdiction; zonage, distance aux limites, taux d'occupation ou d'utilisation, police des constructions, rentrent dans cette catégorie. Les obligations de tolérer mises à la charge de la propriété sont plus rares, et souvent de peu d'importance[12]. Il ne faut faire d'exceptions qu'en ce qui concerne les modes d'acquisition forcée, parmi lesquels la classique expropriation formelle ne justifie qu'une mention. Le développement de droits de préemption légaux serait en revanche une nouveauté; en droit positif suisse, l'institution s'est surtout implantée dans deux matières. D'une part, beaucoup de législations sur la protection des sites l'ont prévue quant aux fonds classés. Il n'est d'autre part pas constitutionnellement ni pratiquement exclu qu'elle puisse être introduite pour la construction d'habitations à loyers modérés[13]. On citera pour mémoire les droits de préemption de la législation agricole, dont ne sont cependant titulaires que des particuliers[14].

Les obligations de faire n'ont connu pour l'heure qu'un développement restreint[15]. On peut mettre à part celles qui découlent, dans la jurisprudence actuelle, des règles du droit de police, notamment du principe du «perturbateur»: ainsi de l'obligation

[12] Cf. par exemple ATF 96 I 98 (art. 699 CCS); 100 Ia 336 (perte d'ensoleillement); ZBl 1971, p. 364 (Berne; éclairage public). On peut classer ici les remaniements parcellaires (cf. par exemple ATF 100 Ia 226) et la réglementation forestière (qui comprend d'ailleurs aussi des obligations de faire; cf. M. Hofmann, p. 49).

[13] Cf. ATF 88 I 248. Sur le droit d'emption ou de préemption légal de la collectivité, cf. A. Kuttler, RDS 1964, p. 235 ss.

[14] *Loi fédérale* du 12 juin 1951 *sur le maintien de la propriété foncière rurale,* art. 6 ss. Sur le projet de révision de cette loi de 1963, qui réservait l'acquisition des fonds en région agricole à ceux qui l'exploiteraient immédiatement, cf. notamment J.-F. Aubert, RDS 1964, p. 22 ss (littérature citée).

[15] Leur développement serait d'ailleurs celui qui diminuerait le plus fortement l'importance de l'institution de la propriété en tant que droit de participation: la contrainte positive supprime l'initiative du propriétaire. Cf. M. Hofmann, p. 55, 135 ss, 142 ss, qui propose pour cette raison une révision de l'article 22ter de la Constitution fédérale (p. 143).

de clôturer une gravière[16]. L'obligation d'utiliser un fonds conformément à son affectation n'est prévue que dans le cadre restreint de l'article 35 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, qui l'entoure de cautèles exigeantes[17]. En outre, une obligation positive peut être liée, en tant que charge, à des avantages accordés par l'Etat[18]. La collectivité peut de même subordonner le classement d'une zone à des modes d'utilisation déterminés par d'autres considérations que la répartition des affectations: ainsi la politique sociale peut-elle justifier l'obligation de construire dans certaines zones des habitations à loyers modérés[19]. Il convient enfin de mentionner les obligations de nature fiscale, mais qui tendent en réalité à atteindre un but d'aménagement du territoire: assurer la mobilité du marché immobilier – le prélèvement de la taxe d'équipement dans le système de la loi fédérale et celui de la contribution de plus-value de planification dans le projet du Conseil fédéral[20].

[16] ATF 91 I 144; cf. ATF 92 I 42; 97 I 797 (construction de places de parc par le propriétaire).

[17] Message LAT, FF 1972 I 1484, 1509; cf. déjà J.-F. AUBERT, RDS 1964, p.46 ss; cf. aussi art.9 LLog. Il faut distinguer de cette obligation celle de n'utiliser le fonds que selon son affectation, qui crée une interdiction; la distinction est parfois théorique: ainsi du «zonage» horizontal, soit la réglementation des affectations selon les étages des constructions (M. HOFMANN, p.42 ss).

[18] Ainsi en relation avec l'octroi d'une autorisation exceptionnelle ou l'adoption d'un plan de quartier, le propriétaire (promoteur) doit installer certains équipements collectifs. Non seulement le principe de proportionnalité doit être respecté, mais encore la charge doit être de par son objet en rapport avec l'acte dont elle constitue un accessoire (ATF 99 Ia 484); il faut en outre une base légale, si elle n'est pas liée à une autorisation exceptionnelle ou à des avantages que la collectivité n'est pas tenue d'accorder (cf. ATF 93 I 518). Cf. M. HOFMANN, p.3 ss.

[19] ATF 88 I 248; 98 Ia 199; 99 Ia 612. On peut citer, en matière économique, ATF 98 Ia 589.

[20] Art.28 LAT (Message LAT, FF 1972 I 1483 ss); art.45 du projet (FF 1972 I 1482, 1510, 1534); cf. A. KUTTLER/A. ZAUGG, p.252 ss; P. MEYER, p.7; A. ZAUGG, p.229. Le but non fiscal d'une mesure fiscale explique la difficulté qu'il y a à la classer: cf. notamment F. ZUPPINGER, ZBl 1974, p.201 ss, et ASA 43, 1974, p.81 ss.

En tant qu'objet de l'aménagement du territoire, la propriété ne subit pas seulement des restrictions. Elle est également mise en valeur. La délimitation réciproque et la répartition des zones, l'équipement, permettent la réalisation judicieuse de la valeur[21] des immeubles; il en va de même de l'instauration de territoires agricoles.

Enfin, l'aménagement du territoire peut affecter la propriété sans toucher la situation juridique du propriétaire, que cela soit restrictivement ou positivement. Les éléments d'infrastructure en sont l'exemple le plus marquant. Mais il est évident aussi que la réglementation des zones limitrophes, ou même simplement voisines influera également sur la valeur du sol. Il en ira de même, mais à un niveau différent, de la politique de développement régional, de l'établissement de zones industrielles attractives: de telles mesures se répercuteront sur le marché immobilier.

423. La propriété privée comme droit de participation

On remarquera que le régime de la propriété définie comme objet de l'aménagement du territoire n'intéresse pas seulement le propriétaire. Certes, celui-ci reste directement concerné, soit dans l'utilisation qu'il entend faire de son fonds à des fins personnelles, soit dans la valeur du capital qu'il détient; il conserve d'ailleurs la faculté de disposer de son droit et, dans une mesure restreinte, de son utilisation. Mais l'espace, devant satisfaire des besoins sociaux primordiaux, devient également affaire de la collectivité; ses affectations sont décidées dans des procédures de droit public, auxquelles dès lors tout citoyen est intéressé et peut participer. L'utilisation du sol est partiellement collectivisée, aussi bien au niveau du droit matériel que du droit formel. La délimitation des territoires et des zones, en particulier le contingentement des terrains constructibles en fonction du développement démographique, transfèrent à la collectivité le pouvoir de décision sur les affectations globales; l'équipement, qui constitue une condition néces-

[21] Non de leur prix, mais de leur utilité.

saire de la construction, dépend également des pouvoirs publics[22]. La collectivisation se marque aussi par les finalités: «l'aménagement du territoire doit protéger les bases naturelles de la vie humaine ... créer les conditions d'espace favorables à l'épanouissement de la vie personnelle, sociale et économique»[23]. Matériellement, le statut du sol n'est donc pas seulement celui du droit de propriété, mais aussi celui d'un «droit social»[24] appartenant à tout membre de la collectivité. Ce dédoublement trouve sa correspondance dans le droit formel des procédures. Les administrés doivent pouvoir participer aux prises de décision déjà[25] à une phase où les situations juridiques individuelles ne sont pas encore en cause, et dans laquelle, par conséquent, la qualité pour intervenir ne peut dépendre de la titularité d'un droit de propriété. L'aménagement du territoire tel qu'il est conçu en Suisse repose donc sur le postulat de la possibilité d'un équilibre entre le droit de propriété et le droit, social, de l'espace.

Cet équilibre implique un affaiblissement de la position juridique et des pouvoirs du propriétaire. Comme toute liberté publique, la garantie de la propriété confère un droit de participation au fonctionnement, soit des institutions politiques, soit des mécanismes socio-économiques[26]. On pourrait d'ailleurs contester qu'il s'agisse d'un affaiblissement réel de la propriété privée. Car l'Etat n'intervient dans le domaine immobilier que pour remédier aux inconvénients que peut présenter ici l'économie libérale. La position du propriétaire face à l'Etat ne perd de son efficacité que parce que ce dernier intervient aujourd'hui dans ce domaine plus que par le passé. Mais il est loin d'être certain que le particulier ait à l'endroit d'une réglementation étatique moins de pouvoirs qu'à celui des «lois» du marché, du moins si l'on excepte ceux qui découlent des ressources financières.

[22] Art. 11, 26, 28 LAT.

[23] Art. 1 III *a* et *b* LAT.

[24] Cf. ch. 433.

[25] Si l'on veut intégrer l'aménagement du territoire dans un régime démocratique, et si l'intervention doit se faire suffisamment tôt pour être efficace.

[26] Cf. ch. 131, n. 15: garantie de l'initiative et de la responsabilité individuelle.

Mais il reste qu'au niveau global, non à celui du propriétaire individuel ou de qui désirerait le devenir, la disposition des affectations du sol ne dépend plus directement du seul fonctionnement de mécanismes économiques: les équilibres ne résultent plus de l'interaction d'une multiplicité non coordonnée d'initiatives particulières. La collectivité prend le relais, et les lois du marché détermineront, non les affectations, mais les décisions étatiques concernant les affectations[27]. La participation des acteurs du jeu économique, qui d'ailleurs ici découle plus de la constitution économique et, plus particulièrement de la liberté du commerce et de l'industrie, que de la garantie de la propriété, est donc effectivement réduite. Que l'intervention étatique soit due à ce que la collectivité estime être un dysfonctionnement, et que par conséquent, comme en d'autres domaines, elle tende à rétablir des conditions normales d'utilisation du sol, tant au niveau général qu'individuel, n'enlève évidemment rien à cette constatation: il y a un transfert partiel de responsabilité du plan social[28] au plan politique. Savoir si ce que les uns portent à l'actif de ce transfert contrebalance ce que les autres portent à son passif, est une question politique que le juriste ne peut trancher comme tel.

On peut cependant mettre en lumière un élément important, dont il a déjà été question. La garantie de la propriété confère aussi un droit de participation de nature formelle, soit celui d'intervenir dans les processus d'élaboration et de contrôle des décisions étatiques concernant les affectations du sol. Tant le développement d'un «droit social» de l'espace que le transfert à l'Etat de la responsabilité de l'aménagement du territoire impliquent nécessairement, dans l'Etat de droit démocratique qu'est la Suisse, un élargissement des procédures d'intervention des administrés et des critères régissant la qualité requise pour y participer. L'institution du plan d'affectation et sa mise à l'enquête est d'ailleurs déjà à cet égard une tradition en droit suisse, que la loi fédérale ne fait que

[27] Cf. les remarques de A. Meier-Hayoz, Kommentar, p. 122 ss; P. Rosenstock, RDS 1970, p. 171 ss.

[28] Si on peut parler de «responsabilité» sociale.

continuer pour les plans directeurs. Ces procédures, dont la nature se rapproche de celle de l'action populaire, diminuent proportionnellement, par l'importance qu'elles prennent et la place qu'elles donnent à n'importe quel administré, la part que prend le propriétaire dans l'élaboration des décisions. Pour le contrôle, la recevabilité de recours intentés par des associations locales contre l'octroi d'autorisations de construire va dans le même sens[29]. Mais d'autres procédures de participation, peut-être même informelles, devraient être instituées, permettant assez tôt dans le processus de décisions l'intervention de tout intéressé[30].

43. Droit public

431. L'administration de planification

Un des objectifs parallèles qui sous-tend la loi fédérale sur l'aménagement du territoire est l'action sur le marché du logement[31]. C'est d'un ensemble de mesures législatives et administratives que les pouvoirs publics disposent. Ils peuvent tout d'abord agir sur le marché immobilier. La collectivité doit équiper en fonction des besoins des zones à bâtir; un remaniement parcellaire peut mettre sur le marché des terrains judicieusement constructibles; un frein est mis à la thésaurisation du sol; l'évolution des prix est surveillée. L'action porte donc ici sur l'offre et la demande de parcelles[32]. Mais elle portera aussi sur la rationalisation de la construction,

[29] P.B. LEUTENEGGER, p.345 ss, 357 (locataires), 347 et 368 (associations). On relèvera ici que la définition que donne l'article 61 LAT aligne le régime de la qualité pour recourir devant toute instance sur celui de l'article 103 OJF: solution théoriquement et pratiquement satisfaisante (M. BASCHUNG/R. STUEDELI, p.129 ss: sur sa constitutionnalité, cf. J.-F. AUBERT/R.L. JAGMETTI, WuR 1971, p.193 ss).

[30] J.P. MÜLLER, p.798 ss; P. MOOR, RDS 1976, p.162 ss, 173.

[31] Cf. Message du Conseil fédéral concernant l'insertion dans la Constitution fédérale d'un nouvel article 34sexies, etc., FF 1971 I 1694 ss.

[32] Cf. art.28, 34, 35, 37, 52 LAT (Message LAT, FF 1972 I 1480 ss); art.7 LLog (Message LLog, FF 1973 II 675, 677, 681 ss).

aussi bien sous l'angle de l'harmonisation des règles de police que sous celui de la normalisation et de la standardisation des éléments de construction[33]. Ensuite, les efforts de la collectivité viseront les coûts externes. Le zonage et les prescriptions relatives à l'équipement élimineront la construction dispersée; la non-utilisation de terrains équipés pourra être frappée par l'expropriation[34]. Enfin, des mesures de crédit stimuleront l'initiative privée[35]. C'est donc bien un ensemble d'activités étatiques qui est en jeu. Une ou plusieurs lois définissent un objectif et confèrent à l'administration une série de moyens qui permettront de le réaliser. Une analyse identique peut être faite dans d'autres domaines. L'une des conceptions directrices consiste à «promouvoir l'équilibre entre les régions rurales et urbaines, entre celles qui sont économiquement faibles et celles dont l'économie est développée». Des mesures de compensation seront prises par le législateur[36]. Déjà la *loi fédérale* du 28 juin 1974 *sur l'aide en matière d'investissements dans les régions de montagne* cherche à réaliser cet objectif[37]. Un projet de loi *encourageant l'octroi de cautionnements dans les régions de montagne* va dans le même sens[38]. On connaît par ailleurs les dispositions qui peuvent être prises sur la base de la législation agricole[39] et les efforts des pouvoirs publics en matière de tourisme[40], de transports publics[41]. De telles politiques, de tels en-

[33] Cf. art.24 LAT (Message LAT, FF 1972 I 1505); art.28 ss LLog (Message LLog, FF 1973 II 688 ss).

[34] Cf. art.26 LAT (Message LAT, FF 1972 I 1485); art.4 ss LLog (Message LLog, FF 1973 II 675).

[35] Cf. art.12 ss, 21 ss, 35 ss; diverses législations cantonales prévoient également des mesures d'aide.

[36] Art.1 II *e*, 45 LAT (Message LAT, FF 1972 I 1479, 1486 ss).

[37] Art.6, 12 LIM (Message LIM, FF 1973 I 1541).

[38] Cf. le Message du Conseil fédéral, FF 1975 II 1337.

[39] Message LIM, FF 1973 I 1538, 1558.

[40] Cf. Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'encouragement du crédit à l'hôtellerie et aux stations de villégiature, FF 1974 I 1363.

[41] Cf. Message du Conseil fédéral relatif à un crédit de programme visant à assurer le développement des entreprises de transport concessionnaires, FF 1975 II 1464.

sembles sont fondés sur des conceptions directrices, parfois simple document de travail administratif, souvent texte législatif. Elles visent à permettre la synthèse d'objectifs qui sont, dans la plupart des cas, sinon contradictoires, du moins divergents, et à assurer la coordination de tous les moyens, directs ou indirects, qui sont de nature à réaliser la politique définie. Une telle administration, qu'on appellera administration de planification, caractérise de plus en plus l'Etat, et par voie de conséquence, le droit public. C'est dans ce sens qu'on a parlé dans l'introduction d'un déplacement de structure: les libertés publiques ne sont plus à elles seules l'élément central du système du droit public.

Il est vrai qu'envisagées isolément, les diverses activités publiques ne présentent qualitativement aucune nouveauté; la différence ne réside de ce point de vue que dans l'augmentation quantitative des attributions, d'ailleurs souvent surévaluée. Elles peuvent donc toujours s'analyser dans les termes de l'administration de prestation. Mais précisément cette analyse ne rendrait qu'insuffisamment compte de la réalité administrative. L'administration de prestation se résout en prestations individuelles faites en application de la loi topique; elle donne naissance à des droits subjectifs spécifiques[42], institués par le législateur, dans des domaines relativement indépendants les uns des autres. Ce que l'on a au contraire voulu mettre en évidence dans l'aménagement du territoire[43], c'est la nécessité pour la collectivité de relier entre elles ses diverses attributions et de les exercer les unes en fonction des autres, dans l'ensemble cohérent d'une politique globale. L'évolution ne peut pas être sans conséquences sur la systématique du droit public, conséquences d'ailleurs bien connues et que l'on ne fera donc pour l'essentiel que mentionner.

[42] Les droits sociaux, conçus comme des droits subjectifs, sur le modèle des droits constitutionnels dans l'administration de police.

[43] Le même phénomène se retrouve dans tous les domaines où la collectivité est chargée de satisfaire un ensemble de besoins par la combinaison de plusieurs moyens; ainsi en matière économique, mais aussi dans la politique sociale; cf. J.P. MÜLLER, p.786, 788 ss.

432. La séparation des pouvoirs

Il y a tout d'abord le déclin de l'institution de la séparation des pouvoirs et de son application aux formes des activités étatiques, la loi et la décision. La part créative de l'activité de l'administration croît de plus en plus[44]. Il ne s'agit pas ici seulement du fait que les initiatives législatives émanent souvent du gouvernement; on peut peut-être cependant relever à ce sujet qu'il est imputable moins à la surcharge parlementaire qu'au rôle même de l'administration: par son initiative, l'administration marque l'existence d'une lacune, qu'elle est le mieux à même de percevoir, précisément parce qu'elle agit et que les «pièces manquantes» se révèlent dans l'action. Mais c'est surtout le mode des interventions étatiques qui implique une créativité croissante de l'administration, et par conséquent une liberté d'initiative toujours plus importante. Intervenant pour satisfaire des besoins globaux – le logement, le développement économique régional – par des mesures aux conséquences multiples, l'administration doit pouvoir pondérer les objectifs, proportionner les moyens, faire entrer en considération les effets secondaires[45]. Si elle veut ménager à l'exécutif une telle marge d'autonomie, la loi ne peut faire autre chose que de définir cet ensemble d'objectifs et de moyens entre lesquels il aura à choisir.

433. Libertés publiques et droits sociaux

Face à une telle extension des attributions étatiques et à leur mode d'exercice, le champ des libertés publiques ne reste pas invariable. Il est vrai que, pour beaucoup d'entre elles, leur portée absolue, c'est-à-dire le contenu de leur garantie, ne s'est pas modifiée; souvent elle doit même augmenter pour ne pas laisser le citoyen impuissant face à l'appareil étatique: ainsi les libertés idéales[46].

[44] Cf. J.P. MÜLLER, p.800 ss.

[45] Exemple qui s'est réalisé deux (trois?) fois, mais en sens opposé: les effets de politique conjoncturelle.

[46] Cf. A. GRISEL, ZBl 1971, p.225; J.P. MÜLLER, p.810. Les libertés idéales garantissent notamment le droit à la discussion et à la critique, sans lesquelles

Pour d'autres en revanche – et ce sont là les libertés économiques – la part effective d'initiative individuelle qui peut se déployer librement dans le domaine qu'elles recouvrent a singulièrement rétréci. Les activités de prestation et de planification de l'Etat ont limité l'autonomie des titulaires de ces libertés pour satisfaire d'autres intérêts publics.

Mais un phénomène peut-être plus important réside dans la diminution de la portée relative des libertés publiques. Elles ne constituent plus à elles seules la structure centrale des institutions politiques et juridiques. L'interventionnisme de l'Etat – l'ensemble, si l'on veut, de ses prestations, positives et négatives, à la collectivité – a une position au moins aussi centrale. Il n'est plus conçu négativement par rapport aux libertés publiques, qui en constitueraient le critère de validité, mais au contraire, positivement, en fonction d'autres intérêts; les libertés publiques ne forment alors qu'une limite et garantissent aux citoyens, ou à certaines catégories de citoyens, un droit de participation (formel ou matériel)[47].

Leur portée peut cependant être envisagée plus largement. Une autre fonction apparaît ainsi dans toutes les mesures par lesquelles l'Etat cherche à les mettre en valeur, soit en en rétablissant les conditions d'exercice que l'évolution sociale et économique avait perturbées, soit en tendant à en élargir l'accès[48]. La propriété foncière en est aujourd'hui l'exemple topique. Le zonage, l'équipement, les améliorations foncières permettent l'utilisation la plus rationnelle du sol, et cela même au niveau individuel, à la condition évidemment que le propriétaire désire faire produire à son immeuble ce à quoi celui-ci est affecté. D'un autre côté, on connaît les mesures fédérales tendant à faciliter l'accès des particuliers à la propriété privée: l'institution est alors protégée par une sorte de «démocrati-

la participation aux procédures politiques et administratives deviendrait inefficace.

[47] Sans doute la même évolution caractérise-t-elle le droit régissant l'économie: cf. F. GYGI, RDS 1970, p. 360 ss.

[48] Cette «mise en valeur» est souvent déduite d'une fonction institutionnelle des libertés publiques; cf. J.P. MÜLLER, p. 812 ss; P. SALADIN, p. 309 ss. Cf. plus bas n. 51.

sation»[49]. Dans la même ligne s'inscrivent les efforts visant à personnaliser la propriété: elle n'est plus conçue, dans cette doctrine, comme le simple signe d'un certain pouvoir économique, mais comme le lieu d'un déploiement de la personne[50]. Elle se justifie par l'emploi qui en est fait. Le pas est alors vite franchi vers une limitation des acquisitions immobilières en fonction des besoins personnels, familiaux ou économiques. En réalité, un tel régime transformerait la garantie de la propriété d'une liberté publique en un droit social: il y aurait un droit à la propriété comme on imagine un droit au logement. De toute manière, l'idée de la mise en valeur ne rétablit que partiellement la place centrale des droits constitutionnels. Elle dépend en effet essentiellement des investissements étatiques; elle ne constitue que l'un des objectifs qui sont assignés à la politique spatiale et à la politique économique, dont elle partage les vicissitudes. Elle est l'un des éléments sur lesquels peut porter l'activité créatrice de l'Etat: cela en montre les limites. En effet, en grande partie, celle-ci est destinée à répondre aux besoins de ceux qui précisément ne sont pas titulaires de la liberté publique concernée: les habitants, et non pas les propriétaires.

[49] Cf. Message LLog, FF 1973 II 730.

[50] Cf. A. Meier-Hayoz, RNRF 1964, p.22 ss, et Festgabe Oftinger, p.171, 183 ss; M. Lendi, Der Funktionswandel, p.13; P. Saladin, p.392 (sur les conséquences de l'évolution socio-économique de la propriété sur son fondement dogmatique), p.399 ss, 458 ss (sur la propriété – notamment –, dans une perspective chrétienne; cf. aussi p.291). Cette conception intègre dans l'institution de la propriété le fondement des restrictions qui y sont apportées par l'ordre juridique. On peut douter du réalisme d'une telle «démocratisation». Il est exclu que chaque Suisse, conformément aux vœux de C.G. Jung (cité par A. Meier-Hayoz, RNRF 1964, p.23/24, n.48), habite sa propre maison familiale (sur l'exiguïté du territoire suisse, cf., dans un autre contexte, le Message du Conseil fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, FF 1972 II 1246); il est loin d'être certain que, sous cet angle, la propriété par étage ait atteint son but, victime qu'elle a été aussi d'investissements spéculatifs (cf. une allusion discrète, Message LLog, FF 1973 II 730); favoriser enfin l'implantation de résidences secondaires (cf. cependant Message LIM, FF 1973 I 1538 ss) paraît peu souhaitable, aussi bien du point de vue de la rareté du sol que de la protection des sites touristiques.

Une autre réactualisation des droits constitutionnels a été cherchée dans les droits sociaux[51]: droit au logement, drot à l'environnement, dans le domaine de l'aménagement du territoire. Conçu sur le même modèle d'une prestation exigible de l'Etat, le droit social constitue également une idée partielle. Comme tout droit subjectif, il ne peut être institué que là où la prestation à quoi il tend est de nature simple: soit une prestation négative – une abstention, ainsi pour les libertés publiques –, soit une prestation pécuniaire, ou du moins convertible en argent[52]. Mais là où, répondant à un ensemble différencié de besoins, la prestation étatique est nécessairement complexe, le «droit» social ne peut former un droit subjectif. Or, dans la planification spatiale, qu'il s'agisse de la position d'un propriétaire face aux mesures de zonage, d'infrastructure, d'équipement, ou de celle de n'importe quel habitant, la «prestation» de l'Etat est en réalité un complexe de prestations, qui résultent par un développement créateur de la coordination d'une série d'attributions diverses.

De manière générale, la fonction créatrice de l'administration suppose un amoindrissement des positions juridiques matérielles préexistantes. Elle est, non déclarative, mais constitutive de droits ou de facultés, d'obligations ou de charges. Là où ses attributions

[51] On ne s'arrêtera évidemment pas ici sur la problématique des droits sociaux, ni sur celle de la «mise en valeur» des libertés publiques. La doctrine ramène souvent l'ensemble des problèmes posés à une fonction institutionnelle des droits constitutionnels (cf. J.P. MÜLLER, p.812 ss; P. SALADIN, p.309 ss). On peut se demander si accorder une portée aussi large aux droits constitutionnels forme une analyse du fonctionnement du système juridique, ou ne relève pas plutôt d'une philosophie de l'Etat: à savoir un postulat sur sa finalité. Il est certain que la «dignité de la personne» se retrouve aussi bien à la base des libertés publiques qu'à celle des prestations étatiques. Mais il semblerait préférable alors de partir de l'analyse de la constitution économique (au sens de *Wirtschaftsverfassung)* et sociale où s'intègrent, à des titres et selon des modalités divers, les libertés publiques en même temps que toute autre intervention étatique.

[52] Cf. J.P. MÜLLER, p.871. On notera que c'est là la règle en droit privé, ce qui explique pourquoi le droit subjectif peut être un concept clair en droit privé, mais non en droit public.

ne s'épuisent pas par des actes matériels, l'administration définit les positions juridiques individuelles elle-même, soit par voie de décisions, soit par les règlements qu'elle édicte dans le cadre légal, le plus souvent dans des procédures complexes. Le droit d'origine législative pose moins de règles de droit qu'il n'établit des valeurs, des objectifs, des catalogues de moyens; la sécurité du droit, sa prévisibilité, en sont diminuées d'autant. La position juridique du propriétaire dans l'aménagement du territoire le montre: le contenu de la propriété découle essentiellement de la planification spatiale, non plus de la garantie constitutionnelle, qui, «restreignant» les restrictions de droit public, le laissait à la libre disposition de l'administré. On comprend dès lors le développement de ces principes généraux de l'activité administrative qui la limitent sans la définir: ceux de l'intérêt public et de la proportionnalité. On comprend aussi la nécessité de renforcer les positions juridiques formelles: le déficit matériel doit être compensé par l'ouverture et la publicité de l'administration, par la participation effective des administrés au processus de prise de décisions, par l'institution de mécanismes de contrôle efficaces.

Le droit public qui régit l'aménagement du territoire ne peut plus être seulement le droit – que nous dirions le droit du juge – des libertés publiques et du principe de la réserve de la loi, droit en quelque sorte négatif parce que, à l'égard du pouvoir exécutif, il a pour fonction d'interdire. Il doit être aussi le droit de l'administration, droit positif parce qu'il a pour fonction d'organiser et d'agir.

Bibliographie

Dans les notes du rapport, la référence est au nom de l'auteur; s'il y a risque de confusion, il y a mention, en outre, soit du titre, soit du nom de la revue ou de l'ouvrage collectif dans lequel la contribution citée a paru.

Les abréviations sont usuelles.

ALBISETTI, MARCO. Das Planungsrecht des bernischen Baugesetzes, in: RSJB 110, 1974, p. 346–364.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. Du renchérissement foncier et de certaines questions qu'il pose aux juristes, in: RDS NF 83, 1964, II, p. 1–132.

– Quelques mots sur la garantie de la propriété foncière, in: RNRF 43, 1962, p. 1–21.

– Traité de droit constitutionnel suisse, 2 t., Neuchâtel/Paris 1967.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/JAGMETTI, RICCARDO L. Die Verfassungsmässigkeit des Entwurfes vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, in: WuR 23, 1971, p. 132–197.

– Ergänzungsgutachten zur Frage der Verfassungsmässigkeit des (bereinigten) Entwurfes vom 27. Oktober 1971 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, in: WuR 24, 1972, p. 44–57.

BAGI, LOUIS. La garantie constitutionnelle de la propriété (Doctrine et jurisprudence), Thèse Lausanne 1956.

BALSCHEIT, PETER. Die Rechtsnatur des Planes, Basel/Stuttgart 1969.

BASCHUNG, MARIUS. Die Ordnung der Nutzung von Grund und Boden im Lichte der Grundsätze über die materielle Enteignung, in: ZBl 75, 1974, p. 159–167.

BASCHUNG, MARIUS/STUEDELI, R. Probleme des Rechtsschutzes im Planungsrecht, in: WuR 23, 1971, p. 122–131.

BONNARD, CLAUDE. La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'expropriation matérielle, in: JT 114, 1966, I, p. 66–79.

BRUHIN, URS-PETER. Planänderung im Raumplanungsrecht, Diss. Zürich 1975.

GRISEL, ANDRÉ. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.

– Juridiction constitutionnelle de demain, in: ZBl 72, 1971, p. 209–225.

– Les restrictions de droit public à la propriété privée, in: ZBl 56, 1955, p. 89–98, 113–120.

GUENG, URS. Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigung, Diss. Sankt Gallen, Zürich/Sankt Gallen 1967.

GUT, URS. Die materielle Enteignung, Diss. Zürich 1969.

GUTHAUSER, PIUS. Die Eigentumsgarantie und das neue aargauische Baugesetz, in: ZBl 73, 1972, p.470–482.

GYGI, FRITZ. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, in: RDS NF 89, 1970, II, p.265–389.

– Eigentumsfreiheit und Landesplanung, in: WuR 16, 1964, p.273–291.

– Expropriation, materielle Enteignung und Lastenausgleich, in: Rechtliche Probleme des Bauens, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1968, p.81–105.

– Über die Eigentumsgarantie, in: MBVR 55, 1957, p.257–274.

– Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2e éd., Bern 1974.

HANGARTNER, YVO. Rechtsgrundlagen des Naturschutzes, in: ZBl 72, 1971, p.233–239, 257–268.

HOESLI, ERWIN. Das öffentliche Baurecht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Freiburg, Schlieren 1972.

HOFMANN, MARKUS. Die Pflicht zur Nutzung des Bodens, Diss. Zürich 1974.

HUBER, HANS. Das Gemeinwohl als Voraussetzung der Enteignung, in: RDS NF 84, 1965, aujourd'hui in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, p.492–518.

– 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, Bern 1968, p.47–63.

– Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, in: Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, aujourd'hui in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, p.166–196.

– Öffentlichrechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums, in: Staat und Privateigentum, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 34, Köln 1960, aujourd'hui in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, p.197–270.

IMBODEN, MAX. Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 18, Berlin 1960, aujourd'hui in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, p.387–415.

– Der Schutz der Eigentumsgarantie, in: Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Hans Fritzsche, Zürich 1952, aujourd'hui in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, p.337–350.

– Grundsätze des administrativen Ermessens dargestellt am schweizerischen

Abgaberecht, in: ASA 34, 1966, aujourd'hui in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, p.417–433.
- Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 3e éd., t. 1: Grundfragen, t.2: Besondere Fragen, Organisation und Verfahren, Basel/Stuttgart 1968 und 1969.

KNAPP, BLAISE. Intérêt, utilité et ordre publics, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Bâle 1975, p.137–176.
- Restrictions de droit public à la propriété privée, in: Dixième Journée juridique, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève 1970, p.49–100.

KUTTLER, ALFRED. Der Beitrag des Bundesgerichts an die Entwicklung des Raumplanungsrechts, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Bâle 1975, p.177–196.
- Die Bodenverteuerung als Rechtsproblem, in: RDS NF 83, 1964, II, p.133–294.
- Die materiellen Grundsätze des Entwurfes zum Bundesgesetz über die Raumplanung, insbesondere der Begriff des Baulandes, in: WuR 23, 1971, p. 86–98.
- Raumordnung als Aufgabe des Rechtsstaates, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, p.211–231.
- Vom Bauplanungsrecht zum Raumordnungsrecht, in: WuR 26, 1974, p.145–162.

KUTTLER, ALFRED/ZAUGG, ALDO. Rechtliche Grundfragen der Planungswertabschöpfung, in: WuR 24, 1972, p.251–268.

LENDI, MARTIN. Der Funktionswandel des Eigentums – Rechtliche Aspekte, in: Dokumentations- und Informationsstelle für Planungsfragen 40, Institut für Orts-, Regional- und Landesplanung der ETH-Zürich, Zürich 1976, p.10–15.
- Raumbedeutsame Pläne, in: RDS NF 92, 1973, I, p.105–140.
- Rechtswissenschaft und Raumplanung, in: ZBl 72, 1971, p.161–170.

LEUTENEGGER, PAUL B. Das formelle Baurecht der Schweiz. Bewilligung, Einsprache und Rechtsmittel im Baurecht der Schweiz. Diss. Zürich, Bern 1974.

LIVER, PETER. Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, in: Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Innsbruck 1969, aujourd'hui in: Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers, Bern 1972, p.149–173.

MEIER-HAYOZ, ARTHUR. Berner Kommentar. Das Sachenrecht. 1. Abt.: Das Eigentum. 1. Teilb.: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Artikel 641–654, 4e éd., Bern 1966.
- Die Schranken des Grundeigentums, in: RNRF 38, 1957, p.257–268.
- Vom Wesen des Eigentums, in: Festgabe Karl Oftinger, Zürich 1969, p.171–186.
- Zum Bodenproblem, in: RNRF 43, 1964, p.1–30.

MEIER-HAYOZ, ARTHUR/ROSENSTOCK, PETER. Zum Problem der Grünzonen. Insbesondere über die Bemessung der für das Freihaltegebiet der stadtzürcherischen Bauordnung von 1963 zu leistenden Bauverbotsentschädigung, Bern 1967.

MEYER, LUDWIG. Die materielle Enteignung im neuen bernischen Baugesetz, in: RSJB 108, 1972, p. 187–222.

MEYER, PIUS. Die Planungsmehrwertabschöpfung gemäß Art. 45 des Entwurfs zum Raumplanungsgesetz, in: ZBl 75, 1974, p. 1–12.

MEYLAN, JACQUES. La jurisprudence récente en matière de plans d'aménagement, in: ZBl 72, 1971, p. 345–357.

MOOR, PIERRE. La participation des administrés dans les procédures d'aménagement du territoire, in: RDS NF 95, 1976, I, p. 149–175.

– Note sur la compétence de la Commission cantonale de recours en matière de plans d'aménagement, in: RDAF 32, 1976, p. 115 ss.

MÜLLER, PETER HANSJAKOB. Die Eigentumsgarantie und die Enteignung, Diss. Zürich 1966.

MÜLLER, JÖRG PAUL. Soziale Grundrechte in der Verfassung?, in: RDS NF 92, 1973, II, p. 695–964.

REICHLIN, PAUL. Rechtsfragen der Landesplanung, in: RDS NF 66, 1947, p. 171a–347a.

ROSENSTOCK, PETER. Aktuelle Aspekte der Fortbildung des schweizerischen Planungsrechtes, in: RDS NF 89, 1970, I, p. 171–192.

– Mitbestimmung in der Planung, in: ZBl 74, 1973, p. 99–107.

ROULIN, JEAN-MICHEL. Aménagement du territoire et propriété privée, Thèse Lausanne 1961.

SALADIN, PETER. Grundrechte im Wandel. Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1970.

SCHAUMANN, WILFRIED. Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht. Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie. Diss. Zürich 1950.

VOLLENWEIDER, WALTER. Neues Planungs- und Baurecht für den Kanton Zürich, in: ZBl 76, 1975, p. 321–341.

WEHINGER, URS. Raumplanung und Regionen unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips, Diss. Zürich 1975.

ZAUGG, ALDO. Die Mehrwertabschöpfung nach dem Entwurf des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Raumplanung, in: RSJB 109, 1973, p. 217–240.

ZIMMERLI, ULRICH. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur materiellen Enteignung, in: ZBl 75, 1974, p. 137–158.

ZUPPINGER, FERDINAND. Möglichkeiten der Mehrwertabschöpfung im Rahmen der Raumplanung, in: ZBl 75, 1974, p. 196–222.

– Notwendigkeit einer Synthese von steuerlichen und bodenrechtlichen, insbesondere planerischen Zielsetzungen bei der fiskalischen Belastung des Grundeigentums, in: ASA 43, 1974, p. 81–102.