

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: 143 (2024)

Artikel: La pesée des intérêts en droit public

Autor: Bernard, Frédéric

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1062079>

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: 28.03.2026

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

La pesée des intérêts en droit public

FRÉDÉRIC BERNARD*

* Dr. Prof. Université de Genève, Département de droit public. Mes plus vifs remerciements sont adressés à Kristina Strelchouk, assistante-doctorante au Département de droit public de l'Université de Genève, pour sa relecture minutieuse du présent rapport, ainsi qu'à mes collègues Michel Hottelier, pour ses commentaires et suggestions infiniment précieux sur une version préliminaire du présent rapport, et Alexandre Flückiger, pour des discussions toujours aussi stimulantes (notamment en lien avec les figures de Mani Matter et d'Alexander Calder).

Table des matières

A.	Introduction	105
B.	Le cadre conceptuel	107
	I. L'Etat de droit	108
	II. La démocratie	111
	III. Le fédéralisme	112
	IV. L'Etat social	113
C.	La fonction et l'évolution	114
	I. La fonction	115
	II. L'évolution	116
	1. La mutation de l'Etat	116
	2. Les droits fondamentaux	118
	3. La crise écologique	118
	III. Synthèse	119
D.	La pesée des intérêts et le droit public	120
	I. Le droit public	120
	II. Le droit constitutionnel	121
	1. Le droit de l'Etat	121
	2. Les droits fondamentaux	122
	III. Le droit administratif	124
	1. Le droit administratif général	125
	2. Le droit administratif spécial	129
	IV. La doctrine	131
	V. Synthèse	131
E.	Les intérêts	132
	I. L'intérêt public	132
	1. La définition	133
	2. La complexité spécifique	140
	II. L'intérêt privé	142
	1. La définition	142
	2. La complexité spécifique	143
	III. La complexité globale	144
	IV. Synthèse	147
F.	La pesée	147
	I. En général	148
	1. Le champ d'application	148
	2. La nature	148
	3. Les types de pesée	150
	II. La méthodologie	151
	1. Les étapes	151
	2. La mise en œuvre	154
	3. Les outils procéduraux	156
	III. Synthèse	157
G.	Les autorités	157
	I. Le pouvoir constituant	157
	1. L'identification des intérêts	157
	2. La quantification des intérêts	158
	II. Le pouvoir législatif	160
	1. L'élaboration des normes	160
	2. Le contenu des normes	161
	3. La pesée des intérêts individualisée	164
	III. Le pouvoir exécutif	165

1. Le gouvernement	165
2. L'administration	167
IV. Le pouvoir judiciaire	169
1. Le contrôle des normes	170
2. Le contrôle des décisions	171
V. Synthèse	174
H. Conclusion et perspectives	175
Bibliographie sélective	178

«Als selbstverständlich gilt uns heute, dass das Recht dem Schutz von Interessen dient. Das Problem liegt in der Selektion schutzwürdiger Interessen und in der Entscheidung von Interessenkonflikten.»

NIKLAS LUHMANN¹

«De tout cela, nous pouvons tirer qu'il n'y a pas d'ordre sans équilibre et sans accord. Pour l'ordre social, ce sera un équilibre entre le gouvernement et ses gouvernés. Et cet accord doit se faire au nom d'un principe supérieur. Ce principe, pour nous, est la justice. Il n'y a pas d'ordre sans justice et l'ordre idéal des peuples réside dans leur bonheur.»

ALBERT CAMUS²

«[D]er Staat selbst wird (...) nicht mehr als seine gegebene Einheit aufgefasst, wie sie die Vertreter der Souveränitätslehre in jener letzten obersten Willensmacht verkörpert sehen. Er ist eine Vielheit von Individuen und Gruppen, denen die Einheit nur als Ziel gesetzt und gemeinsam aufgegeben ist. Die Einheit leitet sich nicht von einer gegebenen höchsten Autorität ab, sondern ist immer erst herzustellen. Und vorausgesetzt ist zunächst eine Vielheit, ein Pluralismus.»

HANS PETER MATTER³

«A la différence des exigences relatives au caractère approprié et nécessaire de la mesure en cause, lesquelles évaluent son efficacité au regard de l'objectif poursuivi, l'exigence de proportionnalité stricto sensu consiste à mettre en balance, d'une part, les avantages résultant de cette mesure au regard de l'objectif légitime poursuivi avec, d'autre part, les inconvénients en découlant au regard des droits fondamentaux consacrés dans une société démocratique [...]. Cette exigence ouvre ainsi un débat sur les valeurs devant prévaloir dans une société démocratique et, en définitive, sur le type de société dans lequel nous souhaitons vivre.»

HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE⁴

-
- 1 NIKLAS LUHMANN, Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 1990, n° 1/2, p. 1 ss, p. 1.
 - 2 ALBERT CAMUS, Actuelles (Combat, 12 octobre 1944), in: Œuvres complètes, vol. II, Bibliothèque de la Pléiade, Paris 2006, p. 395.
 - 3 HANS PETER MATTER, Die pluralistische Staatstheorie oder der Konsens zur Uneinigkeit (éd. Benjamin Schindler), Berne 2012, p. 41.
 - 4 Conclusions de l'avocat général M. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE présentées le 19 juillet 2016 dans l'affaire CJUE, C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, § 248.

A. Introduction

Les rapports à la Société suisse des juristes s'inscrivent dans une longue et prestigieuse tradition, rythmée par de nombreux grands noms du droit helvétique. Comme l'a montré BENJAMIN SCHINDLER en 2011⁵, ils constituent aussi, par l'étude des thèmes sélectionnés, un précieux baromètre des questionnements juridiques prégnants en Suisse à un moment donné.

A cet égard, il est significatif que le thème choisi cette année soit celui de la pesée des intérêts. En effet, il n'existe *a priori* guère de symbole associé à la justice et au droit plus ancien que celui de la balance: cet instrument, utilisé dans l'Égypte antique pour peser les âmes, est devenu en Grèce antique un attribut de Thémis, la déesse de la justice, de la loi et de l'équité⁶. En Suisse, une balance fait partie des éléments du logo du Tribunal fédéral, qui considère par ailleurs depuis plus d'un demi-siècle qu'une pesée des intérêts complète constitue un «*principe général du droit*»⁷.



Élément du logo du Tribunal fédéral suisse, avec l'aimable autorisation du Tribunal

Pourtant, le thème de la pesée des intérêts est au cœur des préoccupations actuelles, ce que reflètent les figures doctrinales d'*Age of Balancing*⁸ ou d'*Ab-*

5 BENJAMIN SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, RDS 2011 II, p. 331 ss.

6 ETIENNE LESAGE, Balance, in: Emmanuel Pierrat (dir.), Dictionnaire du monde judiciaire, Paris 2022, p. 60–61. Les deux autres attributs classiques de la personnification de la justice sont le bandeau sur les yeux et le glaive.

7 ATF 111 Ib 308, c. 5. Cet arrêt s'inscrit dans le développement de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au principe de la coordination dans le domaine de l'aménagement du territoire. Cf. *infra* F.II.2.

8 T. ALEXANDER ALEINIKOFF, Constitutional Law in the Age of Balancing, The Yale Law Journal 1987, p. 943 ss.

*wägungsstaat*⁹. Son étude tombe donc à point nommé, ce d'autant que ce principe a évolué, au cours des dernières décennies¹⁰, sous l'influence en particulier de deux phénomènes sur lesquels nous reviendrons de manière détaillée plus bas¹¹. Il s'agit, d'une part, de l'évolution massive du rôle de l'Etat et des fonctions qu'il assume depuis le début du vingtième siècle, qui a eu des conséquences considérables sur le droit. Pour reprendre les mots de CHARLES-ALBERT MORAND¹²,

[une] révolution tranquille a provoqué un bouleversement radical des formes et des structures juridiques, qui est resté longtemps masqué par le fait que le nouveau droit s'est coulé dans les moules anciens et que l'on a versé le nouveau vin dans des bouteilles anciennes. Le flacon, les étiquettes sont restés, mais ce n'est plus le même liquide que l'on boit.

Il s'agit, d'autre part, de la crise écologique à laquelle nos sociétés sont confrontées aujourd'hui. Le changement de paradigme induit par cette crise, qui pose le défi de rentrer à l'intérieur des limites planétaires, modifie fondamentalement les bases de la pesée: alors que, dans un monde infini à la croissance illimitée, l'attention pouvait se concentrer sur la répartition des richesses créées, elle doit aujourd'hui se reporter sur la meilleure manière de préserver la jouissance de biens appelés à décroître¹³.

Compte tenu de l'étendue du thème et de la richesse des thématiques abordées dans les rapports spéciaux, le champ du présent rapport sera triplement limité: il ne portera que sur le rôle joué par la pesée des intérêts dans les «deux grands domaines» du droit public, le droit constitutionnel et le droit administratif¹⁴; il se limitera, pour l'essentiel, à une analyse du droit suisse, renonçant à une analyse approfondie de droit comparé; il se concentrera sur le droit fédéral. Nous constaterons que la matière analysée, même ainsi circonscrite, se révèle foisonnante.

Du point de vue de la méthode, le présent rapport s'inspire de la déconstruction, pratique philosophique développée par JACQUES DERRIDA qui associe des réflexions théoriques générales et des études de cas concrets¹⁵.

9 WALTER LEISNER, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Berlin 1997.

10 Comme l'exprime HEINRICH HONSELL au sujet de la Justice, «*Gerechtigkeit ist zunächst zweierlei: Ein uralter Menschheits Traum und zugleich höchst aktueller Diskussionsgegenstand.*» Cf. HEINRICH HONSELL, *Was ist Gerechtigkeit?*, 2^{ème} éd., Berne 2023 (quatrième de couverture).

11 *Infra* C.II.1.

12 CHARLES-ALBERT MORAND, Les nouveaux instruments d'action de l'Etat et le droit, in: Charles-Albert Morand (éd.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Genève 1991, p. 237 ss, p. 237.

13 WILLIAM N. ESKRIDGE, JR./PHILIP P. FRICKEY, *Commentary: The Making of The Legal Process*, Harvard Law Review 1993, p. 2031 ss, p. 2051.

14 JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/ISABELLE ROMY, *La construction et son environnement en droit public: Eléments choisis pour les architectes, les ingénieurs et les experts de l'immobilier*, 2^{ème} éd., Lausanne 2017, p. 10.

15 JACQUES DERRIDA, *Force de loi: Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris 1994, p. 48: «*En général, la déconstruction se pratique selon deux styles, que le plus souvent elle greffe l'un sur l'autre. L'un prend l'allure démonstrative et apparemment non historique de paradoxes logico-*

Le plan de ce rapport est le suivant: nous commencerons par rappeler le cadre conceptuel (B.), puis nous montrerons la fonction et l'évolution de la pesée des intérêts (C.). Nous aborderons ensuite la place de la pesée des intérêts en droit public (D.), avant d'analyser plus en détails les notions d'intérêts (E.) et de pesée (F.). Nous examinerons enfin les autorités susceptibles d'effectuer cette pesée (G.), avant de conclure (H.).

B. Le cadre conceptuel

A titre préalable, il est nécessaire de poser le cadre conceptuel dans lequel le thème de la pesée des intérêts s'inscrit. A cet effet, nous présenterons brièvement les quatre caractéristiques fondamentales de l'Etat fédéral suisse défini comme «*un Etat de droit fédéral, libéral, démocratique et social*»¹⁶: l'Etat de droit (I.), la démocratie (II.), le fédéralisme (III.) et l'Etat social (IV.). Selon une partie de la doctrine, cette liste doit être complétée par les principes suivants: un régime économique fondé sur la concurrence, la subsidiarité (entre l'Etat et la société de même qu'entre la Confédération et les cantons), le développement durable et l'ouverture et la coopération sur le plan international¹⁷.

Aucun de ces principes n'est absolu et leur coexistence doit faire l'objet d'un équilibre¹⁸, appelé «*concordance pratique*» par le Tribunal fédéral¹⁹. Cette recherche d'une concordance pratique exige d'«*éviter de n'examiner le respect d'un principe constitutionnel qu'isolément sans prendre en considération la*

formels. L'autre, plus historique ou plus anamnésique, semble procéder par lectures de textes, interprétations minutieuses et généalogies.» Voir BENOÎT PEETERS, Jacques Derrida, 2^{ème} éd., Paris 2022.

16 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 14–16. Voir CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Intro. générale N 35; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 13; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5^{ème} éd., Berne 2021, p. 82 ss; PETER UEBERSAX, Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, PJA 1998, p. 3 ss, p. 4.

17 RENE RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^{ème} éd., Bâle 2016, p. 36 ss. Sur le principe du développement durable, voir ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10^{ème} éd., Zurich 2020, p. 44–45: «*Mit der Nachhaltigkeit ist ein Leitbild der Umwelt- und Entwicklungspolitik (sog. «sustainable development») angesprochen, das neben den natürlichen auch die sozialen und ökonomischen Lebensgrundlagen einschliesst.*» Sur l'ouverture vers l'international, voir MATTHIAS OESCH, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éd.), Droit constitutionnel suisse, vol. I, Zurich 2020, p. 137 ss.

18 PHILIPPE ABRAVANEL, La protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit, RDS 1980, p. 1 ss, p. 13.

19 ATF 139 I 16, c. 4.2.2. Sur la concordance pratique, voir JÖRG PAUL MÜLLER, Praktische Konkordanz in der Verfassungsinterpretation, in: Le droit au service de l'humanité: Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier, Genève 2023, p. 329 ss.

*pluralité des principes exprimés par la Constitution, qui ne valent jamais sans exception et entrent parfois en contradiction les uns avec les autres*²⁰.

I. L'Etat de droit

De manière générale, l'Etat de droit se distingue d'autres formes d'Etats, soumis par exemple à l'arbitraire du prince ou dirigés par une caste²¹. Depuis la révision intégrale de la Constitution fédérale en 1999, la notion d'Etat de droit est inscrite, malgré une certaine hésitation terminologique²², à l'art. 5 Cst. féd. (Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit)²³.

L'art. 5 Cst. féd. est rédigé comme suit:

¹ Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat.

² L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.

³ Les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.

⁴ La Confédération et les cantons respectent le droit international.»

La Constitution fédérale ne définit pas la notion d'«Etat de droit»²⁴ et se contente d'en identifier cinq principes, qui avaient été auparavant progressivement dégagés par le Tribunal fédéral et la doctrine au titre de droit constitutionnel non écrit²⁵. Cela étant, il est aujourd'hui communément admis que l'Etat de droit contient, outre un volet formel, un volet matériel²⁶.

Pour donner de la substance à cette notion, nous proposons de nous inspirer de la définition de l'Etat de droit élaborée en 2011 par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) du Conseil de l'Europe dans son *Rapport sur la prééminence du droit*. Au terme de ses travaux, la Commission est parvenue à la conclusion qu'il existe un large consensus européen sur le fait qu'un Etat de droit comprend les éléments suivants²⁷:

20 TF, Arrêt 2C_14/2021 du 27 mai 2021, c. 5.3.

21 ABRAVANEL (note 18), p. 11; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 20.

22 L'expression «Etat de droit» ne figure en effet pas en tant que telle à l'art. 5 Cst. féd. dans sa version française. Elle est en revanche utilisée indirectement dans sa version allemande («*Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns*») et directement dans sa version italienne («*Stato di diritto*»). Cela fait dire à JACQUES DUBEY que «*le constituant semble avoir eu du mal à appeler un chat un chat*». Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 2.

23 GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II: Les droits fondamentaux*, 4^{ème} éd., Berne 2021, p. 540–541; TSCHANNEN (note 16), p. 90–91. Sur l'émergence de l'Etat de droit en Suisse, voir BENJAMIN SCHINDLER, Entstehung und Entwicklung der Rechtsstaatsidee in der Schweiz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éd.), *Droit constitutionnel suisse, vol. II*, Zurich 2020, p. 907 ss.

24 Petit commentaire Cst.-MAHON, art. 5 N 2.

25 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. I, Neuchâtel 1967, p. 125–126.

26 ABRAVANEL (note 18), p. 20–21; CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 14–15.

27 Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Rapport sur la prééminence du droit*, 28 mars 2011, CDL-AD(2011)003rev., p. 10. Voir également TOM BINGHAM, *The rule of law*, Londres 2010.

- la légalité (qui suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable et démocratique);
- la sécurité juridique;
- l'interdiction de l'arbitraire;
- l'accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales (qui disposent notamment de la compétence de contrôler les actes administratifs);
- le respect des droits humains, qui inclut en particulier la non-discrimination et l'égalité devant la loi.

Parmi ces éléments, outre le principe de la légalité, qui joue un rôle central dans un Etat qui se qualifie «de droit», le respect des droits humains a un relief particulier car il s'agit de l'un des domaines de prédilection de l'application du mécanisme de la pesée des intérêts²⁸. Par ailleurs, la reconnaissance de droits individuels fondamentaux implique une vision libérale de la communauté où l'autonomie individuelle est valorisée²⁹, ce qui a aussi un impact sur la pesée des intérêts.

Trois autres éléments sont particulièrement pertinents dans le cadre du présent rapport:

- la sécurité du droit, qui «*exige que les dispositions légales soient claires et précises et visent à garantir le caractère prévisible des situations et des rapports juridiques*»³⁰;
- la transparence, dont le but «*est toujours d'apporter la lumière dans l'éventuelle obscurité de l'administration publique*»³¹;
- l'égalité de traitement et sa version qualifiée, l'interdiction des discriminations, qui inclut à la fois l'égalité dans la loi et l'égalité devant la loi³².

L'Etat de droit inclut le principe de la séparation des pouvoirs³³, dont le fondement libéral consiste à éviter une concentration du pouvoir³⁴ et qui trouve un prolongement dans le principe de la légalité et ses deux composantes, l'exigence de base légale et la densité normative³⁵. La séparation des pouvoirs est

28 *Infra* C.II.2.

29 CHRISTOPH EBERHARD, Anthropologie et droits de l'homme, in: Michel Hottelier/Maya Hertig Randall (dir.), Introduction aux droits de l'homme, Paris 2014, p. 90 ss, p. 98–99; GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ, Théorie générale des droits fondamentaux, Paris 2004, p. 181.

30 COMMISSION DE VENISE (note 27), p. 11. Cf. également CR Cst.-DUBÉY, art. 5 N 46.

31 DOMINIQUE HÄNNI, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique, Genève 2019, p. 298.

32 VINCENT MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zurich 2003. Cf. RONALD DWORKIN, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Londres 2000, p. 1: «*No government is legitimate that does not show equal concern for the fate of all those citizens over whom it claims dominion and from whom it claims allegiance. Equal concern is the sovereign virtue of political community.*».

33 TSCHANNEN (note 16), p. 89.

34 OFK BV-BIAGGINI, Vorbem. Art. 143–191c N 3.

35 PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht: Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zurich 2018, p. 41–42.

pensée de manière chronologique, puisqu'elle épouse les différentes étapes de la vie d'une règle de droit: création, application et contrôle³⁶.

La Constitution fédérale ne consacre pas expressément le principe de la séparation des pouvoirs³⁷ et relativise la division des tâches entre le gouvernement et le parlement³⁸. Toutefois, ce principe est concrétisé par le biais de l'indépendance personnelle (*subjektive Gewaltentrennung*) des membres des plus hautes autorités fédérales instituée par l'art. 144 al. 1 Cst. féd.³⁹. Il constitue aujourd'hui un véritable droit constitutionnel justiciable devant les tribunaux⁴⁰ et le Tribunal fédéral considère qu'il est garanti, «*au moins implicitement*», par toutes les constitutions cantonales⁴¹.

Le principe de la séparation des pouvoirs est étroitement associé à la figure de MONTESQUIEU et à son ouvrage *De l'esprit des lois*, publié en 1748⁴². Malgré le fait qu'il ait été rédigé dans un contexte social et politique très différent⁴³, cet ouvrage contient, outre les passages célèbres régulièrement cités, des éléments pertinents pour notre réflexion sur la pesée des intérêts, notamment le fait que, selon MONTESQUIEU, le pouvoir législatif devrait se contenter de faire des lois et non prendre «*quelque résolution active*»⁴⁴.

36 GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse, vol. I: L'Etat*, 4^{ème} éd., Berne 2021, p. 660.

37 SGK BV-SCHMID, Vorbem. zu den Bundesbehörden N 31. Pour l'ancienne Constitution fédérale, voir déjà JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, Neuchâtel 1967, p. 455.

38 OFK BV-BIAGGINI, Vorbem. Art. 143–191c N 7; TSCHANNEN (note 16), p. 384–385. Cf. WALTER BURCKHARDT, *Über Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit im schweizerischen Staatsrecht*, in: Festgabe Philipp Lotmar zum Siebzigsten Geburtstage, Berne 1920, p. 71 ss, p. 91.

39 PASCAL MAHON, Le principe de la séparation des pouvoirs, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (éd.), Zurich 2001, p. 1011 ss, p. 1019; THOMAS SÄGESSER, *Die Bundesbehörden: Bundesversammlung, Bundesrat, Bundesgericht: Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 2000, p. 149; BSK BV-SCHAUB, Art. 144 N 5; SGK BV-SCHMID, Vorbem. zu den Bundesbehörden N 32.

40 VINCENT MARTENET, La séparation des pouvoirs, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (note 23), p. 999 ss, p. 1008 ss.

41 ATF 130 I 1, c. 3.1. Cf. ANDREAS AUER, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016, p. 46 ss.

42 MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris 1845. Cf. ALEXANDER HAMILTON/JOHN JAY/JAMES MADISON, *The Federalist Papers, 1787–1788*, disponible à l'adresse suivante: <https://pressbooks.library.torontomu.ca/federalist/>, n° 47 (Madison), p. 331: «*The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu. If he be not the author of this invaluable precept in the science of politics, he has the merit at least of displaying and recommending it most effectually to the attention of mankind.*».

43 Une lecture rigoureuse de MONTESQUIEU conduit, en effet, davantage à une distribution du pouvoir qu'à sa séparation, distribution qui s'appuie sur des forces sociales déterminées (démocratie, aristocratie et monarchie). Cf. PIERRE ROSANVALLON, *La contre-démocratie: La politique à l'âge de la défiance*, Paris 2006, p. 147.

44 MONTESQUIEU (note 42), livre XI, chapitre VI, p. 109: «*Le corps représentant ne doit pas être choisi non plus pour prendre quelque résolution active, chose qu'il ne ferait pas bien, mais pour faire des lois, ou pourvoir si l'on a bien exécuté celles qu'il a faites, chose qu'il peut très bien faire, et qu'il n'y a même que lui qui puisse bien faire.*».

Les principes de l'Etat de droit, et surtout la volonté de les respecter pleinement, sont particulièrement mis à l'épreuve lors de situations d'urgence ou d'exception⁴⁵, comme l'ont notamment montré ces dernières décennies les menaces terroristes⁴⁶ et sanitaires⁴⁷.

II. La démocratie

De manière générale, un système politique est dit démocratique lorsque la population est instituée par la constitution comme un organe de l'Etat et dispose de compétences qui lui permettent de jouer un rôle, plus ou moins important, au sein de cet Etat⁴⁸.

Parmi ces compétences, la plus répandue et la plus caractéristique d'une démocratie (souvent dite représentative) est l'élection, par le peuple, des personnes chargées de le représenter⁴⁹. La Suisse se caractérise par le fait qu'elle connaît, en plus de cette représentation, des instruments de démocratie directe (art. 138 à 142 Cst. féd.)⁵⁰: le référendum, qui permet au peuple de se prononcer sur un acte adopté par une autorité étatique, et l'initiative populaire, qui confère à une fraction du corps électoral le droit de déclencher la procédure qui conduit à l'adoption, à la révision ou à l'abrogation d'un acte étatique.

Au niveau fédéral, l'art. 34 Cst. féd. garantit les droits politiques, qui «*pro-
tège[nt] la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'ex-
pression fidèle et sûre de leur volonté*» (al. 2)⁵¹. Ces droits appartiennent à tous les Suisses et Suissesses ayant 18 ans révolus qui ne sont pas interdits pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit (art. 136 al. 1 Cst. féd.). Les cantons connaissent des garanties similaires⁵².

45 ABRAVANEL (note 18), p. 15; FRÉDÉRIC BERNARD, Etat de droit et situations extraordinaires, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (note 23), p. 979 ss.

46 FRÉDÉRIC BERNARD, L'Etat de droit face au terrorisme, Genève 2010.

47 FRÉDÉRIC BERNARD, Etat de droit et état d'urgence: perspectives de droit constitutionnel, SJ 2023, p. 267 ss.

48 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 219; TSCHANNEN (note 16), p. 85.

49 AUBERT (note 37), p. 395.

50 JEAN-DANIEL DELLEY, La démocratie directe: Un système politique aux portes ouvertes, Pouvoirs 1987, p. 101 ss.

51 PASCAL MAHON, Les droits politiques, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (note 23), p. 1499 ss.

52 YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY/NADJA BRAUN BINDER/ANDREAS GLASER, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^{ème} éd., Zurich 2023.

III. Le fédéralisme

Le fédéralisme est également un élément caractéristique de la Suisse⁵³. Il consiste à se «*constituer par étages*» pour accroître la proximité de l'Etat avec les citoyennes et les citoyens⁵⁴ et entretient donc, d'un point de vue philosophique, des liens étroits avec la démocratie⁵⁵.

L'art. 1^{er} Cst. féd. énonce que la Suisse est un Etat fédéral composé de la Confédération et des cantons (ainsi que des communes). Conformément à la règle de répartition des compétences figurant à l'art. 3 Cst. féd., les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. En conséquence, les cantons jouissent de compétences originaires (art. 43 Cst. féd.), tandis que la Confédération n'exerce que les tâches qui lui sont confiées par la Constitution fédérale (art. 42 al. 1 Cst. féd.)⁵⁶. Par ailleurs, l'art. 49 al. 1 Cst. féd. prévoit que le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire, consacrant ainsi le principe de la «primauté du droit fédéral» (aussi appelé «force dérogatoire du droit fédéral»)⁵⁷.

Contrairement au droit privé⁵⁸ ou au droit pénal⁵⁹, la Confédération ne bénéficie pas d'une compétence générale en droit public⁶⁰. En conséquence, en fonction du domaine concerné, le droit public sera fédéral, cantonal (ou communal) ou hybride.

Ce système, qui concerne la compétence de légiférer⁶¹, est accompagné d'une répartition des compétences administratives: en application de l'art. 46 al. 1 Cst. féd., la Suisse connaît le mécanisme du «fédéralisme d'exécution», selon lequel «[l]es cantons mettent en oeuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi». Ce système, connu également en Allemagne et en Autriche, mais étranger à d'autres Etats fédéraux tels que les Etats-Unis⁶², a pour conséquence que les cantons sont chargés d'appliquer un grand nombre de lois fédérales⁶³.

53 LUC GONIN, *Droit constitutionnel suisse*, Genève 2021, p. 384. Cf. GIOVANNI BIAGGINI, *Der schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen*, RDS 2023 II, p. 5 ss; NESA ZIMMERMANN, *Entre innovations et résistances; la garantie des droits humains dans l'Etat fédéral suisse*, RDS 2023 II, p. 151 ss.

54 RAINER J. SCHWEIZER, *Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (note 17), p. 531 ss, p. 536–537.

55 ABRAVANEL (note 18), p. 24: «*Le fédéralisme est le système qui permet le mieux le gouvernement autonome du peuple, partant la vraie démocratie.*» Sur les rapports entre fédéralisme et démocratie, voir ANDREAS KLEY, *Verhältnis von Föderalismus und Demokratie*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (note 17), p. 621 ss.

56 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (note 17), p. 134 ss.

57 CR Cst.-MARTENET, art. 49 N 16–17.

58 BSK BV-GÖKSU, Art. 122 N 3.

59 BSK BV-GÖKSU, Art. 123 N 3.

60 THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2^{ème} éd., Genève 2018, p. 11–12.

61 OFK BV-BIAGGINI, Art. 3 N 4.

62 OFK BV-BIAGGINI, Art. 46 N 3.

63 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 363.

La législation fédérale peut évidemment concentrer la prise de décision en mains d'autorités fédérales, comme en matière de chemins de fer⁶⁴. Elle peut aussi confier sa mise en œuvre aux cantons, tout en ménageant des possibilités de contrôle par les autorités fédérales, soit en prévoyant un mécanisme d'approbation⁶⁵, soit en octroyant un droit de recours spécial à l'autorité fédérale compétente⁶⁶.

Le fédéralisme d'exécution est important dans le contexte du présent rapport, puisqu'il a pour conséquence que les intérêts consacrés par la législation fédérale feront souvent l'objet d'une mise en œuvre, et donc le cas échéant d'une pesée, cantonale. Il est donc envisageable que la même norme donne lieu à des appréciations divergentes, sous réserve évidemment du contrôle du Tribunal fédéral⁶⁷.

IV. L'Etat social

L'Etat social, aussi appelé Etat providence⁶⁸, est le quatrième élément structurant de la Confédération helvétique⁶⁹. Il s'est développé dans le sillage de la création bismarckienne de l'assurance sociale dans l'Empire allemand⁷⁰ et a connu un fort développement après la seconde guerre mondiale⁷¹. Le concept d'Etat social se heurte à deux difficultés: la signification de l'adjectif «social»⁷², qui a évolué au fil du temps⁷³, et l'absence de consécration explicite

64 Voir la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (RS/CH 742.101; «LCdF»). L'octroi d'une concession d'infrastructure ferroviaire est de la compétence du Conseil fédéral (art. 6 al. 1 LCdF), l'autorisation d'accès au réseau est de la compétence de l'Office fédéral des transports (OFT; art. 8 al. 1 LCdF) et l'approbation des plans de constructions et installations est aussi de la compétence de l'OFT (art. 18 al. 3 LCdF).

65 Voir, par exemple, l'art. 4 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 29 février 1988 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (RS/CH 922.01; «OChP») (assentiment préalable de l'OFEV nécessaire pour prendre des mesures temporaires de régulation de populations d'animaux protégés).

66 TF, Arrêt 1C_672/2020 du 2 septembre 2021 (publié in: ZBl 2023 p. 481 ss) (droit de recours de l'Office fédéral du développement territorial – ARE – fondé sur l'art. 48 al. 4 de l'ordonnance fédérale du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire (RS/CH 700.1; «OAT»). Voir également art. 67a de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS/CH 814.20; «LEaux»).

67 Voir, par exemple, TF, Arrêt 1A.143/2006 du 20 décembre 2006, c. 4 (pouvoir d'appréciation de l'autorité cantonale dans la protection des biotopes d'importance régionale et locale).

68 BERNARD DEGEN, Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Sozialstaates, in: Archives fédérales suisses, L'histoire des assurances sociales, Zurich 2006, p. 17 ss. Voir, de manière générale, GØSTA ESPING-ANDERSEN, The Three Worlds of Welfare Capitalism, Princeton 1990.

69 HANS PETER TSCHUDI, Die Sozialverfassung der Schweiz (Der Sozialstaat), Berne 1986, p. 1.

70 PIERRE-YVES GREBER, Brève histoire de la sécurité sociale en Suisse à travers quelques événements, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale 2008, p. 25 ss, p. 32.

71 ULRICH MEYER-BLASER/THOMAS GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: Thürer/Aubert/Müller (note 39), p. 549 ss, p. 549.

72 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Un droit social encadré, RDS 1991 I, p. 157 ss, p. 157.

73 ANNE-SYLVIE DUPONT, La constitution sociale, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éd.), Droit constitutionnel suisse, vol. III, Zurich 2020, p. 2091 ss, p. 2091.

dans le texte constitutionnel, contrairement par exemple à la notion d'Etat de droit.

Malgré l'absence de consensus sur la notion d'Etat social, sa principale caractéristique, par rapport à d'autres philosophies politiques, est de s'appuyer sur l'Etat de droit, l'économie de marché et la propriété privée et de les compléter dans une optique d'égalité des chances, de protection de la dignité humaine et de redistribution des richesses⁷⁴. Son «noyau dur» est constitué des quatre domaines suivants: le logement, le travail, la sécurité sociale et les soins de santé⁷⁵. Sa mise en œuvre emprunte, en particulier, les voies suivantes⁷⁶: la reconnaissance constitutionnelle de buts sociaux, l'adoption de normes attributives de compétence visant la réalisation de ces buts et la garantie de droits fondamentaux sociaux.

En ce qui concerne son ancrage constitutionnel, l'Etat social est usuellement rattaché aux dispositions suivantes⁷⁷: l'art. 2 al. 2 et 3 Cst. féd. (buts fixés à la Confédération de favoriser la prospérité commune et une égalité des chances aussi grande que possible), l'art. 41 Cst. féd. (buts sociaux), certains droits fondamentaux à caractère social, à l'exemple du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst. féd.), et les normes constitutionnelles attributives de compétence dans le domaine social (en particulier, art. 108 ss Cst. féd.).

Si son degré de réalisation en Suisse fait l'objet de discussions doctrinales⁷⁸, l'Etat social est incontournable dans les discussions juridiques et politiques⁷⁹ et irrigue à ce titre l'ensemble du champ du droit public.

C. La fonction et l'évolution

L'instrument de la pesée des intérêts s'inscrit dans un contexte plus large que le droit, qui englobe la coexistence d'individus (et d'intérêts qui leur sont propres) au sein d'une communauté et le rôle assigné au sein de celle-ci à l'autorité. Il est donc utile d'apporter quelques éléments de clarification sur ce contexte plus large avant d'évoquer plus spécifiquement la dimension juridique de la problématique.

74 BERNARD DEGEN, Etat social (version du 08.01.2013), Dictionnaire historique de la Suisse, disponible à l'adresse suivante: <<https://hls-dhs-dss.ch>> (consulté le 18 mars 2024); MEYER-BLASER/GÄCHTER (note 71), p. 550; TSCHANNEN (note 16), p. 91.

75 DUPONT (note 73), p. 2105 ss.

76 MICHEL HOTTELIER, La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale 2001, p. 9 ss; PASCAL MAHON/CHRISTOPH MÜLLER, La dimension sociale dans la Constitution fédérale, aujourd'hui et demain, Aspects de la sécurité sociale 1998/4, p. 25 ss; MEYER-BLASER/GÄCHTER (note 71), p. 554.

77 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale (note 16), p. 15–16. Cf. également TSCHANNEN (note 16), p. 93–94.

78 Pour une vision critique: AUBERT (note 72), p. 158; SANDRO CATTACIN, Retard, rattrapage, normalisation: L'Etat social suisse face aux défis de transformation de la sécurité sociale, in: Archives fédérales suisses (note 68), p. 49 ss; DUPONT (note 73), p. 2115 ss.

79 *Infra* C.II.1.

Nous commencerons par présenter la place de la pesée des intérêts dans une communauté humaine (I.), puis nous examinerons l'évolution du rôle de l'Etat au fil du temps (II.) et procéderons à une synthèse (III.).

I. La fonction

La pesée des intérêts a un champ d'application vaste qui s'étend à l'ensemble de la vie en société. En effet, dès le moment où des êtres humains (ou, de manière plus large, des êtres vivants) vivent en communauté, ils doivent accepter que leurs intérêts respectifs coexistent, entrent en conflit et fassent l'objet de compromis et, donc, d'une forme de pesée⁸⁰. Cette idée apparaît dès l'Antiquité dans la notion de justice⁸¹, notamment chez PLATON⁸² et chez ARISTOTE⁸³.

Comme l'énonce, en matière de droits fondamentaux, l'art. 4 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁸⁴,

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

Cette disposition célèbre pose deux principes centraux: la vie en société implique inévitablement la coexistence d'intérêts (ou, en l'occurrence, de droits) différents et il incombe à la loi (c'est-à-dire à l'Etat) de fixer le cadre (juridique) de ces compromis.

La coexistence de multiples intérêts est d'ailleurs au cœur de la notion d'Etat de droit. En effet, comme nous l'avons vu plus haut⁸⁵, l'Etat de droit s'appuie sur un savant mélange de délimitations opérées par la loi (adoptée démocratiquement) et de respect de droits fondamentaux qui doit pouvoir être exigé devant des tribunaux impartiaux. Le débat récurrent relatif au conflit entre la volonté exprimée par la population et le respect des droits fondamentaux est donc consubstantiel à cette forme d'organisation étatique⁸⁶.

80 ABRAVANEL (note 18), p. 12: «Selon les théories libérales du XIX^e siècle, [l'Etat] n'a pas à protéger la liberté individuelle, qui serait déjà garantie par la balance des intérêts que donne la nature dans la société.».

81 BERNHARD RÜTSCHKE, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Rechtsstaatsprinzip und Voraussetzung von Grundrechtseingriffen, Zeitschrift Reformatio 2001, p. 40 ss, p. 41–42.

82 PLATON, Le Politique ou de la royauté, Chicoutimi 2003, p. 77.

83 ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, Paris 2004, 5^{ème} livre, 1131a 10–14, p. 237.

84 Le texte de la Déclaration, qui s'est vu conférer en 1971 une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, peut être consulté à l'adresse suivante: <<https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen>> (consulté le 18 mars 2024). Consulter STÉPHANE RIALS, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Paris 1988.

85 *Supra* B.I.

86 ALEXANDER M. BICKEL, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, New York 1962, p. 16–17.

II. L'évolution

La pesée des intérêts confère un rôle particulier à l'Etat en tant qu'arbitre des inévitables conflits susceptibles d'apparaître. Son rôle a toutefois subi des évolutions considérables au cours des deux derniers siècles (a.), il s'est complexifié avec la reconnaissance des droits fondamentaux (b.) et il doit tenir compte aujourd'hui des défis de la crise écologique (c.).

1. La mutation de l'Etat

L'Etat libéral, qui s'est développé au 19^{ème} siècle sur la base des idées des Lumières, avait pour fonction première d'assurer l'ordre public (administration *restrictive* ou *de police*)⁸⁷. La mission de l'administration consistait donc à assurer, par le biais de réglementations, d'interdictions, d'injonctions et de sanctions⁸⁸, la sécurité, la tranquillité, la santé et la moralité publiques ainsi que la bonne foi dans les affaires⁸⁹.

Dans un deuxième temps, les tâches confiées à l'Etat se sont accrues et diversifiées⁹⁰. Cette évolution a d'abord été particulièrement visible en matière de politique sociale⁹¹, avant de s'étendre à d'autres domaines tels que la protection du patrimoine et de la nature ou l'aménagement du territoire⁹². Comme la pandémie du nouveau coronavirus (2020–2022) l'a montré, les tâches «classiques» de l'Etat, en l'occurrence en matière de santé publique, n'ont pas disparu. Il s'agit donc bien d'un accroissement des tâches de l'Etat et non d'une substitution⁹³. Cette évolution s'est accompagnée d'une mutation du rôle de l'Etat. Progressivement, celui-ci est en effet sorti de son rôle essentiellement restrictif (ou directif) pour devenir Etat social, en charge de la fourniture de certaines prestations à la population (administration *de prestation* ou *de service public*)⁹⁴. Ces prestations, qui peuvent prendre une forme financière (assurances sociales, allocation d'étude, etc.) ou en nature (écoles, transports public, hôpitaux, etc.)⁹⁵, sont venues enrichir les instruments à disposition de l'Etat.

87 JACQUES CHEVALLIER, *L'État de droit*, 6^{ème} éd., Paris 2017, p. 50 ss.

88 FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht: Eine Einführung*, Berne 1986, p. 24–25.

89 *Infra* E. I.1.

90 PIERRE MOOR, Intérêts publics et intérêts privés, in: Charles-Albert Morand (éd.), *La pesée globale des intérêts: Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle 1996, p. 17 ss, p. 29–30.

91 Voir, entre autres, ATF 97 I 499 *Griessen*, c. 4.c.

92 TANQUEREL (note 60), p. 7. Voir ATF 96 I 502, c. 2.a (évolution des intérêts publics en jeu dans le domaine de la protection des forêts).

93 Voir la lecture de l'art. 5a Cst. féd. par TOBIAS JAAG, *Mehr oder weniger Staat?*, ZBl 2015, p. 627 ss, p. 631–632.

94 ABRAVANEL (note 18), p. 21; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, p. 42; PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 3^{ème} éd., Berne 1982, p. 406–407. Cf. également FRANÇOIS EWALD, *Histoire de l'Etat providence: Les origines de la solidarité*, Paris 1996.

95 GEORGES BURDEAU, *L'Etat*, Paris 1970, p. 158 ss.

Dans un troisième temps, l'Etat s'est vu confier la mission d'orienter les activités sociales et économiques en vue de certains objectifs, comme le plein emploi ou la promotion de la santé⁹⁶, devenant ainsi un Etat *incitateur* ou *propulsif*⁹⁷ (administration *de gestion*⁹⁸). Cette évolution s'est aussi accompagnée d'une diversification des instruments étatiques: outre la réglementation, l'interdiction et la subvention, qui continuent par ailleurs à être utilisées, l'Etat a dorénavant aussi recours à des outils incitatifs tels que des campagnes d'information ou des taxes d'orientation⁹⁹.

Enfin, dans un quatrième temps, dans le dernier quart du vingtième siècle, l'Etat a subi l'influence de la «Nouvelle gestion publique» (*New Public Management*) apparue outre-Atlantique¹⁰⁰. Ce mouvement prône une modification de l'organisation et du fonctionnement de l'administration, afin de la rendre plus flexible et de la rapprocher du secteur privé¹⁰¹. Si sa dissémination a été mondiale, elle a été mise en œuvre en Suisse à des degrés divers en fonction des collectivités publiques, quoique de manière assez poussée au niveau fédéral¹⁰².

Au cours de cette évolution, le rôle et la nature de l'Etat ont changé, de même que ses instruments d'action. A l'image du dieu romain Janus, l'Etat possède aujourd'hui deux visages: l'un est potentiellement menaçant, tandis que l'autre est bienveillant¹⁰³.

Simultanément, le droit a changé de nature, pour devenir moins directif et plus «*finalisé*», laissant en conséquence davantage de marge de manœuvre à l'autorité chargée de l'appliquer¹⁰⁴. Or, la pesée des intérêts permet, avec les autres grands principes du droit administratif¹⁰⁵, dont en particulier le principe de la proportionnalité¹⁰⁶, de compenser cette perte de densité normative¹⁰⁷. Dès

96 TANQUEREL (note 60), p. 7.

97 CHARLES-ALBERT MORAND (éd.), *L'Etat propulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Paris 1991.

98 MOOR (note 90), p. 32.

99 Voir le panorama proposé par ALEXANDRE FLÜCKIGER, (Re)faire la loi: traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019, p. 253.

100 Cette évolution trouve son origine dans le monde anglo-saxon. Voir notamment DAVID OSBORNE/TED GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York 1993.

101 DUBÉY/ZUFFEREY (note 94), p. 18.

102 Voir, de manière générale, DAVID GIAUQUE/YVES EMERY, *Repenser la gestion publique: Bilan et perspectives en Suisse*, Lausanne 2008.

103 MAURICE DUVERGER, *Introduction à la politique*, Paris 1990, p. 15 ss.

104 PIERRE MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005, p. 50; MORAND (note 12), p. 245.

105 THIERRY TANQUEREL, Les grands principes: origine, état des lieux et perspectives, in: François Bellanger/Frédéric Bernard (éd.), *Les grands principes du droit administratif*, Genève 2022, p. 9 ss, p. 14 ss.

106 ATF 97 I 639, c. 6.b: «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.»

107 MICHAEL PLETSCHER, ZBl 2023, p. 140 ss (note sur TF, Arrêt 1C_328/2020), p. 140.

lors, la pesée des intérêts est appelée à jouer un rôle encore plus fondamental aujourd'hui que par le passé.

2. *Les droits fondamentaux*

L'évolution historique du rôle de l'Etat trouve un parallèle dans la reconnaissance et le développement des droits fondamentaux.

Dans ce contexte, même si elle est critiquée à juste titre¹⁰⁸, la théorie des trois générations des droits fondamentaux élaborée par KAREL VAŠÁK est particulièrement parlante: si la première génération garantit des libertés dont le but premier est d'exiger une abstention de l'Etat, vu avant tout comme une menace, la deuxième génération protège des droits sociaux qui requièrent une action de l'Etat, considéré alors comme un allié¹⁰⁹. La figure de Janus caractérise donc aussi le champ des droits fondamentaux, ce d'autant que, dans un système positiviste¹¹⁰, l'Etat s'auto-limite lorsqu'il consacre des garanties individuelles¹¹¹.

En conséquence, les droits fondamentaux ont dépassé la vision héritée des Lumières, centrée sur les libertés individuelles et dans laquelle l'Etat n'intervient qu'en tant que menace¹¹².

3. *La crise écologique*

Ces développements s'inscrivent dans une période historique et conceptuelle singulière, qui s'ouvre avec la révolution industrielle au milieu du dix-huitième siècle et la combustion massive d'énergies fossiles¹¹³. Or, cette période est en train de prendre fin en raison d'un ensemble d'éléments souvent réunis sous le terme de *crise écologique*. Si une prise de conscience (limitée) commence à poindre en ce qui concerne le changement climatique, la pression exercée par l'espèce humaine sur la planète Terre va plus loin en incluant également les dimensions de perte de biodiversité et de pollution, dans ce que les Nations Unies qualifient de «triple crise planétaire»¹¹⁴.

108 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 33.

109 KAREL VAŠÁK, *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, UNESCO Courier 1977, p. 29 ss.

110 RAYMOND WACKS, *Understanding Jurisprudence*, 4^{ème} éd., Oxford 2015, p. 68 ss.

111 BINGHAM (note 27), p. 68.

112 PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. I: Les fondements, 3^{ème} éd., Berne 2012, p. 774. Cf. ABRAVANEL (note 18), p. 23: «Bref, la seule garantie de la liberté personnelle, physique ou des idées, ne suffit point. Elle est formelle, dont indispensable. Mais elle ne satisfait pas la justice, qui stipule les conditions matérielles des libertés, sous la forme de l'égalité des chances et de la sécurité.»

113 Voir ERIC J. HOBBSBAWM, *The Age of Revolution: 1749–1848*, Londres 1962; Id., *The Age of Capital: 1848–1875*, Londres 1975; Id., *The Age of Empire: 1875–1914*, Londres 1987.

114 Voir Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (Secrétariat), «What is the Triple Planetary Crisis?», disponible à l'adresse suivante: <https://unfccc.int/news/what-is-the-triple-planetary-crisis> (consulté le 18 mars 2024).

Simultanément, la crise écologique est une crise énergétique, car l'émission croissante de gaz à effet de serre est directement liée à l'addiction de nos sociétés contemporaines aux machines et aux énergies de tous types¹¹⁵. Les modes de vie et les modèles de société actuels, en Occident du moins, sont ainsi construits sur une vision de ressources illimitées et de croissance infinie qui s'avère insoutenable et ils doivent être repensés pour rentrer dans les limites planétaires¹¹⁶.

Cette crise et la prise de conscience qu'elle rend nécessaire vont induire des changements massifs dans les bases de la pesée des intérêts.

Premièrement, le gâteau à distribuer va se réduire. En effet, alors que, depuis des décennies, les réflexions s'étaient surtout concentrées sur le mode de répartition de richesses toujours plus abondantes, le principal défi va dorénavant consister à assurer une justice sociale dans un monde où les ressources et les biens sont appelés à diminuer¹¹⁷. La pesée des intérêts s'en trouvera plus difficile et plus conflictuelle¹¹⁸.

Deuxièmement, le nombre de bénéficiaires potentiels du gâteau doit augmenter. En effet, pour faire face à la crise écologique, il est urgent de réfléchir à de nouvelles relations entre humains et non-humains. La pesée des intérêts va également s'en trouver modifiée, par exemple lorsque les intérêts de l'agriculture devront inclure non seulement des problématiques strictement humaines (production-distribution-consommation) mais également les intérêts d'autres vivants tels que les forêts ou les abeilles¹¹⁹.

III. Synthèse

La pesée des intérêts, pour figurer parmi les instruments juridiques classiques, est en réalité un concept beaucoup plus large et indissociable de la vie en société. Par ailleurs, si l'instrument demeure, il opère dans des circonstances qui ont beaucoup changé depuis deux siècles et qui est appelé à évoluer encore au cours des prochaines décennies.

115 JEAN-MARC JANCOVICI, *Transition énergétique pour tous: Ce que les politique n'osent pas vous dire*, Paris 2013.

116 JOHAN ROCKSTRÖM ET AL., *A safe operating space for humanity*, nature 2009, p. 472 ss.

117 CHRISTIAN GOLLIER, *Le climat après la fin du mois: Le coût de la transition écologique*, Paris 2022. Voir la notion de «classes géosociales» développée par BRUNO LATOUR, *Où atterrir? Comment s'orienter en politique*, Paris 2017, p. 82–83.

118 Voir, par exemple, les conflits autour de l'utilisation de l'eau. Cf. MARK ZEITOUN, *Reflections: Understanding Our Use and Abuse of Water*, Oxford 2023.

119 Voir BRUNO LATOUR, *Esquisse d'un Parlement des choses*, *Ecologie & Politique* 2018/1, p. 47 ss. La proposition de BRUNO LATOUR consistait à créer un «parlement des choses» qui inclurait des représentantes et des représentants des êtres humains et des êtres non-humains.

D. La pesée des intérêts et le droit public

Il convient à présent de s'intéresser à la place de la pesée des intérêts en droit public suisse. A ce stade, nous nous concentrerons sur l'opposition entre plusieurs intérêts, sans chercher à déterminer si lesdits intérêts sont publics ou privés¹²⁰.

Nous commencerons par montrer que la notion d'intérêt joue un rôle dans la définition du droit public (I.), ce qui définit simultanément le champ du présent rapport. Nous analyserons ensuite les champs du droit constitutionnel (II.) et du droit administratif (III.), quand bien même ces deux domaines ne sont pas séparés de manière rigide¹²¹. Nous poursuivrons par l'examen du traitement de ce thème dans la doctrine suisse (IV.) et terminerons par une synthèse (V.).

I. Le droit public

De manière générale, le droit public comprend les règles juridiques qui régissent l'accomplissement de tâches publiques et qui poursuivent un intérêt public¹²². A ce titre, il se distingue du droit privé, qui regroupe les règles régissant les relations entre personnes privées, à l'exemple du droit de la famille ou du droit des obligations¹²³. L'intérêt public, notion qui sera examinée en détail plus bas¹²⁴, est ainsi l'un des critères qui permet de décider si un certain complexe de faits – par exemple, un contrat conclu par une collectivité publique – est soumis au droit public ou au droit privé¹²⁵.

En vertu des règles exposées plus haut¹²⁶, la nature privée ou publique d'une règle est aussi déterminante dans la répartition des compétences entre collectivités publiques au sein de l'Etat fédéral: la Confédération ayant épuisé sa compétence en matière de droit privé (art. 122 al. 1 Cst. féd.), une règle cantonale de droit public dans le même domaine ne peut subsister, en vertu de l'art. 6

120 *Infra* E.

121 Conformément à la formule consacrée selon laquelle «*le droit administratif est du droit constitutionnel concrétisé*». Cf. FRITZ WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1959, p. 527 ss.

122 CHRISTIAN BOVET/ANGELA CARVALHO, *Glossaire juridique*, Genève 2017, p. 73.

123 BOVET/CARVALHO (note 122), p. 73.

124 *Infra* E. I.

125 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} éd., Berne 2011, p. 422. Cf. p. 429–430. Dans les faits, cette question est souvent évidente, mais elle pose parfois d'épineux problèmes. Voir par exemple TF, Arrêt 2C_849/2021 du 17 janvier 2023 (publié in: SJ 2023 p. 552): dans le canton de Genève, l'accueil d'enfants dans une structure privée ne constitue pas une tâche publique et ressortit au droit privé, mais la contre-prestation financière due par les parents, dont le montant est impérativement fixé par un barème adopté par la commune afin d'assurer l'égalité de traitement et la prise en compte de la capacité contributive, relève, elle, du droit public.

126 *Supra* B.III.

al. 1 CC, que si elle poursuit un intérêt public pertinent et qu'elle ne contrarie pas le sens et l'esprit du droit fédéral¹²⁷.

II. Le droit constitutionnel

Le droit constitutionnel est la «*branche du droit qui a pour objet les règles, les institutions juridiques et les pratiques politiques essentielles qui concernent l'Etat et l'exercice de la puissance publique, de même que les relations que cet Etat entretient avec la société*»¹²⁸.

Il trouve sa source essentiellement dans la constitution (formelle et matérielle) de l'Etat concerné¹²⁹. Conformément à l'art. 5 al. 4 Cst. féd., il convient d'adjoindre à cette dernière les règles de droit international pertinentes¹³⁰, en particulier lorsqu'une disposition internationale est jugée directement applicable en Suisse¹³¹. Il en va ainsi notamment dans le domaine des droits fondamentaux, où la Suisse a ratifié de nombreux traités internationaux¹³², dont les plus connus sont la Convention européenne des droits de l'homme¹³³ et les deux Pactes des Nations-Unies sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels¹³⁴.

La place occupée par la pesée des intérêts en droit constitutionnel sera examinée de manière générale (a.) et en lien avec les droits fondamentaux (b.).

1. Le droit de l'Etat

Le droit constitutionnel est d'abord le «*droit de l'Etat*» (*Staatsrecht*)¹³⁵.

Ce domaine est entièrement parcouru d'arbitrages entre différents intérêts publics et privés. Par exemple, l'adoption d'ordonnances sur la sauvegarde des

127 ATF 122 I 18, c. 2.a. Cf. OFK BV-BIAGGINI, Art. 122 N 2.

128 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 9.

129 DUBEY/ZUFFEREY (note 94), p. 62–63.

130 CR Cst.-BESSON, art. 5 N 139; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 36. Voir OLIVER DIGGELMANN, *Verfassung und Völkerrecht*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (note 17), p. 265 ss.

131 ATF 142 II 161, c. 4.5.1.

132 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 13 décembre 2019 visant à compléter la loi fédérale sur des mesures de promotion civile de la paix et de renforcement des droits de l'homme en vue de la création d'une institution nationale des droits de l'homme (INDH), FF 2020 p. 493 ss, p. 499. Cf. JÖRG KÜNZLI, *Internationaler Menschenrechtsschutz und die Schweiz*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (note 23), p. 1245 ss.

133 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (ratification par la Suisse le 28 novembre 1974, RS/CH 0.101; CEDH). On relèvera que la CEDH porte, dans la partie consacrée aux accords internationaux, le même numéro systématique que la Constitution fédérale, ce qui montre son importance.

134 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (ratification par la Suisse le 18 juin 1992, RS/CH 0.103.1) et Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (ratification par la Suisse le 18 juin 1992, RS/CH 0.103.2).

135 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 9.

intérêts du pays doit être justifiée par un intérêt public prépondérant¹³⁶. De même, en cas de contrariété d'une initiative populaire cantonale avec le droit supérieur, une pesée des intérêts est au cœur du choix entre son invalidation totale ou partielle¹³⁷.

La nécessité d'opérer une pesée des intérêts découle également de l'opposition entre différents intérêts ancrés dans la Constitution. Nous reviendrons sur cette question plus bas¹³⁸, mais il est utile d'en fournir d'ores et déjà une illustration. A l'ère de la crise écologique, un consensus politique large s'est opéré autour du développement de modes de production d'énergie renouvelable, qui s'inscrit dans le cadre de l'art. 89 Cst. féd. (politique énergétique). Or, de tels projets entrent en conflit avec d'autres intérêts publics, en particulier ceux visés à l'art. 78 Cst. féd. (protection de la nature et du patrimoine)¹³⁹. La thématique de la construction de parcs éoliens occupe ainsi le Tribunal fédéral depuis plus de vingt ans¹⁴⁰. Si le raisonnement judiciaire se concentre souvent sur les lois fédérales qui sont venues concrétiser les intérêts publics précités, il n'en demeure pas moins que ces litiges matérialisent des conflits qui sont, fondamentalement, de nature constitutionnelle.

2. *Les droits fondamentaux*

Le droit constitutionnel inclut ensuite les droits fondamentaux. Dans ce contexte également, les intérêts publics et privés concernés jouent un rôle central. Ainsi, en application de l'art. 36 Cst. féd.¹⁴¹, toute atteinte à un droit fondamental doit, pour être conforme à la Constitution, reposer sur une base légale (al. 1), être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2), être proportionnée au but visé (al. 3) et ne pas porter atteinte à l'essence des droits fondamentaux (al. 4).

Hormis l'exigence de base légale et le respect de l'essence des droits¹⁴², l'architecture interne de l'art. 36 Cst. féd. repose entièrement sur une pesée des intérêts: sur l'un des plateaux, le droit fondamental (individuel) touché par la mesure étatique; sur l'autre, l'intérêt public ou privé invoqué par l'Etat¹⁴³.

136 ATF 131 III 652, c. 2. Cf. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (note 17), p. 597 ss.

137 ATF 133 I 110, c. 3.4. Cf. BARBARA SCHAUB, Die Vereinbarkeit kantonaler Volksinitiativen mit dem übergeordneten Recht, Zurich 2023, p. 217 ss.

138 *Infra* E. I.2.

139 ATF 148 II 36, c. 5.

140 Voir notamment ATF 132 II 408 (Crêt-Meuron); ATF 147 II 319 (Sainte-Croix); ATF 148 II 36 (Montagne de Granges); ATF 149 II 86 (Eoljoux).

141 OFK BV-BIAGGINI, Art. 36 N 3.

142 Cette condition joue en pratique un rôle très limité. Cf. CR Cst.-DUBÉY, art. 36 N 133.

143 MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 106. Voir également JULIA HÄNNI, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts: Zur Präjudizienrezeption als Methodik gerichtlicher Entscheidfindung. Unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte, Zurich 2022, p. 163 ss.

Techniquement, le raisonnement s'opère donc en deux étapes: il convient d'abord d'identifier et de valider l'intérêt invoqué (al. 2); ensuite, il convient de le peser, ce qui s'effectue dans le cadre de l'analyse du principe de la proportionnalité (al. 3). Ces deux étapes entretiennent des liens très étroits¹⁴⁴. En effet, selon la jurisprudence, la proportionnalité se compose de trois sous-aspects¹⁴⁵: l'aptitude (*Eignung*), qui requiert qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés, la nécessité (*Erforderlichkeit*), qui exige que les résultats escomptés ne puissent pas être atteints par une mesure moins incisive, ainsi que la proportionnalité au sens étroit (*Zumutbarkeit*), selon laquelle la limitation ne doit pas aller au-delà du but visé et un rapport raisonnable doit être ménagé entre ce dernier et les intérêts publics ou privés compromis. La pesée des intérêts s'effectue dans le cadre du troisième sous-principe¹⁴⁶: pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, «*le principe de la proportionnalité au sens étroit [implique] une pesée des intérêts*»¹⁴⁷.

Sous l'angle légistique, on relèvera que l'art. 36 al. 2 Cst. féd. se réfère, de manière générale, à l'existence d'un intérêt public ou d'un droit fondamental d'autrui¹⁴⁸. La Convention européenne des droits de l'homme est, pour sa part, plus précise puisque chaque liberté y est accompagnée d'une énumération spécifique des intérêts publics susceptibles de justifier sa restriction¹⁴⁹. Par exemple, une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale ne peut être justifiée que si elle est nécessaire «*à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui*» (art. 8 § 2 CEDH). Il en est de même

144 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^{ème} éd., Zurich 2020, p. 122; STEPHAN WULLSCHLEGER, *Interessenabwägung im Umweltrecht*, DEP 1995, p. 75 ss, p. 86.

145 Voir, par exemple, ATF 141 I 20, c. 6.2.1; ATF 140 I 381, c. 4.5. Cf. ULRICH ZIMMERLI, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht: Versuch einer Standortbestimmung*, RDS 1978 II p. 1 ss, p. 13 ss. Cf. aussi SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK/XAVIER DELGRANGE, *Le principe de proportionnalité: retour sur quelques espoirs déçus*, *Revue du droit des religions* 2019, p. 41 ss, p. 45. On relèvera qu'initialement, le contenu du principe de la proportionnalité était moins affirmé et moins précis. Cf. ATF 97 I 499, c. 5.c.

146 CR Cst.-DUBÉY, art. 5 N 104; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 128; ZIMMERLI (note 145), p. 16.

147 ATF 140 I 381, c. 4.5; ATF 146 I 157, c. 5.4; ATF 149 I 129, c. 5. Voir CHARLES-ALBERT MORAND, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, in: *De la Constitution: Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle 1996, p. 57 ss.

148 CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale* (note 16), p. 197: «*En ce qui concerne la base constitutionnelle de l'intérêt public, il serait contraire au système de notre constitution actuelle d'exiger une inscription expresse dans le texte constitutionnel de toutes les tâches d'intérêt public susceptibles de justifier une restriction des droits fondamentaux.*» Cf. SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 49.

149 Même si les termes utilisés consistent en les «*notions les plus extensibles du droit public*». Cf. FRÉDÉRIC SUDRE/LAURE MILANO/BÉATRICE PASTRE-BELDA/AURÉLIA SCHAHMANECHE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 16^{ème} éd., Paris 2023, p. 208–209.

en matière de privation de liberté où, contrairement à l'art. 31 al. 1 Cst. féd.¹⁵⁰, l'art. 5 § 1 CEDH énumère de manière exhaustive six motifs admissibles de détention, lesquels doivent au surplus, selon la jurisprudence de la Cour, faire l'objet d'une «*interprétation étroite*»¹⁵¹.

Cela étant, malgré la formulation générale de la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral considère aussi que les droits fondamentaux n'autorisent pas tous le même «*spectre*» d'intérêts publics¹⁵². Ainsi, par exemple, les restrictions à la liberté personnelle et à la liberté de réunion ne se justifient que si elles relèvent de l'ordre public¹⁵³. Il convient également de relever que la compréhension et l'interprétation des droits fondamentaux évoluent avec le temps, ce qui a un impact sur les motifs qui permettent de les restreindre¹⁵⁴.

III. Le droit administratif

Le droit administratif est usuellement défini comme «*l'ensemble des normes qui régissent l'administration publique, à savoir son organisation, ses activités et la procédure qu'elle doit appliquer*»¹⁵⁵.

Si les sources du droit administratif sont, pour l'essentiel, internes, elles incluent également des traités internationaux lorsque ceux-ci comportent des règles de droit directement applicables¹⁵⁶. Tel est le cas, par exemple, de certaines dispositions de la Convention sur la circulation routière du 8 novembre 1968¹⁵⁷, notamment en matière de suspension de la validité des permis de conduire (art. 42)¹⁵⁸.

Nous allons à présent examiner le rôle de la pesée des intérêts en droit administratif général (a.) et en droit administratif spécial (b.).

150 «*Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit.*»

151 CourEDH (GC), *Affaire Ilseher c. Allemagne*, req. n. 10211/12, 4 décembre 2018, § 126.

152 ATF 142 I 49, c. 8.1. Cf. PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^{ème} éd., Berne 2022, p. 170; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 117.

153 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 207 et p. 401–402.

154 ATF 108 Ia 41 *Rivara*, c. 2.b-c.

155 TANQUEREL (note 60), p. 3.

156 DUBÉY/ZUFFEREY (note 94), p. 112–113.

157 RS/CH 0.741.10.

158 TF, Arrêt 1C_80/2023 du 19 décembre 2023, c. 3. L'applicabilité directe d'un traité international ou de certaines de ses dispositions soulève parfois des discussions intenses. Voir, par exemple, s'agissant de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) du 25 juin 1998 (RS/CH 0.814.07), DANIELA THURNHERR, *Die Aarhus-Konvention in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts – Eine Spurensuche*, DEP 2017 p. 510 ss.

1. Le droit administratif général

Le droit administratif général regroupe les éléments permanents, typiques et récurrents des différentes législations administratives¹⁵⁹, dont il constitue en quelque sorte le «*patrimoine commun*»¹⁶⁰.

Cet ensemble de règles, de principes et de figures juridiques est traversé par des pesées d'intérêts¹⁶¹. Il convient d'en donner une vision aussi complète que possible, afin de montrer le caractère véritablement structurant de ce mécanisme, en l'organisant autour de grandes thématiques.

La première thématique est celle de l'organisation de l'administration. En effet, conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. féd., l'administration doit être organisée «*en fonction des intérêts publics justifiant cette activité*» compris dans un sens large, qui peut notamment inclure l'efficacité, l'efficience ou l'indépendance de l'entité concernée¹⁶². L'obligation de résidence, l'une des questions «classiques» du droit du personnel de l'Etat, déclenche ainsi une pesée des intérêts entre l'intérêt de la collectivité publique et celui de la personne concernée, notamment sous l'angle de la liberté d'établissement¹⁶³. Les questions plus récentes n'y échappent pas non plus: ainsi, l'externalisation d'une tâche de l'Etat n'est admissible que si l'intérêt public ne s'y oppose pas¹⁶⁴ et qu'elle ne met pas en péril l'exécution de la tâche publique concernée¹⁶⁵. En conséquence, elle doit reposer sur des motifs qui viennent compenser la perte de légitimation, de contrôle et de coordination¹⁶⁶. De même, la transparence de l'Etat introduite à la fin du vingtième siècle¹⁶⁷ exige une pesée des intérêts lors de chaque demande

159 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 12.

160 TANQUEREL (note 60), p. 14.

161 PIERRE MOOR, Intérêts publics et intérêts privés, in: Morand (note 90), p. 17 ss, p. 17.

162 PIERRE MOOR/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, Droit administratif, vol. III: L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2^{ème} éd., Berne 2018, p. 213.

163 MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 434; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 461. Le Tribunal fédéral a progressivement restreint les cas dans lesquels une telle obligation est admissible, en exigeant qu'elle soit justifiée par un intérêt public non fiscal tel que la nature du service ou la création de liens avec la population. Cf. ATF 128 I 280, c. 4.2.

164 BLAISE KNAPP, L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bâle 1996, p. 7.

165 FRANÇOIS BELLANGER, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in: Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève 2016, p. 43 ss, p. 58.

166 STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten – Grundprobleme der Verwaltungsorganisation, Zurich 2008, p. 164 ss.

167 Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (RS 152.3; Loi sur la transparence, «LTrans»); Cf. KASPAR SPOERRI/FRÉDÉRIC VARONE, La transparence administrative à l'épreuve des usagers: une évaluation exploratoire dans cinq cantons, Leges 2008, p. 89 ss. Sur le rapport entre la LTrans et d'autres lois fédérales, cf. notamment ATF 146 II 265 (LTrans et contrôle des produits par l'administration) et TF, Arrêt 1C_272/2022 du 15 novembre 2023 (destiné à la publication) (LTrans et secret fiscal en matière de TVA).

de consultation¹⁶⁸ et génère de constantes tensions avec le droit au respect de la vie privée¹⁶⁹ et la protection des données personnelles¹⁷⁰.

La deuxième thématique est celle de la gestion des biens de l'Etat. D'un côté, la jurisprudence reconnaît de longue date un droit conditionnel (*bedingter Anspruch*) à un usage du domaine public allant au-delà de l'usage commun – usage accru ou privatif – en s'appuyant sur les droits fondamentaux¹⁷¹. De l'autre, l'Etat peut légitimement invoquer des motifs qui s'opposent à un usage plus intensif du domaine public. Ces motifs peuvent être classés en deux groupes: ceux qui ont trait à «*l'économie du domaine public*», comme l'interdiction de la circulation automobile sur des routes de montagne, et ceux qui se réfèrent à des intérêts généraux, à l'image d'une interdiction de stationner destinée à protéger des arbres contre l'asphyxie¹⁷². Saisie d'une demande d'usage accru du domaine public, l'autorité procède donc à une pesée des intérêts qui doit tenir compte de l'intensité et des effets de l'usage prévu¹⁷³.

La troisième thématique est celle de l'interprétation du droit administratif. En effet, la pesée des intérêts est au cœur de la méthode téléologique¹⁷⁴. Elle préside aussi à l'insertion de dérogations légales, qui peuvent prendre la forme d'exceptions ou d'autorisations exceptionnelles (par exemple, d'exercer une activité qui, dans la règle, est interdite pour des motifs d'intérêt public ou de réaliser une construction qui n'est pas conforme aux règles applicables du droit de l'aménagement du territoire ou du droit des constructions)¹⁷⁵. Dans une telle situation, il est nécessaire d'analyser de manière approfondie si l'on est en présence d'un «*cas de rigueur*»¹⁷⁶. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral considère qu'une disposition d'exception doit être interprétée conformément aux règles usuelles et non de manière spécifiquement restrictive ou extensive¹⁷⁷.

168 TF, Arrêt 1C_370/2020 du 14 juin 2021, c. 2.5. Cf. MARCEL BOLLER/PIA HUNKEMÖLLER, *Zugangsrecht zu amtlichen Dokumenten*, PJA 2020, p. 771 ss.

169 ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée*, Medialex 2003, p. 225 ss. En matière de transmission de données relatives à la santé aux archives cantonales, cf. ATF 148 I 233, c. 5.2.

170 HÄNNI (note 31), p. 315.

171 Il peut s'agir de libertés idéales telles que les libertés d'expression ou de réunion (voir, par exemple, ATF 138 I 274, c. 2.2.2) ou de la liberté économique (voir, par exemple, ATF 142 I 99, c. 2.4.2).

172 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 162), p. 710–711.

173 TANQUEREL (note 60), p. 75.

174 WULLSCHLEGEL (note 144), p. 91.

175 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 639; THIERRY TANQUEREL, *La pesée des intérêts vue par le juge administratif*, in: Morand (note 90), p. 189 ss, p. 190.

176 ATF 137 II 1, c. 4.1 (qui suppose, dans le domaine du droit des étrangers, des «*wichtige persönliche Gründe*»); ATF 136 I 254, c. 3.6.1. Voir, dans le cadre de l'art. 66a du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS/CH 311.0; «CP»), ATF 147 IV 340, c. 3.2.5. Sur cette disposition, lire LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI/STÉPHANIE MUSY, *La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'expulsion pénale*, SJ 2022 p. 473, p. 478 ss.

177 ATF 141 V 674, c. 2.2.

La quatrième thématique oppose, dans toute une série de configurations, l'intérêt à la bonne application du droit objectif (et de l'intérêt qu'il poursuit) et l'intérêt à la sécurité du droit (et à la protection de la confiance)¹⁷⁸. Il en va ainsi en matière de défauts affectant un acte administratif¹⁷⁹, de la révocation de décisions entrées en force¹⁸⁰, de la révision¹⁸¹, de l'éventuelle annulation d'un contrat de droit administratif affecté d'un vice¹⁸², de la rétroactivité des lois¹⁸³ et de l'application intertemporelle du droit administratif¹⁸⁴. Comme l'indique THIERRY TANQUEREL, «*[d]ans toutes les hypothèses, une pesée des intérêts doit donc intervenir, pesée dans laquelle l'intérêt à la sécurité du droit et celui à l'application objective du droit peuvent se voir attribuer une importance variable*»¹⁸⁵. Ces hypothèses peuvent être classées dans trois ensembles¹⁸⁶: dans certaines configurations, l'intérêt public domine par principe (motifs de police et intérêts publics prépondérants, notamment en présence de décisions déployant des effets pour une durée indéterminée¹⁸⁷); parfois, la sécurité du droit (et donc l'intérêt privé) l'emporte par principe (notamment en présence d'une faculté utilisée de manière irréversible ou d'une procédure qui a été menée de manière complète); quelquefois, enfin, la pesée des intérêts ne peut être prédéterminée et une appréciation au cas par cas doit être effectuée.

La cinquième thématique concerne les grands principes du droit administratif. Ainsi, dans le cadre du principe d'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst. féd.), le Tribunal fédéral admet, à des conditions très restrictives, un droit à l'égalité dans l'illégalité¹⁸⁸. Cependant, la reconnaissance d'un droit à un traitement illégal peut compromettre d'autres intérêts, tout aussi légitimes, de sorte qu'une pesée sera inévitable¹⁸⁹. Et, même si les conditions sont remplies, il conviendra

178 FRÉDÉRIC BERNARD, La protection de la bonne foi, in: Bellanger/Bernard (note 105), p. 155 ss, p. 177 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 119; GEORG MÜLLER, Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, ZBl 1972, p. 337 ss, p. 338.

179 ATF 83 I 1, c. 3.

180 ATF 143 II 1, c. 5.1; ATF 137 I 69, c. 2; ATF 135 V 215, c. 5.2. Cf. DUBÉY/ZUFFÉREY (note 94), p. 363 ss; ALAIN PAPAUX/DAVIDE CERUTTI, Introduction au droit et à la culture juridique, vol. II, Genève 2021, p. 224 ss; ZIMMERLI (note 145), p. 100–101.

181 MOOR/POLTIER (note 125), p. 396–398.

182 ATF 138 V 147, c. 2.3–2.4; ATF 105 Ia 207, c. 2.b. Cf. DUBÉY/ZUFFÉREY (note 94), p. 388.

183 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 63–64; MATTHIAS KRADOLFER, Rückwirkung im Verwaltungsrecht, recht 2/2022, p. 55 ss; MADELEINE CAMPRUBI, Ungeschriebene Grenzen der Rückwirkung von Rechtssätzen in der Schweiz, Berne 2020.

184 TF, Arrêt 2C_1034/2022 du 23 mai 2023, c. 6.3. Cf. MATTHIAS KRADOLFER, Intertemporales öffentliches Recht, Zurich 2020, p. 219 ss; MILENA PIREK, L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi, Zurich 2018. Pour un exemple concernant un régime transitoire accompagnant l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation, cf. ATAF 2023 V/1, c. 3.4.2.

185 TANQUEREL (note 60), p. 333.

186 MOOR/POLTIER (note 125), p. 388 ss.

187 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 329.

188 ATF 136 I 65, c. 5.6. Cf. TANQUEREL (note 60), p. 213–214.

189 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 631.

de renoncer à violer à nouveau la loi en présence d'un intérêt public ou privé prépondérant¹⁹⁰. Une pesée des intérêts similaire caractérise l'application du principe de la bonne foi en cas de renseignements erronés fournis par l'administration¹⁹¹ et en présence de droits acquis¹⁹².

La sixième thématique se rapporte à la procédure administrative. Ainsi, la décision de refuser l'accès au dossier doit résulter d'une soigneuse pesée des intérêts¹⁹³. De même, il peut être fait exception au droit d'être entendu si son exercice porterait atteinte à des intérêts publics ou privés légitimes (art. 27 PA)¹⁹⁴. La pesée est également au cœur de la décision d'octroyer, de retirer ou de restituer l'effet suspensif au recours¹⁹⁵ et de l'éventuelle réparation d'une violation du droit des parties d'être entendues¹⁹⁶. Sous l'angle de la recevabilité du recours, l'existence d'un intérêt privé ou public peut conduire une juridiction à renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel¹⁹⁷.

La septième thématique porte sur la responsabilité de l'Etat. En matière d'acte illicite, la responsabilité causale exclusive de l'Etat accompagnée d'une action récursoire pour faute grave, aujourd'hui instaurée au niveau fédéral et dans la plupart des cantons, découle d'une pesée des intérêts visant à protéger simultanément les tierces personnes, le personnel de l'Etat et l'intérêt public¹⁹⁸. En matière d'acte licite, les propositions doctrinales visant à reconnaître une clause générale de responsabilité, fondée en particulier sur l'art. 8 Cst. féd. (principe de l'égalité devant les charges publiques), supposent une pesée des intérêts entre le principe de la légalité et les autres valeurs constitutionnelles¹⁹⁹.

190 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 574.

191 ATF 129 I 161, c. 4.1. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 922; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 153.

192 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 276.

193 ATF 122 I 153, c. 6.a (arrêt rendu avant la mise en œuvre du principe de transparence de l'administration). Cf. Komm. VWVG-BRUNNER, Art. 27 N 4 ss.

194 RENÉ WIEDERKEHR/CHRISTIAN MEYER, Schranken, Ausnahmen und Relativierungen des rechtlichen Gehörs, PJA 2022, p. 1092 ss. Notons que, selon les cas, on sera en présence d'un report dans le temps de l'exercice du droit d'être entendu plutôt que d'une véritable restriction. Cf. FRÉDÉRIC BERNARD, Le droit d'être entendu, in: Frédéric Bernard/François Bellanger (éd.), Les grands principes de la procédure administrative, Genève 2023, p. 59 ss, p. 80 ss.

195 Komm. VWVG-KIENER, Art. 55 N 13 ss. Voir, de manière générale, BENJAMIN MÄRKLI, Die aufschiebende Wirkung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Zurich 2022. Dans le domaine du droit des marchés publics, voir TAF, Décision B-3374/2023 du 28 août 2023, c. 3. Cf. CHRISTOPH JÄGER, Das neue Rechtsschutzsystem: Überblick und ausgewählte Elemente, Marchés publics 2022, Fribourg 2022, p. 397 ss, p. 418 ss.

196 RENÉ WIEDERKEHR/KASPAR PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Berne 2020, p. 159 ss.

197 ATF 147 II 49, c. 1.2.2. Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 788–789.

198 TANQUEREL (note 60), p. 574. Consulter, de manière générale, FELIX UHLMANN, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Zurich 2017.

199 THIERRY LARGEY, La responsabilité de l'Etat pour acte licite, en matière de lutte contre les épidémies: Considérations sur les régimes d'indemnisation dans le cadre des mesures relatives au COVID-19, in: ASDPO (éd.), Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités

Enfin, la huitième thématique englobe les instruments généraux qui permettent à l'Etat d'intervenir dans la sphère de l'économie²⁰⁰. Ce thème est abordé spécifiquement dans l'un des rapports spéciaux, de sorte qu'il ne sera pas davantage développé ici. Il convient toutefois de mentionner trois hypothèses dans lesquelles la pesée des intérêts joue un rôle important: les limites qui peuvent être apportées au principe d'égalité de traitement entre entités concurrentes pour des motifs d'ordre public ou de politique sociale²⁰¹, la création de monopoles²⁰² et l'expropriation, qui permet à l'Etat de forcer l'acquisition de certains terrains ou bien lorsque l'intérêt public l'emporte sur les autres intérêts concernés²⁰³.

2. *Le droit administratif spécial*

Le droit administratif spécial est «*constitué par les lois et ordonnances fédérales, cantonales, communales traitant un aspect ou un autre des activités de l'administration – ce qu'on peut appeler la législation administrative*»²⁰⁴.

L'instrument de la pesée des intérêts parcourt aussi les différentes branches de la législation administrative. S'il n'est évidemment pas possible de les présenter toutes ici²⁰⁵, nous pouvons illustrer ce qui précède au moyen d'une branche où la pesée des intérêts joue un rôle central: l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement²⁰⁶. La coexistence d'intérêts y est si centrale que ce domaine a donné naissance aux procédures dites complexes, qui désignent les cas où une activité est soumise à plusieurs législations qui poursuivent

publiques – fonction publique, Berne 2022, p. 1 ss, p. 30; PIERRE MOOR, Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: Thürer/Aubert/Müller (note 39), p. 265 ss, p. 282–283. Cf. également MOOR/POLTIER (note 125), p. 537, p. 885 ss.

200 Voir, de manière générale, ETIENNE GRISEL, Liberté économique: Libéralisme et droit économique en Suisse, Berne 2006; JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit: Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 BV, Zurich 2011; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2^{ème} éd., Bâle 2011; HENRI TORRIONE, L'approche selon la réalité économique (die wirtschaftliche Betrachtungsweise) en droit fiscal et en philosophie du droit, in: Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel, Berne 2014, p. 311 ss, p. 317 ss.

201 ATF 147 V 423, c. 5.1; ATF 149 I 146, c. 4.4.3.

202 DUBÉY/ZUFFEREY (note 94), p. 689 ss.

203 ANNE-CHRISTINE FAVRE, L'expropriation formelle, en particulier pour les grandes infrastructures de transport, in: Thierry Tanquerel/François Bellanger (éd.), La maîtrise publique du sol: expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix, Genève 2009, p. 7 ss. Cf. ATF 114 Ia 341, c. 3.b.

204 PIERRE MOOR, Droit administratif, in: Dictionnaire historique de la suisse (version du 19.03.2015), disponible à l'adresse suivante: <<https://hls-dhs-dss.ch>> (consulté le 18 mars 2024).

205 Voir, sous l'angle du principe de la proportionnalité, la deuxième partie du rapport de PIERRE MÜLLER, Le principe de la proportionnalité, RDS 1978 II, p. 197 ss, p. 220 ss.

206 MOOR (note 90), p. 19; CHARLES-ALBERT MORAND, Pesée d'intérêts et décisions complexes, in: Morand (note 90), p. 41 ss, p. 49 ss.

des objectifs différents et qui relèvent parfois de la compétence de collectivités publiques ou d'autorités différentes²⁰⁷.

La pesée des intérêts joue d'abord un rôle au stade de la planification territoriale, l'accent mis sur cette dernière par les articles 75 al. 1 Cst. féd. et 3 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire²⁰⁸ découlant d'ailleurs directement de la conscience de la coexistence d'une multitude d'intérêts²⁰⁹. Dans ce cadre, aucun intérêt ne bénéficie d'une priorité en soi et, en cas de conflit, il faudra procéder à une pesée des intérêts qui *«arbitrera en faveur de la solution qui, dans sa totalité et en fonction des données de fait, assure le meilleur équilibre»*²¹⁰. La pesée des intérêts est aussi au cœur du conflit entre stabilité et adaptation des plans²¹¹, qu'elle se rapporte aux plans directeurs (art. 9 al. 2 LAT)²¹² ou aux plans d'affectation (art. 21 al. 2 LAT)²¹³.

La pesée des intérêts est également déterminante dans l'application de la législation. L'arrêt du Tribunal fédéral relatif à la possibilité d'exiger la démolition de constructions illégales en zone agricole même après l'écoulement d'une période de trente ans en fournit une bonne illustration²¹⁴. En effet, dans cet arrêt, notre Haute Cour a effectué une pesée entre l'intérêt public à l'application du droit objectif – notamment sous l'angle du principe constitutionnel de la séparation du territoire bâti et non bâti – et les intérêts privés concernés (entre autres, la protection de la situation acquise ou de la confiance des personnes concernées), en privilégiant le premier d'entre eux²¹⁵ et en laissant expressément la possibilité d'octroyer des dérogations dans des cas particuliers²¹⁶.

Il convient enfin de relever que le pouvoir constituant a parfois cherché à proscrire toute pesée des intérêts dans ce domaine, par exemple pour protéger certains biotopes (art. 78 al. 5 Cst. féd.) ou pour limiter certains types de logements (art. 75b Cst. féd.)²¹⁷.

207 JAAC 1977, no 113. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 804–805; MÜLLER (note 205), p. 249.

208 RS/CH 700; «LAT».

209 MOOR/POLTIER (note 125), p. 537.

210 MOOR/POLTIER (note 125), p. 537. Cf. ATF 132 II 209, c. 2.2; ATF 120 Ib 207, c. 6.

211 TANQUEREL (note 60), p. 390. Cf. ATF 144 II 41, c. 5.1; ATF 140 II 25, c. 3.

212 Voir déjà ATF 94 I 347, c. 5.

213 MAXIME FLATTET, *Démocratie directe et aménagement du territoire*, Fribourg 2021, p. 320 ss.

214 ATF 147 II 309.

215 ATF 147 II 309, c. 5.5.

216 ATF 147 II 309, c. 5.6.

217 *Infra* G.I.2.

IV. La doctrine

Initialement, la doctrine de droit public abordait peu l'instrument de la pesée des intérêts en tant que tel, privilégiant l'analyse de la notion d'intérêt public²¹⁸, en lien notamment avec la liberté économique²¹⁹ et avec l'expropriation²²⁰. La pesée des intérêts a commencé à occuper une place plus importante dans les ouvrages parus après la seconde guerre mondiale²²¹.

La notion d'intérêt est, par ailleurs, au cœur du mouvement doctrinal né en Allemagne au début du vingtième siècle, dans la foulée des travaux de RUDOLF VON JEHRING, appelé *Interessenjurisprudenz*²²². Selon les tenants de cette école, la pesée des intérêts est au centre de la tâche d'application du droit et permet d'assurer, dans le cadre de la légalité, la prise en compte des besoins sociaux et de leur évolution²²³.

V. Synthèse

La multitude d'exemples cités, qui ne prétend par ailleurs pas à l'exhaustivité, montre que la pesée des intérêts est consubstantielle au droit public²²⁴, que ce soit au stade de son adoption ou de son application et de son interprétation²²⁵. Elle joue un rôle si central qu'elle apparaît comme un élément *structurant* de cette branche du droit, et ce plus encore au cours des dernières décennies, marquées par une diminution de la densité normative.

218 Voir par exemple ERWIN RUCK, *Schweizerisches Staatsrecht*, 2^{ème} éd., Berne 1939, p. 116.

219 Voir par exemple WALTER BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 2^{ème} éd., Berne 1914, p. 277 ss.

220 Voir par exemple FRITZ FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8^{ème} éd., Tübingen 1928, p. 144 et p. 290.

221 AUBERT (note 25), p. 266 ss; ZACCARIA GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, vol. I, Zurich 1960, p. 216; ANDRÉ GRISEL, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel 1970, p. 203; MAX IMBODEN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Bâle 1960, p. 59 ss. Cf. GYGI (note 88), p. 170: «*In diesem ordnungsrechtlichen Minimum an Beschränkung der individuellen Freiheiten zur Gewährleistung eines Systems geordneter Freiheit sind – in der liberalrechtsstaatlichen Betrachtungsweise – die einzig und allein verfassungsrechtlich zulässigen polizeirechtlichen Freiheitsbeschränkungen zu sehen.*».

222 MICHEL BUERGISSE, La pesée des intérêts comme méthode: bref aperçu historique, in: Morand (note 90), p. 1 ss, p. 1.

223 PHILIPP HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914, p. 22: «*Der Richter ist nicht bloß ein Subsumtionsapparat, ein Automat, in den Tatbestand und Rechtsnorm aufgenommen werden und aus dem dann ohne jede Eigenwertung des Richters das Urteil herauspringt.*»

224 MORAND (note 206), p. 43. Voir également LLOYD IAN SEADERS, *Das Erfordernis der Gesetzesform als Begründungsproblem*, Zurich 2021, p. 104 ss.

225 TANQUEREL (note 175), p. 191. PHILIPP HECK, *Problem der Rechtsgewinnung*, in: *Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts*, vol. 2, Bad Homburg 1968, p. 35: «*[J]ede Fallentscheidung [ist] als eine Abgrenzung einander gegenüberstehender Interessen aufzufassen und durch eine Abwägung dieser Interessen nach Werturteilen und Wertideen zu gewinnen.*».

E. Les intérêts

Le terme «intérêt», emprunté au latin classique, initialement dans le contexte financier²²⁶, désigne le «*souci de ce qui va dans le sens de quelque chose, de quelqu'un, qui leur est favorable, constitue pour eux un avantage*» et «*ce qui importe, ce qui convient, est avantageux*»²²⁷.

Pour autant, en droit, «*l'intérêt résiste à la définition*»²²⁸, notamment en raison du fait que, comme le souligne NIKLAS LUHMANN, la notion d'intérêt n'est pas spécifiquement juridique et introduit donc une rupture dans la dogmatique juridique: le raisonnement en droit ne peut plus, en effet, se limiter à des préoccupations juridiques ou conceptuelles et exige la connaissance du monde social²²⁹. En outre, contrairement à la vision classique de l'interprétation du droit, cette dernière est également un «*acte de production de sens*», qui fait apparaître que le texte légal n'est pas «*exclusivement porteur de la vérité incontestable du législateur historique*»²³⁰.

Nous traiterons d'abord de l'intérêt public (I.), puis de l'intérêt privé (II.), avant de montrer que ces deux intérêts entretiennent des relations complexes (III.) et de procéder à une synthèse (IV.).

I. L'intérêt public

La notion d'intérêt public ne figurait pas en tant que telle dans la Constitution fédérale de 1874²³¹, sous réserve d'une mention dans le contexte de la garantie de la propriété (art. 22^{1er} al. 2 aCst. féd.).

Elle est aujourd'hui expressément consacrée à l'art. 5 al. 2 Cst. féd.:

² L'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.

L'intérêt public est également mentionné à l'art. 36 al. 2 Cst. féd. parmi les conditions de restriction des droits fondamentaux, de même que, dans des formulations variées, dans de nombreuses dispositions constitutionnelles et légales²³².

Il convient d'abord de définir cette notion (a.) puis de montrer son caractère complexe (b.).

226 ALAIN REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, nouvelle éd., Paris 2019, p. 1835.

227 LAROUSSE, Dictionnaire de français, entrée «intérêt», disponible à l'adresse suivante: <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>> (consulté le 18 mars 2024).

228 FRANÇOIS OST, *Droit et intérêt*, vol. II: Entre droit et non-droit: l'intérêt, Bruxelles 1990, p. 3.

229 LUHMANN (note 1), p. 1 ss. Autrement dit, dans un langage de systémicien, le recours à la notion d'intérêt indique que le droit n'est qu'un sous-système social et non un système autonome. Cf. BUERGISSE (note 222), p. 8.

230 DOMINIQUE MANAI, *Clés pour une introduction au droit*, 2^{ème} éd., Berne 2012, p. 82.

231 OFK BV-BIAGGINI, Art. 5 N 1.

232 Voir, par exemple, art. 1^{er} de la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS/CH 711; «LEX»).

1. La définition

L'intérêt public est une notion juridique indéterminée difficile à définir²³³. L'idée de base qui le sous-tend est simple: dans un Etat de droit, l'activité de l'Etat doit poursuivre l'intérêt général²³⁴ et ne saurait être mise au service de fins purement privées²³⁵. Pour le dire autrement, l'intérêt public légitime et limite les motifs d'action étatique²³⁶. Toute l'action de l'Etat est concernée, qu'il s'agisse d'administration de restriction, de prestation, de gestion ou même d'activité économique de l'Etat²³⁷.

L'intérêt public, comme l'invocation de la figure de l'Etat, procède d'une forme d'abstraction. En effet, l'intérêt public n'est pas «autonome»²³⁸ mais se réalise «lorsqu'il est commun – au moins – à une grande partie de la population»²³⁹, étant précisé que l'intérêt public ne se résume pas à la simple somme d'intérêts individuels²⁴⁰.

Dans une communauté organisée avec une autorité (étatique), l'intérêt public est identifié et interprété, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, par les institutions établies (population, pouvoir constituant, parlement, gouvernement, autorités administratives, tribunaux)²⁴¹. Sa définition plus précise relève avant tout

233 BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 63; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 100–101; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., Bâle 1991, p. 30; PIERRE MOOR, Définir l'intérêt public: une mission impossible?, in: Jean Ruegg/Stéphane Decoutère/Nicolas Mettran (éd.), Le partenariat public-privé: Un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement?, Lausanne 1994, p. 217 ss.

234 Petit commentaire Cst.-MAHON, art. 5 N 13; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 48; WULLSCHLEGEL (note 144), p. 78. Cf. CICÉRON, De la République – Des Lois, Paris 1965, III, III, 8, p. 186: «*Que le salut du peuple soit pour eux la loi suprême.*» (*Ollis salus populi suprema lex esto*).

235 CR Cst.-DUBÉY, art. 5 N 73; TANQUEREL (note 60), p. 189. Cf. ANDREAS AUER, Propos impertinents sur l'Etat et la société civile en Afrique contemporaine: un essai, in: Mélanges offerts au Doyen Charles Cadoux, Aix-en-Provence 1999, p. 25 ss, p. 27 ss.

236 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 166.

237 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 117; Petit commentaire Cst.-MAHON, art. 5 N 7.

238 MOOR (note 90), p. 23–24; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 166. De même, la justification principale de la lutte contre le terrorisme est le droit à la vie de la population, non la protection d'une entité abstraite que serait l'Etat. Cf. COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, Strasbourg, 11 juillet 2002.

239 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 756. Cf. aussi FELIX HAFNER, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen: ein (un)geklärtes Verhältnis, BJM 2004, p. 281 ss, p. 289.

240 MÜLLER (note 178), p. 340: «*[I]nsbesondere ergibt die blosse Summierung von Einzelwertungen in einem unqualifizierten Verfahren kein zutreffendes Bild der Vorstellungen der Öffentlichkeit über die Relevanz eines bestimmten Gegenstandes oder Wertes.*». Cf. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, Du contrat social, livre II, chapitre III, in: Œuvres complètes, vol. III, Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1964, p. 371: «*Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières.*».

241 ATF 138 I 378, c. 8.3. Cf. Petit commentaire Cst.-MAHON, art. 5 N 14; MOOR (note 199), p. 273. Cf. HAFNER (note 239), p. 296: «*Es ist der Staat, der das Auslegungsmonopol darüber besitzt, was im öffentlichen Interesse liegt.*»

de la compétence des autorités constituantes et législatives²⁴². Cet élément démocratique²⁴³ est renforcé par le fait que la définition de l'intérêt public dépend pour une large part de la société civile, qui pousse les autorités à prendre en compte ses attentes par des mouvements d'opinion et par le jeu démocratique (élections, initiatives populaires, référendums, pétitions, etc.)²⁴⁴. Simultanément, cette exigence démocratique permet de contrôler la portée de l'intérêt public²⁴⁵.

La détermination de l'intérêt public repose sur une «*analyse factuelle des réalités sociales*»²⁴⁶ et s'opère «*à la lumière du système de valeurs de l'ordre juridique entier*»²⁴⁷. Un lien étroit existe entre l'intérêt public et les tâches publiques définies démocratiquement²⁴⁸, même si l'intérêt public a un champ d'application plus large²⁴⁹.

En conséquence, l'intérêt public entretient des liens étroits avec la politique et varie en fonction des époques, des lieux et des mentalités²⁵⁰. Concrètement, cette variation peut prendre différentes formes²⁵¹: la reconnaissance d'un nou-

242 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, La Constitution, son contenu, son usage, RDS 1991 II, p. 9 ss, p. 80 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 116; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 50.

243 CR Cst.-DUBÉY, art. 5 N 76; KARLEN (note 35), p. 56.

244 Dans ce sens, JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller (note 39), p. 621 ss, p. 637–638.

245 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 166.

246 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 758. Cf. MARTIN PHILIPP WYSS, Öffentliches Interesse – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Berne 2001.

247 ATF 142 I 49, c. 8.1. Voir également PIERRE MOOR, Réflexions autour du concept de constitution, RDS 2008, I p. 207 ss, p. 221 ss.

248 ATF 138 I 378, c. 8.3: «*Hat das Gesetz eine staatliche Aufgabe festgelegt, so ist diese im demokratischen Prozess als öffentliches Interesse bestimmt worden.*». Cf. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 167; WULLSCHLEGEL (note 144), p. 78. Sont considérées comme tâches de l'Etat, en effet, celles qui visent un intérêt public et sont fondées sur un mandat constitutionnel ou légal. Cf. VINCENT MARTENET, Le délégataire d'une tâche étatique face aux droits fondamentaux, in: Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève 2016, p. 123 ss, p. 124–130.

249 ATF 118 Ia 46, c. 4.d: «*Allein dadurch, dass der Kanton die Tätigkeit eines privaten Vereins durch einen Zuschuss aus Lotteriegeldern unterstützt, weil er sie im Sinne der Lotteriegesgebung als <gemeinnützig> und damit förderungswürdig erachtet, wird dieser Verein noch nicht zum Träger einer staatlichen Aufgabe.*» Voir également HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 112. Consulter HAFNER (note 239), p. 306 ss, selon qui l'une des principales différences est que la tâche de l'Etat crée une responsabilité, tandis qu'un intérêt public crée une compétence, ce qui a notamment un impact sur l'applicabilité des droits fondamentaux lorsque ce sont des personnes privées qui agissent. Cf. également AUBERT (note 242), p. 81–82.

250 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale (note 16), p. 135: «*L'intérêt public peut varier dans le temps, il peut aussi varier dans l'espace.*». Cf. ATF 106 Ia 267, c. 3.a. Cf. ABRAVANEL (note 18), p. 34; CR Cst.-DUBÉY, art. 5 N 82; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 112; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 107; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 169.

251 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 169. Voir également HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 112.

vel intérêt public²⁵², le changement de la portée d'un intérêt public²⁵³ ou la reprise, par le droit public, d'intérêts initialement protégés par le droit privé²⁵⁴.

L'intérêt public peut, par ailleurs, être de nature matérielle ou idéale²⁵⁵. Au surplus, l'intérêt public a deux portées: l'une négative – exprimée à l'art. 36 al. 2 Cst. féd. et qui limite ce que l'Etat est en droit de faire – et l'autre positive – qui découle notamment de l'énumération des tâches confiées à la Confédération aux art. 54 et ss Cst. féd.²⁵⁶. La jurisprudence du Tribunal fédéral donne ainsi de l'intérêt public une vision déformée, qui s'explique par les voies de recours qui permettent de saisir notre Haute Cour²⁵⁷ et qui favorisent l'invocation de sa dimension négative²⁵⁸.

Compte tenu de ce qui précède, il n'existe pas de formule générale qui permettrait de définir ou de délimiter l'intérêt public une fois pour toutes²⁵⁹. Aujourd'hui, il est conçu de manière large²⁶⁰ et englobe, selon une formule souvent répétée, «une série de valeurs dites *«policières»* (ordre public, sécurité, santé, moralité, tranquillité publiques, etc.) ou de valeurs sociales, culturelles, historiques, scientifiques, écologiques, etc.»²⁶¹. Sa présentation plus détaillée nécessiterait de paraphraser une grande partie du recueil systématique du droit

252 Par exemple, l'acceptation en 1994 par le peuple et les cantons de l'initiative populaire «Pour la protection alpine contre le trafic de transit», qui a conduit à l'adoption de l'art. 36^{sexies} aCst féd. – aujourd'hui art. 84 Cst. féd. – relatif au transit alpin. Cf. OFK BV-BIAGGINI, Art. 84 N 1.

253 Par exemple, la vision de la protection des monuments a historiquement évolué pour inclure, outre les monuments anciens, des bâtiments plus récents. Cf. ATF 118 Ia 384, c. 5.a et 5.c; ATF 120 Ia 270, c. 4.a; TF, Arrêt 1P.842/2005 du 30 novembre 2006, c. 2.2. Cf. PHILIP VOGEL, La protection des monuments historiques: étude de droit public suisse, Lausanne 1982. Consulter également ANNINA NAOMI FEY, Die Interessenabwägung im Denkmalschutzrecht: Ausgewählte Aspekte, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Zürich, Zurich 2023; MEINRAD HUSER, Denkmalschutzrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, PJA 2022, p. 131 ss.

254 Par exemple, la protection contre les immissions, initialement traitée par l'art. 684 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS/CH 210; «CC») dans le cadre des rapports de voisinage, est aujourd'hui très largement régie par le droit public de la protection de l'environnement. Cf. ALAIN GRIFFEL, Umweltrecht in a nutshell, 2^{ème} éd., Zurich 2019, p. 77.

255 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 113.

256 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 759.

257 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 113.

258 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 763–764. Il en va de même de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. PETER NOBEL, Das öffentliche Interesse sollte nicht immer helfen können, in: Liber amicorum für Andreas Donatsch: Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zurich 2012, p. 147 ss, p. 148–149.

259 HAFNER (note 239), p. 291; MOOR (note 90), p. 21. Cf. TF, Arrêt du 2 juillet 1975, ZBl 1976, p. 357 ss, c. 4.b: «Welche Massnahmen im öffentlichen Interesse liegen, lässt sich nicht ein für allemal bestimmen, sondern hängt von den jeweils gegebenen Verhältnissen ab.»

260 BLAISE KNAPP, Intérêt, utilité et ordre publics, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Bâle 1975, p. 137 ss.

261 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale (note 16), p. 197. Cf. ATF 142 I 49, c. 8.1. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 115, critiquent le fait que le Tribunal fédéral prenne parfois en compte des éléments subjectifs, par exemple le sentiment de sécurité de la population, pour définir l'intérêt public. Cf. ATF 136 I 1, c. 4.4.2: «Das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung stellt ein Faktum dar, das die Rechtssetzung legitimerweise beein-

fédéral et de ses équivalents cantonaux²⁶², ce qui aurait un caractère rébarbatif. Il convient donc de lui préférer un aperçu qui épouse les grandes lignes de l'évolution générale du rôle de l'Etat²⁶³.

De manière générale, dans le système libéral-social qui caractérise la Suisse²⁶⁴, il n'y a d'intérêt public que là où, selon les conceptions dominantes, il existe un besoin social, économique ou culturel que l'évolution des forces du marché ne permet pas de combler²⁶⁵, ce qu'exprime le principe de subsidiarité ancré à l'art. 5a Cst. féd.²⁶⁶. La garantie constitutionnelle et internationale des droits fondamentaux est une autre expression de l'importance accordée à l'autonomie individuelle²⁶⁷.

Premièrement, l'intérêt public inclut les différents éléments qui composent traditionnellement l'ordre public²⁶⁸: la sécurité publique, la santé publique, la tranquillité publique, la moralité publique et la bonne foi dans les affaires. La sécurité publique protège les personnes et les biens, l'Etat et son personnel, la paix civile ainsi que l'ordre juridique et constitutionnel²⁶⁹. La santé publique a un champ d'application large, qui inclut la lutte contre les maladies transmissibles telles que le nouveau coronavirus²⁷⁰ mais aussi la soumission des professions médicales et paramédicales à autorisation²⁷¹ ou des mesures telles que la lutte contre la fumée passive²⁷². La tranquillité publique joue aujourd'hui un rôle important sous forme de lutte contre le bruit, que celui-ci provienne d'établissements publics ou de routes²⁷³. La moralité publique est historiquement étroitement associée à la sexualité²⁷⁴ et

flussen darf und muss, wenn es aufgrund von Erhebungen festgestellt wird.». Sur ce point, voir YVO HANGARTNER, Bemerkungen zu BGE 132 I 7, PJA 2006, p. 740 ss, p. 742.

262 MOOR (note 90), p. 23; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 168.

263 *Supra* C.II.1. Cf. Petit commentaire Cst.-MAHON, art. 36 N 14; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 776.

264 JEAN-JACQUES BOUQUET, Libéralisme (version du 14.02.2018), Dictionnaire historique de la Suisse, disponible à l'adresse suivante: <<https://hls-dhs-dss.ch>> (consulté le 18 mars 2024).

265 CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 75; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 757. Voir déjà, au sujet des travaux publics, ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, São Paulo 2007, p. 559 ss.

266 *Supra* B. Cf. JAAG (note 93), p. 631.

267 CHEVALLIER (note 87), p. 51 ss; PECES-BARBA (note 29), p. 181.

268 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 109; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 167. Cf. ABRAVANEL (note 18), p. 32: «*En principe, l'ordre public démocratique est un instrument des libertés car il en organise l'exercice, conformément au vieil adage républicain: la liberté de l'un finit où commence celle de l'autre.*».

269 ATF 137 I 31, c. 6.4. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 768. La nécessité de maintenir l'ordre public peut, le cas échéant, légitimer l'application de la clause générale de police. Cf. ABRAVANEL (note 18), p. 35–37.

270 Voir notamment ATF 147 I 450, c. 3.2.3.

271 ATF 116 Ia 118, c. 5.a. Cf. YVES DONZALLAZ, *Traité de droit médical*, vol. II: Le médecin et les soignants, Berne 2021, p. 1438 ss.

272 ATF 133 I 110, c. 7.1.

273 ANNE-CHRISTINE FAVRE, *Le bruit des établissements publics*, RDAF 2000 I, p. 1 ss.

274 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 769.

est particulièrement sujette à l'évolution des mœurs²⁷⁵. Enfin, la bonne foi dans les relations d'affaires permet d'assurer la moralité de certaines professions, comme celle des avocates et des avocats²⁷⁶, et de prévenir les «*procédés déloyaux et propres à tromper le public*»²⁷⁷.

Deuxièmement, l'intérêt public englobe les activités qui visent à protéger certaines catégories vulnérables de la population et qui s'inscrivent dans le cadre de l'Etat social²⁷⁸. Il en va ainsi, par exemple, de la politique sociale de l'Etat (fourniture de prestations en matière de sécurité sociale, formation scolaire, système de santé) ou de la protection des individus contre les pouvoirs privés (qui est au cœur de la législation en matière de cartels)²⁷⁹.

Troisièmement, l'intérêt public comprend les tâches d'intérêt général qui se rapportent à des domaines qui impliquent des ressources publiques, nécessitent des investissements considérables ou requièrent une planification ou une régulation d'ensemble: politique conjoncturelle, système de transport, politique énergétique, protection de la nature, protection des animaux, etc.²⁸⁰.

On relèvera qu'au fil du temps, une même réglementation étatique peut subsister tout en se fondant sur des intérêts publics différents, à l'exemple du monopole du ramonage²⁸¹.

Cette extension considérable du rôle de l'Etat et des facettes de l'intérêt public génère des frictions avec le principe d'autonomie individuelle qui est au cœur de l'Etat de droit. Il en va ainsi en particulier lorsque l'Etat entend protéger les individus contre leur propre comportement, puisque le principe de liberté suppose que chaque individu soit responsable de soi-même²⁸². Une telle intervention se justifie dès lors avant tout lorsque les personnes visées présentent un caractère de vulnérabilité²⁸³. Il en va aussi ainsi lorsque l'Etat intervient dans la sphère économique, soit par le biais d'une régulation, soit par le biais d'une activité, la liberté économique protégée à l'art. 27 Cst. féd. étant complé-

275 BARBARA WILSON, Le respect des convictions religieuses d'autrui et la protection de la morale: limites ultimes à la liberté d'expression au sens de l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme?, RSDIE 2000, p. 475 ss, p. 497.

276 ATF 87 I 262, c. 2. Cf. FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 483 ss; BENOÎT CHAPPUIS/JÉRÔME GURTNER, La profession d'avocat, Genève 2021, p. 47 ss.

277 ATF 104 Ia 473, c. 2.

278 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 114.

279 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 758.

280 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 114. Cf. ATF 138 I 378, c. 8.4.

281 ATF 109 Ia 193, c. 3.b. Ce monopole se justifiait initialement comme mesure de prévention des incendies et se justifie aujourd'hui aussi par la lutte contre la pollution atmosphérique.

282 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 548.

283 Cf. ATF 137 I 167, c. 6.2 (prostitution). Sur la notion de vulnérabilité, consulter NESA ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: contours et utilité d'un concept en vogue, Genève 2022.

tée par le principe structurel de l'art. 94 Cst. féd. qui garantit un ordre économique basé sur les principes de l'économie de marché²⁸⁴. Toutefois, il est aujourd'hui admis que l'Etat peut agir dans ce domaine pour des motifs de police, de politique sociale et d'autres intérêts publics comme l'aménagement du territoire, la protection du patrimoine ou la protection de l'environnement²⁸⁵.

On relèvera encore que le degré d'intensité requis de l'intérêt public varie. Parfois, l'exigence est sévère, par exemple en matière d'interdiction de grève²⁸⁶ ou d'extradition d'un ressortissant ou d'une ressortissante suisse contre son gré²⁸⁷. De même, en matière de restriction à la garantie de la propriété, le Tribunal fédéral estime de longue date que l'intérêt public doit être «important» (*erheblich*)²⁸⁸. En revanche, cette exigence est parfois plus souple, comme en matière de mesure organisationnelle de l'Etat ou de déploiement par celui-ci d'une activité économique²⁸⁹. Enfin, l'intérêt fiscal est reconnu comme légitime, notamment parce que l'Etat a besoin de revenus pour son fonctionnement²⁹⁰, mais, comme les intérêts de politique économique, il n'est admis que de manière très limitée pour restreindre des droits fondamentaux²⁹¹.

Dans l'explicitation de l'intérêt public, la Suisse bénéficie d'un «avantage positionnel» lié à sa qualité d'Etat fédéral. En effet, en raison du système de répartition des compétences fixé à l'art. 3 Cst. féd.²⁹², la Constitution fédérale énonce les intérêts publics que le pouvoir constituant a confiés à la Confédération. Au surplus, les personnes à l'origine de la norme, en particulier en cas d'initiative populaire, apportent fréquemment des précisions directement dans le texte constitutionnel, afin de fixer le contenu de celui-ci et limiter la marge de manœuvre des autorités dans sa concrétisation²⁹³.

284 *Supra* D.III.1.

285 MÜLLER (note 205), p. 224; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (note 17), p. 612 ss. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 114–115, observent que le Tribunal fédéral admet assez généreusement l'intérêt public à ce que l'Etat exerce une activité commerciale, par exemple dans le domaine de la santé. Cf. ATF 138 I 378, c. 8.5. Voir, de manière générale, FRITZ GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 1^{ère} éd., Berne 1981; VINCENT MARTENET, *La Constitution et l'économie*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (note 73), p. 2061 ss; PAUL RICHLI, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts*, Berne 2007.

286 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 855.

287 Le droit de ne pas être extradé contre son gré, garanti par les articles 25 al. 1 Cst. féd. et 7 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1; «EIMP»), est ainsi sujet à certaines dérogations lorsqu'un intérêt public très important est en jeu, par exemple en cas de transfert ou remise à un tribunal pénal international. Cf. ALAIN MACALUSO/HÉLÈNE RODRIGUEZ-VIGOUROUX, *Le principe constitutionnel de non-extradition des citoyens suisses*, PJA 2023, p. 990 ss, p. 993.

288 ZBl 1971, p. 171, c. 3.

289 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 162), p. 213. Cf. par exemple ATF 138 I 378, c. 8.4.

290 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 115; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 168.

291 CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 83; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 168. Cf. *supra* D.III.1. s'agissant de l'obligation de résidence des fonctionnaires.

292 *Supra* B.III.

293 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 760.

Il arrive aussi que la Constitution fédérale définisse des tâches publiques qui doivent être mises en œuvre par les cantons. Tel est, par exemple, le cas de l'art. 57 al. 1 Cst. féd., qui prévoit que la Confédération et les cantons pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives²⁹⁴.

Enfin, les constitutions cantonales contiennent aujourd'hui souvent un catalogue des tâches publiques cantonales, quand bien même cela ne serait techniquement pas nécessaire puisque les cantons jouissent de compétences originaires²⁹⁵. L'inscription des missions de l'Etat dans la charte fondamentale de la collectivité publique concernée confirme la dimension politique et démocratique de l'intérêt public²⁹⁶.

L'impact du principe de l'intérêt public est renforcé par le principe de la légalité, qui, en soumettant l'administration à la loi, limite les tentations que celle-ci se laisse guider par des considérations autres²⁹⁷. Comme cela a été évoqué plus haut²⁹⁸, l'intérêt public entretient aussi des liens étroits avec le principe de la proportionnalité. Ce dernier, apparu à la fin du dix-neuvième siècle dans des décisions sur recours du Conseil fédéral²⁹⁹, s'appliquait alors avant tout en matière de mesures de police et de liberté économique³⁰⁰. Son champ s'est ensuite étendu à l'ensemble des domaines d'activité de l'Etat³⁰¹, en contrepartie notamment de l'évolution du rôle de ce dernier³⁰². Il occupe aujourd'hui en droit public une place centrale³⁰³ et a entraîné avec lui la pesée des intérêts³⁰⁴. D'abord reconnu par le Tribunal fédéral comme principe constitutionnel non écrit³⁰⁵, il est au-

294 Voir également art. 62 al. 2 Cst. féd. (instruction publique), art. 67 al. 1 Cst. féd. (encouragement des enfants et des jeunes) et art. 67a Cst. féd. (formation musicale).

295 *Supra* B.III. Il convient de réserver les cas où cette énumération découle d'une exigence de la constitution cantonale. Voir par exemple § 26 al. 1 et 2 Cst. AG (RS/CH 131.227): «¹Für die Erfüllung der Aufgaben, die dem Kanton nicht durch Bundesrecht übertragen sind, muss eine verfassungsrechtliche Grundlage gegeben sein. ²Dieser Vorbehalt gilt nicht für die Gemeinden.».

296 Voir TF, Arrêt 2C_849/2021 du 17 janvier 2023 (publié in SJ 2023 p. 552), c. 5.5.5.

297 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 684.

298 *Supra* D.II.2.

299 ZIMMERLI (note 145), p. 9.

300 RÜTSCHÉ (note 81), p. 40–41; ZIMMERLI (note 145), p. 9.

301 ATF 94 I 392, c. 3. Cf. DANIELA IVANOV, La proportionnalité des actes normatifs, Jusletter du 24 octobre 2016, p. 3. Cf. également ZIMMERLI (note 145), p. 10.

302 PIERRE MOOR, Systématique et illustration du principe de proportionnalité, in: Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Strasbourg 2001, p. 319 ss, p. 322–324.

303 HANS HUBER, Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, RDS 1977 I, p. 1 ss; PIERRE MÜLLER, Le principe de la proportionnalité, RDS 1978 II p. 197 ss, p. 210; RÜTSCHÉ (note 81), p. 40.

304 MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit: Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2^{ème} éd., Berne 2023 (la première édition de l'ouvrage a été traduite et publiée en français: MARKUS MÜLLER, Proportionnalité: Le Rubik's Cube du droit, Berne 2016).

305 ATF 94 I 492, c. 4. Cf. ATF 96 I 34, c. 5. Cf. ANDRÉ GRISEL, Droit public non écrit: droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles générales, in: Der Staat als Aufgabe: Ge-

jourd'hui formellement ancré – comme le principe de l'intérêt public – à l'art. 5 al. 2 Cst. féd.

2. *La complexité spécifique*

En raison de l'évolution du rôle de l'Etat et de l'accroissement considérable des intérêts publics, il est rare aujourd'hui que, dans un cas concret, la simple identification d'un intérêt public permette de résoudre le litige. L'intérêt public est, en effet, devenu complexe³⁰⁶, en ce sens qu'il comporte «*des éléments divers qu'il est difficile de démêler*»³⁰⁷.

Cette complexité est due au fait que chaque groupe social a sa ou ses représentations de ce qui constitue un (ou son) intérêt public³⁰⁸. Cette sectorialisation de l'intérêt public est particulièrement visible dans les grands projets d'aménagement du territoire, où les intérêts de la population et ceux d'une partie d'entre elle sont souvent opposés (par exemple, l'intérêt public «général» et l'intérêt public de la collectivité directement touchée)³⁰⁹.

Il convient de mentionner également les potentiels conflits entre les intérêts de différentes collectivités (Confédération, cantons, communes)³¹⁰. On mentionnera, à titre d'exemples, les différends potentiels entre un canton et une commune au sujet de la planification d'une centrale thermique³¹¹ ou les litiges relatifs à la construction de nouvelles centrales nucléaires³¹². Au cours des dernières années, ce conflit a été particulièrement aigu au sujet de la création de nouveaux centres destinés à accueillir des requérantes et requérants d'asile³¹³.

En pratique, cette complexité peut se refléter dans la définition large et «diffuse» d'un intérêt public, à l'exemple de l'art. 89 Cst. féd. relatif à la politique énergétique. Cette disposition donne mandat à la Confédération et aux cantons, dans les limites de leurs compétences respectives, de «*promouvoir un approvi-*

denkschrift für Max Imboden, Bâle 1972, p. 139 ss, p. 149; MÜLLER (note 205), p. 213; ZIMMERLI (note 145), p. 19.

306 TANQUEREL (note 60), p. 195, selon qui l'intérêt public a perdu son «*homogénéité*». MOOR (note 241), p. 275, évoque un «*monolithisme [qui] s'est effrité*».

307 LAROUSSE (note 227), entrée «complexité». Cf. la définition de la complexité donnée, dans un contexte plus large, par EDGAR MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris 2005, p. 21: «*Qu'est-ce que la complexité? Au premier abord, la complexité est un tissu (complexus: ce qui est tissé ensemble) de constituants hétérogènes inséparablement associés: elle pose le paradoxe de l'un et du multiple. Au second abord, la complexité est effectivement le tissu d'événements, actions, interactions, rétroactions, déterminations, aléas, qui constituent notre monde phénoménal.*».

308 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 37.

309 Voir, de manière générale, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 781–782.

310 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 120.

311 ATF 94 I 541, c. 5.

312 Cf. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées*, Lausanne 1978, p. 145 ss.

313 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 3 septembre 2014 concernant la modification de la loi sur l'asile (Restructuration du domaine de l'asile), FF 2013 p. 7771 ss, p. 7802.

sionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement, ainsi qu'une consommation économe et rationnelle de l'énergie». La simple lecture des différents objectifs fixés par cette disposition fait apparaître la complexité d'une mise en œuvre harmonieuse des intérêts publics identifiés³¹⁴.

Cette complexité peut aussi découler de la coexistence de plusieurs intérêts publics susceptibles de s'appliquer à une situation donnée. Ces intérêts peuvent converger, comme dans le cas d'une décision favorable à la fois à la protection de la forêt et à celle des eaux souterraines, mais, le plus souvent, ils divergent³¹⁵. Comme nous l'avons vu, dans la crise écologique actuelle, un tel conflit oppose aujourd'hui fréquemment l'intérêt public à la production d'énergie renouvelable et l'intérêt public à la protection de la nature et des sites³¹⁶. Un conflit similaire oppose l'intérêt public à densifier le milieu bâti et la protection du patrimoine³¹⁷.

Lorsque le législateur est conscient de cette complexité, il peut volontairement conférer à l'administration une marge d'appréciation qui lui permet d'arranger les conflits en trouvant une solution concrète qui ménage l'ensemble des intérêts ou d'octroyer des dérogations si un autre intérêt public important le justifie³¹⁸.

Une illustration est fournie par la législation fédérale en matière de routes nationales³¹⁹. Ainsi, l'art. 5 de la loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales³²⁰ énonce les principes à suivre pour l'aménagement des routes nationales:

¹ Les routes nationales doivent satisfaire aux exigences supérieures de la technique en matière de circulation; elles doivent, en particulier, garantir un trafic sûr et économique.

² Si ces exigences entrent en conflit avec d'autres intérêts importants, notamment de la défense nationale, de l'utilisation économique du sol, de l'aménagement national ou de la

314 Comme le souligne CR Cst.-POLTIER, art. 89 N 36, «ces objectifs, par leur diversité, sont loin d'être convergents: fonctionnement du marché, sécurité de l'approvisionnement ou encore protection de l'environnement ne vont en effet pas de pair. Il s'agit au contraire de réaliser des arbitrages entre ces différents objectifs, avec toutes les difficultés que cela représente.»

315 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 782–783.

316 *Supra* C.II.1.

317 ATF 147 I 354.

318 TF, Arrêt 1C_27/2022 du 20 avril 2023, c. 3.6 et 8.3 (allègements pour non-respect des valeurs limites d'immissions pour le bruit routier au sens de l'art. 25 al. 2 de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement; RS/CH 814.01; «LPE»). Cf. MARTIN DESCLOUX, Pondération et protection de l'environnement?, in: Morand (note 206), p. 87 ss, p. 93–94; MÜLLER (note 178), p. 346.

319 Voir également l'art. 24 let. b LAT: «En dérogation à l'art. 22, al. 2, let. a, des autorisations peuvent être délivrées pour de nouvelles constructions ou installations ou pour tout changement d'affectation si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.». Sur cette disposition, consulter RUDOLF MUGGLI, Article 24, in: Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch, Pierre Tschannen (éd.), Commentaire pratique LAT: Construire hors zone à bâtir, Genève 2017, p. 167 ss; WULLSCHLEGEL (note 144), p. 96 s.

320 RS/CH 725.11; «LRN».

protection des eaux, de la nature et des sites, il y aura lieu de déterminer ceux qui doivent l'emporter.

Prenant acte de la complexité des intérêts publics et des tâches de l'Etat potentiellement concernées par la construction et l'entretien des routes nationales, le législateur fédéral choisit d'octroyer une marge d'appréciation à l'autorité compétente³²¹. Au surplus, selon le Tribunal fédéral, cette liste n'est pas exhaustive et doit également inclure l'intérêt privé des propriétaires concernés³²².

Enfin, les potentiels conflits d'intérêts publics peuvent rendre souhaitable la création d'entités indépendantes chargées de surveiller un secteur d'activité, comme la Commission fédérale de la communication, qui ne reçoit pas de consignes ou de directives du gouvernement ou de l'administration centrale³²³.

En somme, le concept d'intérêt public est aujourd'hui une notion complexe qui ne s'intègre plus dans un tout homogène, pour autant que cette homogénéité n'ait jamais été autre chose qu'une image d'Epinal.

II. L'intérêt privé

Nous commencerons par chercher à définir l'intérêt privé (a.) puis nous montrerons qu'il s'agit, comme l'intérêt public, d'une notion complexe (b.).

1. La définition

Si la jurisprudence et la doctrine évoquent fréquemment des «*intérêts privés*», il est extrêmement difficile d'en trouver une définition générale. Dans le cadre de la présente contribution, nous proposons de retenir que les intérêts privés «*sont principalement des positions protégées par la loi ou par les droits fondamentaux*»³²⁴.

De manière générale, les intérêts privés sont abordés, détaillés et régis par le droit privé³²⁵. Ils jouent cependant un rôle important en droit public également, où ils sont précisés et concrétisés dans chaque domaine juridique. Par exemple, en matière de droit des personnes étrangères, les intérêts privés incluent non seulement le droit au respect de la vie familiale (art. 8 § 2 CEDH) mais aussi

321 Voir, par exemple, ZBI 1973, p. 174 ss (intérêts de la circulation et intérêts des personnes riveraines à ce que les sources de bruits soient réduites). D'autres dispositions, moins explicites mais contenant une obligation similaire, sont en particulier les articles 9 al. 2 de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (RS/CH 923.0; «LFSP») et 18 al. 1^{er} de la loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS/CH 451; «LPN»).

322 ATF 97 I 573, c. 4.

323 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 370.

324 CR Cst.-BENOIT, art. 180 N 35.

325 MARTIN D. KÜNG, Prozessmaximen im Verwaltungsverfahren, Fribourg 2020, p. 36; WALTER R. SCHLUEP, Einladung zur Rechtstheorie, Berne 2006, p. 173–174.

l'intégration sociale et professionnelle ou le fait que la personne concernée ait passé une longue partie de sa vie en Suisse³²⁶.

L'intérêt privé peut être pris en compte plus ou moins fortement par le droit public. Ainsi, certains intérêts privés sont jugés essentiels au point qu'ils sont spécifiquement protégés par des droits fondamentaux, plus exactement par des libertés individuelles au sens technique du terme, c'est-à-dire par des droits qui *«concernent et protègent un comportement humain déterminé»* tel que s'exprimer, croire, faire du commerce, se réunir, s'associer ou prier³²⁷. D'autres intérêts privés sont protégés par le droit public, mais de manière moins forte, par exemple dans les lois de procédure administrative³²⁸ ou dans le cadre de la transparence de l'Etat³²⁹. Enfin, certains de ces intérêts ne bénéficient que d'un *«rôle médiocre»*³³⁰, à l'exemple des intérêts purement financiers³³¹.

2. La complexité spécifique

Comme l'intérêt public, l'intérêt privé s'est diversifié et ne constitue plus un bloc autonome³³². L'intérêt privé est lui aussi complexe, au sens défini plus haut³³³, que soient en jeu des intérêts privés «généraux» ou des intérêts privés protégés par des droits fondamentaux.

S'agissant de la première hypothèse, il est fréquent que l'intérêt d'une personne privée ne recoupe pas exactement, voire même contredise, l'intérêt d'une autre personne privée. Le droit de la construction est parcouru de tels conflits: pour en donner un exemple classique, l'intérêt de la personne propriétaire à construire sur sa parcelle se heurte régulièrement à celui des personnes voisines qui souhaitent par exemple conserver la vue dont elles bénéficient ou éviter de nouvelles nuisances³³⁴.

Dans le champ des droits fondamentaux, le même type d'opposition est à l'œuvre³³⁵ et génère des conflits de droits individuels qui ne sont pas sans rap-

326 TAF, Arrêt F-4314/2015 du 17 octobre 2017, c. 6.5–6.6; TAF, Arrêt F-1619/2018 du 16 mai 2018, c. 10.5. Cf. ANNA-BARBARA ADANK-SCHÄRER/YANNICK ANTONIAZZA-HAFNER, Interdiction d'entrée prononcée à l'encontre d'un étranger délinquant, PJA 2018, p. 886 ss, p. 892–893.

327 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 9.

328 Des intérêts privés peuvent ainsi justifier une restriction du droit d'accès au dossier. Cf. art. 27 al. 1 let. b PA.

329 Le droit d'accès est limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant. Cf. art. 7 al. 2 LTrans.

330 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 642.

331 ATF 108 Ib 359, c. 4.f.

332 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 793.

333 *Supra* E. I.2.

334 ATF 99 Ia 126, c. 8.b (perte d'ensoleillement pour les voisins du fait d'une construction dérogeant aux prescriptions de hauteur).

335 HONSELL (note 10), p. 100.

peler l'art. 4 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen³³⁶. Par exemple, dans le domaine de la presse et des médias, la liberté d'expression, garantie par les art. 16 Cst. féd. et 10 CEDH, entre régulièrement en conflit avec le droit au respect de la vie privée, protégé aux art. 13 Cst. féd. et 8 CEDH³³⁷. Une même opposition d'intérêts privés caractérise le débat relatif à l'interruption de grossesse ou au don d'organe³³⁸.

III. La complexité globale

Les notions d'intérêt public et d'intérêt privé s'avèrent ainsi chacune plus complexe qu'elle ne le semble *a priori*. Or, cette complexité est encore plus profonde: à ces complexités «spécifiques» à chaque type d'intérêt s'ajoute, en effet, une complexité globale qui a trait aux relations entre les deux types d'intérêts.

Cette complexité globale s'éloigne d'une certaine vision marquée par la pensée des Lumières et de l'Etat libéral classique, qui réduit la problématique à une opposition entre l'intérêt public poursuivi par l'Etat et un intérêt privé contraire³³⁹. La réalité est infiniment plus nuancée et complexe, dans la mesure où, dans un Etat de droit, Etat et société sont étroitement imbriqués³⁴⁰. En conséquence, «*la frontière entre intérêt public et intérêt privé est perméable*»³⁴¹.

Au surplus, cette perméabilité s'est accrue au cours des dernières décennies, sous l'impulsion d'un double mouvement.

D'une part, l'intérêt public s'est, dans une certaine mesure, «privatisé»³⁴². Une telle «privatisation» découle déjà du constat opéré plus haut selon lequel ledit intérêt résulte, en réalité, du caractère commun d'intérêts particuliers³⁴³. Cela étant, elle va beaucoup plus loin: il est ainsi fréquent que, dans un cas particulier, un intérêt public se recoupe avec un ou plusieurs intérêts privés³⁴⁴. Pour en donner un exemple, l'intérêt public à la tranquillité recoupe l'intérêt privé

336 *Supra* C.I.

337 Voir, parmi beaucoup d'autres, CourEDH (GC), *Affaire Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. n. 40660/08, 7 février 2012.

338 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 147 et 167–168.

339 TANQUEREL (note 60), p. 195. Pour prendre les termes de MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 774, cette vision «*se contente d'opposer un monde d'individus abstraitement autonomes à un Etat-Léviathan, comme une théologie du bien et du mal.*»

340 HAFNER (note 239), p. 290.

341 TANQUEREL (note 60), p. 195. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 84; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 65. Cf. AUBERT (note 25), p. 247: «*Ce qui touche à l'utilité des particuliers et ce qui regarde l'Etat se discernait peut-être du temps d'Ulpian. Aujourd'hui, les deux considérations s'entremêlent à tel point qu'une division convaincante ne nous paraît plus guère possible.*»

342 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 785.

343 *Supra* E. I.1.

344 WULLSCHLEGEL (note 144), p. 79.

des personnes voisines à leur propre tranquillité³⁴⁵. De même, la réalisation d'un intérêt public peut requérir la mise en œuvre des intérêts privés impliqués, par exemple dans le domaine de la circulation routière³⁴⁶.

D'autre part, l'intérêt privé s'est, pour sa part, «publicisé»³⁴⁷. En effet, dans l'Etat social, la satisfaction de certains intérêts privés, notamment en matière de santé ou de formation³⁴⁸, s'est transformée en intérêt public³⁴⁹. Par ailleurs, il arrive régulièrement que l'intérêt privé, par exemple celui d'une société de production d'électricité, recoupe un intérêt public, en l'occurrence l'intérêt à un approvisionnement sûr en énergie au sens de l'art. 89 al. 1 Cst. féd.³⁵⁰.

Ce parallélisme des intérêts suit de près l'évolution du rôle de l'Etat³⁵¹. Ainsi, dans la vision libérale classique, l'abstention de l'Etat est constitutive d'un intérêt public (indirect), dans la mesure où il permet une mise en œuvre aussi large que possible des intérêts privés des uns et des autres³⁵². Avec le développement de l'Etat social³⁵³, les prestations fournies par les collectivités publiques ont connu un fort accroissement, transformant la satisfaction d'intérêts privés, tels que la santé, en un «*intérêt public direct*»; enfin, avec l'apparition de l'Etat propulsif, celui-ci s'est retrouvé, dans des domaines tels que la gestion de l'air, du sol ou de l'eau, à essayer d'orienter, par le biais des nouveaux ins-

345 CHARLES-ALBERT MORAND, Avant-propos, in: Morand (note 90), p. XIII ss, p. XIV. Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence retient qu'en général, un projet de construction respectant les normes de droit public applicables ne génère pas d'immissions excessives au sens de l'art. 684 CC, sous réserve de circonstances particulières. Cf. ATF 138 III 49, c. 4.4.2.

346 Message du Conseil fédéral du 20 octobre 2010 concernant Via sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière, FF 2010 7703, p. 7734: «*Dans leurs conditions générales d'assurance, certaines compagnies d'assurance renoncent à faire valoir leur droit au recours en contrepartie d'un léger supplément de primes, même en cas de dommages imputables à un accident causé par négligence grave. Le signal ainsi donné va à l'encontre des intérêts de la sécurité routière.*».

347 MOOR (note 104), p. 27.

348 Voir, au sujet de l'introduction en droit public de l'obligation de soins dentaires à l'école primaire, ATF 118 Ia 427, c. 6.a. Cf. également ATF 135 I 79, c. 7.1 (intérêt public à ce que l'ensemble des élèves fréquentent les cours de natation scolaires).

349 WULLSCHLEGEL (note 144), p. 79.

350 TANQUEREL (note 60), p. 195. Voir l'ordonnance du Conseil fédéral du 5 septembre 2022 sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique (RS/CH 731.31; texte qui n'est plus en vigueur). Sur cette base, le Conseil fédéral a décidé en septembre 2022 de mettre à disposition de la société Axpo Holding SA un crédit-cadre d'un montant de 4 milliards de francs. Cf. Rapport du 13 mars 2023 de la Délégation des finances aux Commissions des finances du Conseil national et du Conseil des États concernant la haute surveillance des finances de la Confédération en 2022, FF 2023 1713, p. 9–10.

351 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 788–792.

352 TSCHANNEN (note 16), p. 91: «*Auch der <Nachtwächterstaat> (d.h. die liberal-rechtsstaatliche Verfassung des 19. Jahrhunderts) war sehr wohl sozialprogrammatish. Nur hatte dieser Staat den Vorteil, das angestrebte Sozialmodell in der Verfassung nicht ausdrücklich postulieren zu müssen, denn sein Gestalt sollte sich wesentlich durch die Selbststeuerungskräfte der Gesellschaft ergeben.*».

353 *Supra* B.IV.

truments d'action de l'Etat, les comportements privés pour que ces derniers participent à la réalisation de l'intérêt public³⁵⁴. L'hybridation des intérêts publics et privés atteint alors son paroxysme.

Comme nous l'avons déjà dit, cette complexité est indissociable de l'Etat de droit, puisque ce dernier est fondé sur la conviction générale – constitutive d'un intérêt public – qu'il est nécessaire de protéger des intérêts privés³⁵⁵. Ainsi, si la pesée des intérêts est aussi fondamentale au sein du droit (public), cela provient du fait que le mode d'organisation politique, sociale, économique et juridique reconnaît la légitimité de la satisfaction d'intérêt privés en tant qu'intérêt public³⁵⁶.

Le domaine des droits fondamentaux en fournit une bonne illustration³⁵⁷. Ainsi, il existe un large consensus, dans les Etats de droit, sur la nécessité et l'importance de garantir la liberté d'expression. Cette dernière protège évidemment l'intérêt privé de la personne qui s'exprime. Mais la liberté d'expression protège également un intérêt public, celui de l'Etat de droit et de la démocratie³⁵⁸. Pour reprendre les termes de la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté d'expression «*constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès*»³⁵⁹. Pour ce motif, la Cour est très attentive au risque d'effet dissuasif de toute sanction dans le domaine des discours et débats politiques, de sorte que même une sanction faible ou symbolique peut être jugée contraire à la Convention³⁶⁰.

Comme nous l'avons vu, cette complexité globale d'intérêts publics et privés est par ailleurs au cœur de domaines du droit administratif spécial tels que l'aménagement du territoire, le droit de l'environnement et le droit des infrastructures, au point que ces champs sont qualifiés de «*multipolaires*»³⁶¹.

354 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 792.

355 SCHLUEP (note 325), p. 166. Cf. ATF 131 I 366, c. 2.2; ATF 137 I 77, c. 1.3.3.

356 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 777.

357 WULLSCHLEGEL (note 144), p. 80. Cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 11: «*Ein Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen der Privaten bedingt nicht nur ein Abwägen zwischen öffentlichen und privaten Interessen. Da der Schutz der Grundrechte auch im öffentlichen Interesse liegt, findet gleichzeitig eine Gewichtung verschiedener öffentlicher Interessen statt.*».

358 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (note 17), p. 71.

359 Voir, par exemple, CourEDH (GC), *Affaire Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. n. 21279/02, 22 octobre 2007, § 45.

360 CourEDH, *Affaire Eon c. France*, req. n. 26118/10, 14 mars 2013, § 61: «*La Cour considère que sanctionner pénalement des comportements comme celui qu'a eu le requérant en l'espèce est susceptible d'avoir un effet dissuasif sur les interventions satiriques concernant des sujets de société qui peuvent elles aussi jouer un rôle très important dans le libre débat des questions d'intérêt général sans lequel il n'est pas de société démocratique.*»

361 ALAIN GRIFFEL, *Raumplanungs und Baurecht in a nutshell*, 3^{ème} éd., Zurich 2017, p. 26–27.

IV. Synthèse

Les développements qui précèdent montrent que la majorité des situations concrètes met en œuvre «une large palette d'intérêts privés et publics concurrents»³⁶². Le caractère multipolaire des relations administratives dépasse donc le cas classique des procédures complexes pour s'étendre à l'ensemble du droit public³⁶³. Bien évidemment, cela n'empêche pas que, selon les circonstances, la dimension publique/privée de l'opposition apparaisse de manière plus marquée. Mais, même dans ces cas, l'analyse des intérêts concernés doit tenir compte de leur nature hybride et imbriquée.

F. La pesée

Le terme «pesée» est aussi issu du latin³⁶⁴ et peut revêtir, en français, différentes significations. Son sens le plus pertinent dans le cadre du présent rapport est le suivant: «Action ou manière de déterminer le poids, la masse de quelque chose»³⁶⁵. Il est utile de lui adjoindre la définition du verbe «peser»: «Déterminer, à l'aide d'instruments de mesure et par comparaison avec l'unité, la masse d'un corps» et «Examiner attentivement quelque chose; évaluer avec soin»³⁶⁶. Ces définitions laissent entendre que l'action de peser ne se limite pas à une opération purement quantitative mais inclut aussi un aspect d'évaluation qualitative.

Dans la présente section, nous analyserons l'instrument de la pesée en tant que tel, sans se préoccuper de l'organe qui opère cette pesée, qui fera l'objet de la dernière section du présent rapport. Nous commencerons par quelques réflexions générales (I.), aborderons ensuite la méthodologie de la pesée (II.) et terminerons par une synthèse (III.).

362 TANQUEREL (note 60), p. 195.

363 Dans ce sens, voir ATF 148 I 33, c. 7.7, dans lequel le Tribunal fédéral évoque une pesée des intérêts globale dans le cadre d'une demande d'autorisation pour manifestation sur le domaine public (en l'occurrence, compte tenu des limitations en vigueur pendant la crise du nouveau coronavirus); ATF 148 II 273, c. 6.5, dans lequel le Tribunal fédéral considère qu'une pesée globale des intérêts doit être effectuée en matière de consultation des archives avant l'échéance du délai de protection à des fins de recherche, s'agissant d'une «personne appartenant à l'histoire contemporaine». Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 785. Voir aussi OST (note 228), p. 113, qui évoque le fait que la Cour européenne des droits de l'homme «abandonne (...) la logique binaire du <tout ou rien> (permis/interdit), au profit d'une logique graduelle de pondération des intérêts en présence.»

364 REY (note 226), p. 2669.

365 LAROUSSE (note 227), entrée «pesée».

366 LAROUSSE (note 227), entrée «peser».

I. En général

Afin de cerner de plus près la notion de pesée, il convient de dire quelques mots sur son champ d'application (a.), sa nature (b.) et ses types (c.).

1. Le champ d'application

Dans la vision classique, la pesée des intérêts est traitée différemment selon que sont en jeu deux intérêts ou plus. Dans la première hypothèse, qui se caractérise par une relation bipolaire (en principe, un intérêt public contre un intérêt privé) et qui est typique du champ des droits fondamentaux³⁶⁷, la pesée s'opère dans le cadre de la proportionnalité au sens étroit (*Zumutbarkeit*)³⁶⁸. En revanche, lorsque plusieurs intérêts publics et/ou privés sont en jeu, la doctrine et la jurisprudence préconisent de procéder à une pesée des intérêts globale³⁶⁹, entre autres au motif que la proportionnalité ne fournit pas un cadre approprié en cas de conflit entre intérêts publics³⁷⁰.

Toutefois, comme nous l'avons vu ci-dessus³⁷¹, «*on retrouve l'individuel et le social des deux côtés – aussi bien celui des intérêts publics que celui des intérêts privés – aucun n'étant prédominant en soi. Il y a par conséquent nécessairement un arbitrage, que la Constitution exige elle-même.*»³⁷² En conséquence, la coexistence d'intérêts publics et privés requiert, en réalité, une pesée globale dans toutes les circonstances³⁷³.

2. La nature

La pesée des intérêts peut être décrite comme une technique d'argumentation qui permet de concrétiser les marges d'appréciation laissées par le droit³⁷⁴.

Historiquement, on trouve à plusieurs reprises la volonté ou l'espoir que cette opération puisse devenir arithmétique ou scientifique, lors de l'élaboration

367 Notons que, selon le Tribunal fédéral, le contrôle de l'intérêt public et de la proportionnalité doit être effectué dans le cadre de l'art. 36 Cst. féd. en cas d'atteinte à un droit fondamental et dans celui de l'art. 5 al. 2 Cst. féd. en l'absence d'une telle atteinte, avec un degré d'exigence moins sévère. Cf. ATF 138 I 378, c. 8.2.

368 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 171.

369 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 144), p. 118. Cf. ATF 139 II 145, c. 4; ATF 135 II 384, c. 4.

370 MATTHIAS OESCH, Das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Einheitsbeschwerde, *Revue de l'avocat* 2008, p. 271 ss; ZIMMERLI (note 145), p. 78.

371 *Supra* E. III.

372 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 777.

373 MOOR/POLTIER (note 125), p. 220. Cf., pour une analyse de l'exigence de coordination comme principe juridique général, ALAIN GRIFFEL, *Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltschutzrechts*, Zurich 2001, p. 323 ss.

374 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 240.

du droit³⁷⁵ ou de son application³⁷⁶. Un espoir similaire émerge aujourd'hui avec le développement de l'intelligence artificielle³⁷⁷.

Or, jusqu'à présent, ces espoirs ne se sont pas réalisés. Pour reprendre la distinction opérée par BENOÎT FRYDMAN, en matière de pesée des intérêts, une approche quantitative (fondée sur un calcul) ne peut se substituer à une approche qualitative³⁷⁸. En effet, une pesée des intérêts implique inévitablement un pouvoir d'appréciation³⁷⁹ et constitue une opération complexe³⁸⁰ qui se situe à la limite du juridique³⁸¹.

Ces limites à l'automatisation sont renforcées par l'indétermination croissante du droit³⁸², qui confie à ses organes d'application une responsabilité accrue s'éloignant de la vision traditionnelle du fonctionnement du droit³⁸³.

Il apparaît dès lors, en l'état de la technique, illusoire de chercher à catégoriser les intérêts de manière à permettre leur mise en œuvre de manière purement automatique³⁸⁴. Il n'en demeure pas moins que les outils informatiques et techniques ont un rôle indéniable à jouer en tant qu'aides à la décision³⁸⁵.

375 FLÜCKIGER (note 99), p. 192, cite notamment les écrits de DENIS DIDEROT («*je ne doute point qu'on ne parvînt à se convaincre que le monde politique, aussi bien que le monde physique, peut se régler à beaucoup d'égards par poids, nombre et mesure.*») et de VICTOR HUGO («*Plus de disputes, plus de fictions, plus de parasites; ce sera le règne paisible de l'incontestable; on ne fera plus les lois, on les constatera; les lois seront des axiomes, on ne met pas aux voix deux et deux font quatre.*»).

376 NUMA GRAA, Quand le juge n'apprécie rien: Révolutions et réduction des prérogatives des juges en France et à Genève à la fin du XVIII^e siècle, in: *Le juge apprécie – Mélanges en l'honneur de Bénédicte Foëx*, Genève 2023, p. 71 ss, p. 75–78, qui évoque le «fantasme» de la Révolution française de créer un «juge-automate», tout en soulignant que «*cette conception mécaniciste de la justice se révèle rapidement inefficace*».

377 Voir, par exemple TIMOTHY LAU/ALEX BIEDERMANN, Assessing AI Output in Legal Decision-Making with Nearest Neighbors, *Penn State Law Review* 2020, p. 609 ss.

378 BENOÎT FRYDMAN, *Le sens des lois: Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^{ème} éd., Bruxelles 2011, p. 458: «*Il s'agit non pas tant de maximiser les richesses que de maintenir ou de rétablir, par le dosage subtil des droits, l'équilibre instable des valeurs et intérêts qui s'affrontent dans l'arène sociale*».

379 TF, Arrêt 1C_328/2020 du 22 mars 2022, c. 3.3.2; ATF 134 II 97, c. 3.1; ATF 132 II 408, c. 4.3; SJ 2010 I 297, c. 5.1; ATF 94 I 52, c. 3. Cf. MORAND (note 345), p. XIV.

380 TANQUEREL (note 60), p. 195.

381 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 805.

382 *Supra* C.II.1.

383 MOOR (note 90), p. 19: «*Mais on voit aussi à ce point que la sélection est le résultat de l'opération, et non pas son point de départ, qu'en d'autres mots aucun intérêt n'est a priori légitime de manière définitive et absolue; c'est ce qui rend l'opération incontournable en même temps qu'incroyablement délicate: la légitimité est le produit de la balance, la justification de la démarche est son issue.*».

384 HONSELL (note 10), p. 100. Cf. JEAN-LOUIS LE MOIGNE, *La modélisation des systèmes complexes*, 2^{ème} éd., Paris 1990, p. 130 ss.

385 Voir notamment NIKOLAOS ALETRAS/DIMITRIOS TSARAPATSANIS/DANIEL PREOȚIU-PIETRO/VASILEIOS LAMPOS, Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective, *PeerJ Computer Science* 2 (2016), e93; CONOR O'SULLIVAN/JOERAN BEEL, Predicting the Outcome of Judicial Decisions made by the European Court

3. Les types de pesée

De manière générale, on peut distinguer deux types de pesée: la pesée généralisée et la pesée individualisée³⁸⁶.

La pesée généralisée est de nature générale et abstraite: elle consiste à donner *ex ante* la priorité à certains intérêts (publics ou privés) sur d'autres. De telles pesées généralisées sont fréquentes et peuvent être explicites ou implicites. Dans son fameux ouvrage *A Theory of Justice*, JOHN RAWLS procède à une telle pesée au moment de développer ses «principes de justice»³⁸⁷:

First Priority Rule (The Priority of Liberty) – The principles of justice are to be ranked in lexical order and therefore liberty can be restricted only for the sake of liberty.

Comme nous l'avons vu³⁸⁸, dans les systèmes libéraux-sociaux occidentaux, la priorité est donnée, de manière générale et abstraite – mais pas toujours complètement explicitée –, à la réalisation des intérêts privés, l'intérêt public – et, en conséquence, l'intervention de l'Etat – n'étant réalisé qu'en cas de besoin social, économique ou culturel.

La pesée individualisée, quant à elle, est de nature individuelle et concrète: elle consiste à examiner et à évaluer avec soin les intérêts publics et privés en jeu au moment de l'application de la norme à une situation donnée³⁸⁹.

Si l'on reprend la terminologie de RONALD DWORKIN, la pesée généralisée peut aboutir à l'adoption d'une règle, susceptible de dicter la solution de cas concrets, ou à celle d'un principe, qui laisse une marge d'appréciation au moment de son application³⁹⁰. Un principe a l'avantage d'être ductile et de ne pas imposer la prépondérance absolue d'une valeur sur l'autre, mais il a pour conséquence une diminution de la prévisibilité des décisions³⁹¹.

Au cours des dernières décennies, le constituant helvétique a cherché à proscrire une pesée des intérêts individualisée dans plusieurs domaines, projet redoutable sur le plan électoral mais problématique à mettre en œuvre³⁹².

of Human Rights, 27^{ème} AIAI Irish Conference on Artificial Intelligence and Cognitive Science 2019.

386 Dans ce sens, voir MÜLLER (note 205), p. 214–215. CLÉMENTINE DEMAY, *Le droit face à la désobéissance civile*, Genève 2022, p. 282, distingue de manière identique entre pesées des intérêts abstraite et concrète.

387 JOHN RAWLS, *A Theory of Justice* (original edition), Cambridge 1971, p. 302.

388 *Supra* E. I.1.

389 MAX IMBODEN, *Grundsätze des administrativen Ermessens*, in: *Staat und Recht*, Bâle 1971, p. 417 ss, p. 422 (différence entre *Norm-Gerechtigkeit* et *Fall-Gerechtigkeit*).

390 RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978, p. 22 ss. Cf. déjà JEAN-ETIENNE-MARIE PORTALIS, *Discours préliminaire*, 1801, p. 470: «*L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.*» (cité in: GRAA (note 376), p. 78).

391 MORAND (note 206), p. 69 et 82.

392 *Infra* G.I.2.

II. La méthodologie

Il convient à présent de s'interroger sur la méthodologie de la pesée. Nous commencerons par aborder les étapes de la pesée (a.), puis sa mise en œuvre (b.) et les outils procéduraux qui peuvent l'accompagner (c.).

1. Les étapes

Face à un objet déterminé (par exemple, la protection du sol ou la protection des consommateurs et consommatrices), la pesée des intérêts consiste en deux étapes³⁹³: d'abord, l'identification de tous les intérêts (publics et privés) en jeu³⁹⁴; ensuite, l'évaluation de ces intérêts au moyen des critères fournis par la loi et des effets prévisibles des mesures envisagées, de façon à leur attribuer un poids et une force³⁹⁵. Certains auteurs et autrices distinguent une troisième étape, qui consiste à optimiser les intérêts identifiés et évalués, de manière à ce qu'ils soient pris en compte le plus possible dans la décision³⁹⁶.

Ce mode de procéder est décrit de manière très précise, dans le domaine de l'aménagement du territoire, à l'art. 3 OAT:

¹ Lorsque, dans l'accomplissement et la coordination de tâches ayant des effets sur l'organisation du territoire, les autorités disposent d'un pouvoir d'appréciation, elles sont tenues de peser les intérêts en présence. Ce faisant, elles:

- a. déterminent les intérêts concernés;
- b. apprécient ces intérêts notamment en fonction du développement spatial souhaité et des implications qui en résultent;
- c. fondent leur décision sur cette appréciation, en veillant à prendre en considération, dans la mesure du possible, l'ensemble des intérêts concernés.

² Elles exposent leur pondération dans la motivation de leur décision.

Cette disposition, extrêmement complète³⁹⁷, apporte des enseignements susceptibles d'être étendus à toute pesée des intérêts en droit public³⁹⁸. Elle exige

393 ALEINIKOFF (note 8), p. 955; CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 86; FLÜCKIGER (note 99), p. 510; WULLSCHLEGEL (note 144), p. 87. De manière générale, consulter MORAND (note 147), p. 63 ss. Dans le domaine de la planification spatiale, voir PIERRE TSCHANNEN, *Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben*, DEP 2018 p. 111 ss, p. 120.

394 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 241. Il s'agit là déjà d'une question de droit et non d'établissement des faits.

395 MÜLLER (note 178), p. 347.

396 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 241; WULLSCHLEGEL (note 144), p. 85; STEPHAN WULLSCHLEGEL, *Le rôle des tribunaux administratifs dans la pesée des intérêts en droit de l'environnement*, DEP 2019, p. 715 ss. Selon le Tribunal fédéral, en effet, l'objectif de la pesée des intérêts est «*d'optimiser le projet de manière que tous les intérêts soient pris en compte de la manière la plus complète possible*». Cf. ATF 138 II 36, c. 13.5; ATF 147 II 351.

397 Voir notamment TF, Arrêt 1C_328/2020 du 22 mars 2022 (ZBl 2023 p. 131 ss), c. 3.3.1; ATF 145 II 70, c. 3.2.

398 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 241. Cela étant, certains complexes de faits sont soumis à des processus spécifiquement réglés par le législateur, à l'exemple de la pesée des intérêts que l'autorité doit opérer avant de fixer un débit résiduel supérieur aussi élevé que possible (art. 33 LEaux). Ils doivent alors être opérés avant de procéder à la pesée globale des intérêts. Cf. ATF 146 II 347, c. 3.5.

ainsi que l'autorité compétente identifie les intérêts concernés, les pèse, les apprécie dans une vision finalisée et fonde sa décision sur cette appréciation, qui doit être la plus large possible³⁹⁹. Cette pondération doit, au surplus, être effectuée de manière concrète et non abstraite⁴⁰⁰. Elle inclut aussi l'obligation d'étudier les alternatives envisageables⁴⁰¹, ce qui correspond d'ailleurs à l'exigence de nécessité comprise dans le principe de la proportionnalité⁴⁰².

Cette méthode n'est pas sans rappeler la méthodologie multicritère d'aide à la décision, qui cherche à structurer le problème de la manière suivante⁴⁰³: actions potentielles (variantes à comparer), critères (dimensions sur lesquelles les actions potentielles sont évaluées) et poids des critères (importance accordée à chaque critère relativement aux autres).

Simultanément, l'art. 3 al. 1 OAT encourage implicitement une vision large de la participation à la prise de décision, tant des autorités que de la société civile, seule à même de garantir que tous les éléments pertinents ont bien été pris en considération⁴⁰⁴. L'art. 3 al. 2 OAT ajoute un autre élément fondamental, qui est celui de la motivation et de la transparence de la pesée. Selon le Tribunal fédéral, ce devoir est d'autant plus essentiel que le pouvoir d'appréciation de l'autorité est large⁴⁰⁵. La procédure suivie est alors décisive pour la validité matérielle de la décision⁴⁰⁶.

Cela étant, si les étapes du processus font l'objet d'un large consensus, cela n'ôte pas la difficulté principale de l'opération, qui réside dans l'action de peser proprement dite⁴⁰⁷.

399 Pour inclure, par exemple, des considérations découlant d'autres règles, par exemple l'Inventaire fédéral des sites construits d'importance nationale à protéger en Suisse (ISOS). Cf. TF, Arrêt 1C_328/2020 du 22 mars 2022, c. 3.5.1.

400 TF, Arrêt 1C_100/2020 du 28 juin 2021, c. 3.

401 ATF 118 Ib 17, c. 3.b; ATF 124 II 146, c. 3.a; ATF 136 II 214, c. 2.2; TF, Arrêt 1C_567/2020 du 1^{er} mai 2023, c. 5.1. Cf. WULLSCHLEGEL (note 144), p. 84; MOOR/POLTIER (note 125), p. 236, n. 251.

402 *Supra* D.II.2.

403 BERNARD ROY, *Méthodologie multicritère d'aide à la décision*, Paris 1985. Pour une présentation générale de cette méthode, cf. JACQUES PICTET/JEAN SIMOS, *Pesée globale des intérêts: Apports de l'aide multicritère à la décision*, in: Morand (note 90), p. 173 ss.

404 TANQUEREL (note 60), p. 500.

405 TF, Arrêt 1C_328/2020 du 22 mars 2022, c. 3.3.2; ATF 142 II 324 c. 3.6.

406 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 242: «*Vielmehr ist es hier die Abwägung selbst, die rechtsbildend wirkt. Oder anders: Die materielle Richtigkeit des Entscheidungsinhalts lässt sich zu grossen Teilen nur mehr an der prozeduralen Richtigkeit des Argumentationsvorgangs überprüfen.*».

407 MOOR (note 241), p. 274: «*A vrai dire, la balance des intérêts est une opération dont la méthodologie est, sur le plan théorique, problématique: personne ne sait très bien en quoi cela consiste épistémologiquement, voir éthiquement.*».

Il n'est, en premier lieu, pas facile de comparer des intérêts variés et, dans une certaine mesure, incommensurables⁴⁰⁸, notamment parce qu'ils peuvent inclure simultanément des éléments qualitatifs et quantitatifs⁴⁰⁹. Comme l'écrivait avec son sens habituel de la formule le juge de la Cour suprême des Etats-Unis ANTONIN SCALIA⁴¹⁰:

Having evaluated the interests on both sides as roughly as this, the Court then proceeds to judge which is more important. This process is ordinarily called «balancing,» but the scale analogy is not really appropriate, since the interests on both sides are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy.

Cette difficulté est renforcée par la diversité des finalités en jeu: en effet, alors que la finalité de l'intérêt privé est par essence générale et indéterminée, l'intérêt public a toujours une finalité précise⁴¹¹. Au surplus, le poids accordé à chaque intérêt varie avec le temps et l'évolution des mentalités⁴¹². Enfin, la pondération des intérêts doit être effectuée de bonne foi, car elle influence de manière décisive le résultat de la pesée⁴¹³.

Une erreur dans la pesée des intérêts constitue une violation de la norme appliquée et peut prendre quatre formes différentes⁴¹⁴: une pesée inexistante⁴¹⁵ ou incomplète⁴¹⁶, une identification défectueuse des intérêts concernés⁴¹⁷, une erreur dans l'évaluation de l'importance des intérêts⁴¹⁸ ou une optimisation insuffisante de ces intérêts⁴¹⁹.

408 HONSELL (note 10), p. 99–100; LEISNER (note 9), p. 6; CHARLES-ALBERT MORAND, La coordination matérielle: De la pesée des intérêts à l'écologisation du droit, DEP 1991, p. 201 ss, p. 216–217; TANQUEREL (note 175), p. 205–206.

409 MORAND (note 206), p. 68.

410 COUR SUPRÊME DES ETATS-UNIS, *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises*, 488 US p. 888 ss, p. 897 (Scalia).

411 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 777.

412 *Supra* E. I.1.

413 MARTIN SHAPIRO, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs 1966, p. 84. Evoquant l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), MARTIN SHAPIRO présente la pesée des intérêts à laquelle la Cour procède dans cet arrêt de la manière suivante: «*When the fall of Czechoslovakia is balanced against Mr. Dennis' interest in teaching the convolutions of Marxism-leninism, the issue is never in doubt.*».

414 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 242 ss.

415 TF, Arrêt IC_460/2020 du 30 mars 2021, c. 4.2.

416 Ce qui est déjà réalisé si l'autorité néglige de prendre en considération des alternatives. Cf. ATF 136 II 214, c. 3.2–3.3; ATF 129 II 63, c. 3.3; ATAF 2021 II/1, c. 33.3.

417 Soit parce que des intérêts pertinents n'ont pas été pris en compte, soit parce que des intérêts non pertinents ont été pris en compte. Cf. ATF 137 II 58, c. 3.3; ATF 124 II 252, c. 4.a; TF, Arrêt IC_365/2022 du 8 décembre 2022, c. 8.3.

418 Notamment parce qu'un poids insuffisant a été conféré à un intérêt. Cf. ATF 134 II 97, c. 3.5.2 et 3.7; ATF 147 II 164, c. 5.5.

419 Lorsqu'il n'y a pas de lien entre la pesée et son résultat, ce qui est proche de l'arbitraire. Cf. ATF 117 Ia 302, c. 4.d.

Dans ces conditions, aucune méthodologie ne permet de garantir que la pondération effectuée soit incontestable⁴²⁰. Le résultat de la pesée a donc un aspect imprévisible⁴²¹.

Il nous semble pourtant que les faiblesses méthodologiques de la pesée des intérêts peuvent être, dans une large mesure, compensées par le renforcement de la participation, de la motivation et de la transparence⁴²². Ces exigences obligent, en effet, l'autorité à soigneusement expliquer les motifs qui ont fait «*pencher la balance*» dans un sens ou dans un autre⁴²³, en mettant l'accent sur l'argumentation⁴²⁴. Cette obligation de motivation et de transparence s'inscrit dans un mouvement plus général de «procéduralisation» du contrôle de la prise de décision⁴²⁵, qui caractérise également la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme⁴²⁶.

2. La mise en œuvre

Dans la mesure où tout acte normatif contient des notions juridiques indéterminées et ménage une latitude de jugement à l'autorité d'application, l'obligation de prendre en compte les différents intérêts concernés est inévitable dans tous les domaines du droit public. Comme nous le verrons ci-dessous⁴²⁷, le pouvoir constituant ou le pouvoir législatif peuvent, par le biais d'une pesée généralisée, intervenir dans l'application du droit – c'est-à-dire dans la pesée individualisée –, en particulier en énumérant les intérêts qui devront être pris en compte

420 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 778; PAUL RICHLI, Zur Einordnung der Saldomethode der Kartellkommission in die Methodik des Verwaltungsrechts, in: Probleme des Kartellverwaltungsrechts, Festschrift für Bruno Schmidhauser zum 60. Geburtstag, Berne 1991, p. 11 ss, p. 25. RUDOLF MUGGLI, 40 Jahre Raumplanungsrecht – Lehren für heute?, DC 2022, p. 129 ss, p. 132, préconise de développer la méthodologie de la pesée des intérêts par le biais de programmes nationaux de recherche.

421 TSCHANNEN (note 393), p. 124.

422 MORAND (note 147), p. 64. Cf. PIERRE TSCHANNEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Berne 2008, p. 60–61: «*Interessenabwägungen, sofern systematisch durchgeführt und in den Entscheidungsgründen offengelegt, bilden eine rechtlich einwandfreie Method.*».

423 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 778. Sur la transparence, voir KARLEN (note 35), p. 74–75.

424 JEAN NICOLAS DRUEY, Interessenabwägung – eine Methode, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St-Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Berne 1981, p. 131 ss, p. 148. Voir, de manière plus large, CHAÏM PERELMAN/LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, Traité de l'argumentation juridique, 6^{ème} éd., Bruxelles 2008.

425 VAN DROOGHENBROECK/DELGRANGE (note 145), p. 51 ss.

426 CourEDH (GC), *Affaire Hatton et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 36022/97, 8 juillet 2003, § 128: «*[L]a Cour relève que lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter, comme c'était le cas en l'espèce, des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu.*». Cf. l'analyse de cette évolution par l'ancien Président de la Cour, ROBERT SPANO, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, Human Rights Law Review 2014, p. 487 ss.

427 *Infra* G.

ou en privilégiant certains d'entre eux, ce dont l'autorité, puis le juge, devront tenir compte⁴²⁸.

Dans le domaine des droits fondamentaux, les développements des dernières décennies, induits par la jurisprudence évolutive en la matière de la Cour européenne des droits de l'homme⁴²⁹, engendrent régulièrement des conflits qui requièrent une pesée des intérêts⁴³⁰: parfois, ce conflit résulte de l'invocation de la même liberté par deux personnes (par exemple, la liberté économique dans un contexte de licenciement), parfois il naît de l'invocation de deux droits fondamentaux différents⁴³¹. Dans l'application du droit, il reviendra aux autorités et aux tribunaux de veiller à ce qu'un équilibre soit respecté entre les libertés⁴³², le cas échéant par l'élaboration d'une méthodologie permettant de tenir compte de manière appropriée de chaque droit⁴³³.

Dans le domaine des procédures dites complexes⁴³⁴, c'est-à-dire, en particulier, en matière d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement⁴³⁵, la jurisprudence exige une pesée globale (*umfassende Interessenabwägung*) de tous les intérêts pertinents au moyen d'une procédure coordonnée⁴³⁶.

Compte tenu des développements qui précèdent⁴³⁷, il conviendrait toutefois de dépasser cette vision traditionnelle et de prendre acte du fait que la nécessité d'opérer une pesée globale des intérêts s'impose, en réalité, dans l'ensemble du droit public⁴³⁸. La jurisprudence du Tribunal fédéral pointe dans cette direction lorsque notre Haute Cour évoque une telle pesée dans des contextes aussi différents que le droit des personnes étrangères⁴³⁹, les traitements forcés en cliniques psychiatriques⁴⁴⁰ ou la reconnaissance de certaines associations par des institutions académiques⁴⁴¹.

428 ATF 134 II 97 c. 3.1: «Soweit das positive Verfassungs- und Gesetzesrecht einzelne Aspekte der Interessenabwägung konkret regelt, ist vorweg zu klären, ob das Vorhaben mit diesen Vorschriften zu vereinbaren ist. Erst wenn dies zutrifft, ist die Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen koordiniert durchzuführen.». Cf. également ATF 140 II 262, c. 8.2; ATF 117 Ib 243, c. 3.b. Voir TANQUEREL (note 60), p. 195.

429 JEAN-PAUL COSTA, La Cour européenne des droits de l'homme: Des juges pour la liberté, Paris 2013, p. 256.

430 Même si différents droits fondamentaux peuvent aussi opérer de manière complémentaire. Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 136.

431 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 137.

432 ATF 142 I 195 *Fondation Armée du Salut Suisse*, c. 5.5 et 5.6.

433 MICHEL HOTTELIER, Les conflits de droits de l'homme et la sécurité juridique, *Annuaire international des droits de l'homme* 2009, p. 115 ss, p. 130 ss. Cf. ATF 128 I 63, c. 5; ATF 137 I 167, c. 3.7.

434 *Supra* D.III.2.

435 Voir BEATRICE WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche*, Zurich 2021.

436 ATF 140 II 437, c. 5–6; ATF 134 II 97, c. 3.1; ATF 121 II 72, c. 3; ATF 118 Ib 381, c. 4. Cf. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 240.

437 *Supra* E.

438 MORAND (note 147), p. 66–67.

439 Voir, par exemple TAF, Arrêt F-3283/2022 du 6 juillet 2023, c. 5.2.6.

440 ATF 130 I 16, c. 5.4.

441 ATF 140 I 201, c. 6; TAF, Arrêt B-3985/2021 du 7 décembre 2023, c. 3.2.

3. Les outils procéduraux

La pratique a développé certains outils procéduraux qui permettent d'accompagner la pesée des intérêts en aidant l'autorité compétente à identifier et à évaluer les différents intérêts en présence⁴⁴².

Ces outils incluent entre autres les outils informatiques, les enquêtes publiques, les procédures d'opposition, les études d'impact ou encore la reconnaissance d'un droit de recours d'organisations à but idéal⁴⁴³, par exemple dans le cadre de la protection de la nature et des sites⁴⁴⁴, de la protection de l'environnement⁴⁴⁵ et de la législation sur le travail⁴⁴⁶. L'étude d'impact, en particulier, est un instrument intéressant⁴⁴⁷, dans la mesure où elle implique «une analyse très approfondie des effets qu'un projet de construction peut produire sur la réalité physique, chimique, sociale, économique, etc.»⁴⁴⁸

Sur ce dernier point, si les tentations récentes des autorités fédérales de limiter les possibilités de recours des organisations à but idéal, notamment dans le domaine des énergies renouvelables⁴⁴⁹, se comprennent dans un objectif d'accélération des procédures (notamment d'autorisations de construire), elles conduiraient inévitablement à un appauvrissement de la participation et donc, en conséquence, du caractère global de la pesée des intérêts.

442 TANQUEREL (note 60), p. 196.

443 MOOR/POLTIER (note 125), p. 220. Cf. MICHAEL BÜTLER, Zur Verbandsbeschwerde der Natur- und Umweltschutzorganisationen, *Revue de l'avocat* 2022, p. 455 ss. Favorables au développement d'un tel droit dans le domaine climatique, LORENZ KNEUBÜHLER/DOMINIQUE HÄNNI, Umweltschutz, Klimaschutz, Rechtsschutz: Ein Plädoyer für eine Verbandsbeschwerde im schweizerischen Klimarecht, *ZBl* 2021, p. 479 ss.

444 Art. 12 LPN.

445 Art. 55 LPE.

446 Art. 58 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11; Loi sur le travail, «LTTr»).

447 Voir art. 10a à 10d LPE et l'ordonnance fédérale du 19 octobre 1988 relative à l'étude de l'impact sur l'environnement (RS/CH 814.011; «OEIE»). L'étude d'impact, obligatoire quand une installation est susceptible «d'affecter sensiblement l'environnement» (art. 10a al. 2 LPE), doit comporter «les indications nécessaires à l'appréciation du projet selon les dispositions sur la protection de l'environnement» (art. 10b al. 2 LPE). Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 807–808. Voir TF, Arrêt 1C_327/3022 du 7 novembre 2023 (destiné à la publication), c. 5.

448 MORAND (note 206), p. 56.

449 Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 21 juin 2023 relatif à la modification de la loi sur l'énergie, FF 2023 1602, p. 12: «Si les procédures de planification et d'autorisation subissent fréquemment des retards, c'est aussi parce que les organisations environnementales cantonales et communales peuvent user des voies de droit pour s'opposer à des installations destinées à utiliser des énergies renouvelables. Or, une telle qualité pour recourir ne se justifie pas dans le cas de projets d'intérêt national. Désormais, la qualité pour recourir dans les procédures qui concernent des installations d'intérêt national ne sera donnée qu'aux mêmes conditions que la qualité pour recourir au Tribunal fédéral.»

III. Synthèse

Une pesée des intérêts peut intervenir à différents moments de la «vie» du droit public. Dans ce contexte, les types d'intérêts en jeu importent peu: intérêts publics contre intérêts privés (atteinte aux droits fondamentaux), intérêts privés contre intérêts privés (droit privé) ou intérêts publics contre intérêts publics (nombreux domaines du droit public). Dans tous les cas, la pesée devra revêtir une portée globale.

Or, si la structuration de la pesée en deux principales étapes – identification et évaluation des intérêts en jeu – n'est guère contestée, elle laisse entières les difficultés relatives à la pondération d'intérêts qui, par définition, ne sont souvent pas comparables. En fin de compte, les garde-fous les plus solides sont de nature procédurale: permettre une participation aussi large que possible, afin de s'assurer que tous les intérêts pertinents seront pris en compte, et exiger une motivation précise qui garantit la transparence de la pesée effectuée.

G. Les autorités

Après avoir examiné l'omniprésence des pesées d'intérêts qui caractérisent un Etat de droit démocratique, évoqué plus précisément leur place dans le droit public, relativisé la distinction entre intérêts privés et intérêts publics et souligné l'importance du processus de pesée globale des intérêts, le moment est venu d'examiner les différents organes de l'Etat qui sont amenés à procéder à ces pesées.

Nous aborderons tour à tour le pouvoir constituant (I.), le pouvoir législatif (II.), le pouvoir exécutif (III.) et le pouvoir judiciaire (IV.), avant de procéder à une synthèse (V.).

I. Le pouvoir constituant

Comme nous l'avons vu plus haut⁴⁵⁰, dans un Etat de droit démocratique, le pouvoir constituant joue un rôle fondamental dans l'identification des intérêts publics confiés à l'Etat (a.). Il peut cependant aller plus loin et privilégier certains d'entre eux (b.).

1. L'identification des intérêts

Le pouvoir constituant confie régulièrement de nouvelles tâches à l'Etat. Conformément à l'évolution historique de son rôle⁴⁵¹, l'Etat s'est ainsi vu

450 *Supra* D.II.

451 *Supra* C.II.1.

confier des tâches dans de nombreux domaines au cours des dernières décennies⁴⁵². Par exemple, le constituant a accepté, en 1962, un nouvel art. 24^{sexies} aCst féd. 1874 relatif à la protection de la nature et du patrimoine (aujourd'hui art. 78 Cst. féd.), ajoutant une corde à l'arc de l'Etat et conduisant à l'adoption de plusieurs lois fédérales majeures, en particulier la LPN⁴⁵³.

Comme nous l'avons vu, le choix de garantir des droits fondamentaux dans la Constitution exprime, de manière générale, un choix favorable à l'autonomie privée et à la société civile, par la création d'espaces protégés contre des interventions étatiques⁴⁵⁴. A cet égard, l'inclusion d'un catalogue structuré des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution fédérale en 1999 est un symbole fort⁴⁵⁵.

Dans la mesure où toute modification de la Constitution fédérale est soumise à un référendum obligatoire, la procédure donne lieu à un débat et à des échanges publics qui visent à permettre aux votantes et votants d'élaborer leur opinion de la façon «*la plus libre et complète possible*»⁴⁵⁶, ce qui est le gage d'une certaine transparence. On relèvera qu'en général, les dispositions constitutionnelles ne sont pas directement applicables et doivent donc faire l'objet d'une concrétisation législative⁴⁵⁷.

La coexistence de différents intérêts publics, entre lesquelles la constitution n'opère pas de hiérarchie⁴⁵⁸, est à la source de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la concordance pratique⁴⁵⁹.

2. La quantification des intérêts

Le constituant peut aller au-delà de la simple identification d'intérêts et choisir de privilégier un certain intérêt ou même de l'imposer par rapport à d'autres⁴⁶⁰. Dans de tels cas de figure, c'est le constituant qui procède à la pesée des intérêts dans le cadre de la campagne électorale et sa décision correspond au résultat du vote. Dans la terminologie présentée ci-dessus⁴⁶¹, il s'agit d'une pesée *généralisée* puisqu'elle intervient *ex ante* de manière abstraite.

452 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 167.

453 PETER M. KELLER/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/KARL LUDWIG FAHRLÄNDER (éd.), Commentaire LPN, 2^{ème} éd., Zurich 2019.

454 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 16: «*La Suisse est un Etat libéral. La protection des droits fondamentaux occupe une place de choix en droit constitutionnel suisse.*».

455 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale (note 16), p. 139 ss.

456 ATF 145 I 207, c. 2. Cette liberté est protégée à la fois par l'art. 34 al. 2 Cst. féd. et par la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS/CH 161.1; «LDP»).

457 ATF 134 I 322, c. 2.5.1.

458 WULLSCHLEGEL (note 144), p. 82.

459 *Supra* B.

460 AUBERT (note 242), p. 84.

461 *Supra* F.I.3.

La consécration des droits fondamentaux en est une illustration, puisque leur garantie constitutionnelle établit le fait qu'ils protègent leurs titulaires contre des mesures poursuivant d'autres intérêts (publics ou privés), à moins que les conditions de restriction de l'art. 36 Cst. féd. ne soient remplies⁴⁶².

Ce procédé a souvent été mis en œuvre sous l'impulsion de la démocratie directe, plus précisément de l'initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution fédérale (art. 139 Cst. féd.)⁴⁶³. Tel est par exemple le cas de l'art. 24^{sexies} de l'ancienne Constitution fédérale de 1874 (aujourd'hui art. 78 al. 5 Cst. féd.), issu d'une initiative populaire dirigée contre le projet d'extension d'une place d'armes dans le marais du Rothenthurm (cantons de Schwyz et de Zoug) et accepté en votation populaire en 1987⁴⁶⁴. Cette disposition a été rédigée de telle manière que son contenu s'impose de manière «absolue» aux autorités d'application du droit⁴⁶⁵:

⁵ Les marais et les sites marécageux d'une beauté particulière qui présentent un intérêt national sont protégés. Il est interdit d'y aménager des installations ou d'en modifier le terrain. Font exception les installations qui servent à la protection de ces espaces ou à la poursuite de leur exploitation à des fins agricoles.

La pratique constitutionnelle récente en fournit d'autres exemples: l'acceptation en 2004 de l'initiative populaire «*Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables*» (art. 123a Cst. féd.)⁴⁶⁶, celle en 2009 de l'initiative populaire «*Contre la construction de minarets*» (art. 72 al. 3 Cst. féd.)⁴⁶⁷, celle en 2010 de l'initiative populaire «*Pour le renvoi des étrangers criminels*» (art. 121 al. 3 à 6 Cst. féd.)⁴⁶⁸ ou encore celle en 2012 de l'initiative populaire «*Pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires*» (art. 75b Cst. féd.)⁴⁶⁹.

Cette pesée généralisée peut s'avérer problématique dans la mesure où elle empêche toute pesée des intérêts individualisée⁴⁷⁰. Cela étant, lorsque la disposition constitutionnelle n'est pas directement applicable, sa concrétisation légis-

462 *Supra* D.II.2.

463 On notera qu'en cas d'acceptation, les initiatives populaires peuvent aussi créer des conflits au sein du droit constitutionnel entre les différentes tâches confiées à l'Etat. Cf. KASPAR EHRENZELLER, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch: Legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen, Zurich 2020.

464 FF 1962 I 1503. Cf. THOMAS FLEINER-GERSTER, Art. 24^{sexies}, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberg/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (éd.), Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Bâle/Zurich/Genève 1987; Petit commentaire Cst.-MAHON, art. 78 N 1.

465 ATF 117 Ib 243, c. 3.b. Si l'on excepte, évidemment, l'emploi de notions juridiques indéterminées, qui laissent toujours une marge d'appréciation à l'autorité d'application. Qu'est-ce, en effet, qu'un marais «*d'une beauté particulière*» et à quelles conditions présente-t-il un «*intérêt national*»? Consulter MORAND (note 147), p. 61; MÜLLER (note 178), p. 342–343.

466 FF 2003 3979.

467 FF 2009 3903.

468 FF 2010 3853.

469 FF 2011 4473.

470 IVANOV (note 301), p. 10.

lative fournit l'occasion de prévoir des exceptions et des dérogations susceptibles de laisser subsister une pesée individualisée des intérêts⁴⁷¹.

II. Le pouvoir législatif

Comme le pouvoir constituant, le pouvoir législatif joue un rôle central dans la pesée des intérêts puisqu'il lui appartient, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, de légiférer et de concrétiser les dispositions constitutionnelles.

Nous examinerons son rôle dans l'élaboration des normes (a.) et dans la détermination de leur contenu (b.), avant de montrer qu'il est parfois aussi amené à procéder à des pesées d'intérêts individualisées (c.).

1. L'élaboration des normes

Lorsqu'il remplit sa fonction première, c'est-à-dire qu'il légifère, tout pouvoir législatif identifie les intérêts poursuivis par la loi, en énumérant, conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. féd.⁴⁷², les objectifs de l'action étatique⁴⁷³. En général, cette explicitation figure dans les premières dispositions des lois⁴⁷⁴. Pour en donner un exemple, l'art. 1^{er} de la loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture⁴⁷⁵ fixe comme buts de l'action étatique la sécurité de l'approvisionnement de la population (let. a), la conservation des ressources naturelles (let. b), l'entretien du paysage rural (let. c), l'occupation décentralisée du territoire (let. d) et le bien-être des animaux (let. e)⁴⁷⁶.

471 ATF 133 I 110, c. 6.2. Ainsi, le Tribunal fédéral ayant nié aux nouveaux alinéas de l'art. 121 Cst. féd. une applicabilité directe dans l'ATF 139 I 16, c. 4.2 et 4.3, il revenait à l'Assemblée fédérale de la mettre en œuvre au niveau législatif, ce que celle-ci a fait en introduisant une «clause de rigueur» permettant au tribunal de renoncer exceptionnellement à une expulsion lorsqu'une telle mesure mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de la personne concernée à demeurer en Suisse. Cette clause est à l'origine de l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» (FF 2015 4403), qui a été rejetée par la population en février 2016. Cf. IVANOV (note 301), p. 12, qui évoque «l'utilisation de la législation d'exécution comme correctif».

472 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 761–762.

473 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 167.

474 CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 80. Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation: Modules «loi», «ordonnance» et «initiative parlementaire»*, Berne 2014, p. 35: «La fixation des objectifs sert à définir l'état que l'on entend atteindre ou, du moins, qu'il serait souhaitable d'atteindre (...) Les objectifs définis pourront ultérieurement être intégrés dans les dispositions de l'acte législatif concernant le but de celui-ci. Ces dispositions fournissent aux autorités chargées d'appliquer ou de dire le droit des indications sur la manière d'interpréter les différentes normes de l'acte.».

475 RS/CH 910.1; «LAgri».

476 On relèvera que ces buts ont été complétés par la let. e en 2013. Cf. RO 2013 3463. Sur les intérêts publics en jeu dans la réglementation des semences, voir CAMILLE VALLIER, *Semences et droit public*, Genève 2021, p. 185 ss.

Dans ce contexte, le parlement effectue, par la force des choses, une pesée généralisée entre les différents intérêts en jeu, dont le résultat constitue le texte légal adopté⁴⁷⁷. Le pouvoir législatif doit alors veiller à prendre en compte l'ensemble des intérêts en présence⁴⁷⁸, en particulier les droits fondamentaux. Le «choix de l'option préférable» est alors essentiellement politique et non arithmétique⁴⁷⁹. Le pouvoir législatif pourra, le cas échéant, prévoir des possibilités de dérogation, afin de permettre des pesées des intérêts individualisées. Dans de tels cas, l'intérêt à la dérogation devra être mis en balance avec l'intérêt général poursuivi par la norme dont il s'agirait de s'écarter⁴⁸⁰.

En Suisse, le processus de pesée des intérêts est directement influencé par les instruments de démocratie directe⁴⁸¹. En effet, la menace du référendum facultatif incite le parlement à prendre en compte préventivement les différents intérêts en présence afin de minimiser le risque de contestation de la loi dans les urnes⁴⁸². La procédure de consultation, prévue à l'art. 147 Cst. féd. et qui doit notamment être organisée lors des travaux préparatoires concernant les projets de loi (art. 3 al. 1 let. b de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation⁴⁸³), vise ainsi à «associer les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés à la définition de la position de la Confédération et à l'élaboration de ses décisions» (art. 2 al. 1 LCo) et à «déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté» (art. 2 al. 2 LCo)⁴⁸⁴.

2. Le contenu des normes

Comme nous l'avons vu ci-dessus avec l'exemple des routes nationales⁴⁸⁵, dans la manière classique de légiférer⁴⁸⁶, le législateur identifie des intérêts (publics ou privés) qui devront être pris en compte dans l'application de la loi, tout en laissant les organes d'application du droit effectuer, dans chaque cas d'espèce, une pesée des intérêts individualisée.

477 BUERGISSE (note 222), p. 10; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 92; MÜLLER (note 205), p. 216. Cf. MÜLLER (note 178), p. 341, n. 17: «Das Abwägen öffentlicher Interessen könnte man geradezu als Kern aller politischen Tätigkeit bezeichnen.».

478 MORAND (note 206), p. 43.

479 FLÜCKIGER (note 99), p. 509.

480 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 642; MÜLLER (note 205), p. 246.

481 *Supra* B.II.

482 DELLEY (note 50), p. 107.

483 RS/CH 172.061; «LCo».

484 THOMAS SÄGESSER, Vernehmlassungsgesetz: Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren, Berne 2005. Voir également OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation: Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 4^{ème} éd., Berne 2019, p. 72 ss.

485 *Supra* E.I.2.

486 FRANÇOIS CHAIX, Droit public et enjeux climatiques: Quels rôles pour le juge et le législateur?, Journées suisses du droit de la construction 2023, Fribourg 2023, p. 49 ss, p. 66.

Dans ce contexte, il appartient au pouvoir législatif de veiller à la bonne coordination des politiques publiques, afin d'éviter de générer lui-même des conflits d'intérêts⁴⁸⁷. Dans le domaine des droits fondamentaux, le droit à la protection de la sphère privée passe ainsi parfois par la limitation pénale des libertés de communication, à l'image des infractions de diffamation, calomnie, injure ou propos racistes⁴⁸⁸.

Il arrive cependant au législateur d'aller plus loin et de donner à certains intérêts, de manière anticipée et généralisée, une position préférentielle⁴⁸⁹. Un exemple classique est l'art. 6 al. 2 LPN, à teneur duquel, lorsqu'il s'agit de l'accomplissement d'une tâche de la Confédération, la règle suivant laquelle un objet doit être conservé intact dans les conditions fixées par l'inventaire fédéral d'objets d'importance nationale ne souffre d'exception que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à cette conservation⁴⁹⁰. PIERRE TSCHANNEN parle de «*Vorstrukturierung des Abwägungsvorgangs*»⁴⁹¹.

Ce mode de procéder est régulièrement utilisé par le Parlement depuis quelques années dans le contexte de la crise écologique et du développement des énergies renouvelables⁴⁹². Ainsi, en 2012, le législateur a modifié l'art. 18a LAT, relatif aux installations solaires, en prévoyant notamment que l'intérêt à l'utilisation de l'énergie solaire sur des constructions existantes ou nouvelles l'emporte en principe sur les aspects esthétiques (al. 4). La pesée des intérêts en est modifiée, puisqu'un refus d'autorisation de construire pour des considérations esthétiques n'est plus admissible que «*dans des cas très exceptionnels*»⁴⁹³.

Dans le cadre de la Stratégie énergétique 2050, le législateur a consacré à l'art. 12 de la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie⁴⁹⁴ un intérêt natio-

487 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale (note 16), p. 197. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 36 N 103; FLORIAN EGGER, L'équilibre inachevé du régime juridique du tatouage, du piercing et des pratiques associées en droit public, Genève 2021, p. 293 ss.

488 Petit commentaire Cst.-MAHON, art. 36 N 12.

489 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 779. Cf. ATF 118 Ib 599, c. 7.e; ATF 114 Ia 245, c. 5.a; ZBl 67/1966 p. 276, c. 2.

490 TF, Arrêt 1C_654/2021 du 28 novembre 2022, c. 7.3. Voir toutefois la motion n° 23.3435, transmise en février 2024 au Conseil fédéral et lui demandant d'élaborer un message relatif à l'adaptation de la LPN afin que «*l'intérêt national d'un site soit relativisé et que l'intérêt public avéré des communes, des villes et des cantons soit considéré comme tout aussi important, afin qu'une pesée des intérêts puisse être effectuée d'égal à égal et que des compromis judiciaires permettant de réaliser les projets de développement communaux ou cantonaux souhaités puissent être trouvés*».

491 Voir TSCHANNEN (note 393), p. 125–126.

492 PETER HÄNNI, Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung, in: Le droit public en mouvement: Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève 2020, p. 887 ss; KASPAR PLÜSS, Interessenabwägung beim Bau von Wasser- und Windenergieanlagen, Zurich 2017.

493 ATF 146 II 367, c. 3.1.1.

494 RS/CH 730.0; «LEne».

nal à l'utilisation des énergies renouvelables, destiné à rééquilibrer la pesée des intérêts avec d'autres intérêts publics (tels que la protection de la nature)⁴⁹⁵. Lors de sa session d'automne 2022, l'Assemblée fédérale a adopté en urgence l'art. 71a LEne, qui concerne la construction de «*grandes installations photovoltaïques*». Cette disposition intervient à plusieurs égards sur la pesée des intérêts⁴⁹⁶: elle pose le principe selon lequel la nécessité de ces installations est démontrée (al. 1 let. a), elle affirme qu'elles sont considérées comme des «*constructions relevant d'un intérêt national et dont l'implantation est imposée par leur destination*» (al. 1 let. b) et elle prévoit que l'intérêt de les réaliser prime en principe d'autres intérêts nationaux, régionaux et locaux (al. 1 let. d), sous réserve de certains sites exhaustivement énumérés (al. 1 let. e⁴⁹⁷). On notera que l'inclusion des termes «en principe» laisse subsister une pesée des intérêts individualisée lors de l'application de cette disposition.

Le parlement est allé encore plus loin à l'art. 71b LEne, puisque dans celui-ci, il a procédé à une pesée des intérêts quasi-intégrale qui s'impose aux autorités d'application de la loi:

¹ Les conditions suivantes s'appliquent à l'extension de la centrale hydroélectrique à accumulation visée à l'al. 2:

- a. sa nécessité est démontrée;
- b. elle n'est pas soumise à l'obligation d'aménager le territoire;
- c. l'intérêt de la réaliser prime en principe d'autres intérêts nationaux, régionaux et locaux.

² Dans le cadre du projet du Grimsel (commune de Guttannen [BE]) qui prévoit le rehaussement du barrage de 23 m et le déplacement de la route du col, l'al. 1 s'applique à toutes les mesures nécessaires à la réalisation du projet et requises pour une utilisation raisonnée de la force hydraulique au sein de la centrale.

Cette disposition, malgré sa formulation générale, s'applique en fait à un projet spécifique (le rehaussement du barrage du Grimsel), de sorte qu'elle constitue une pesée individualisée⁴⁹⁸ et non une loi au sens matériel du terme⁴⁹⁹. On soulignera que l'adoption de cet article faisait suite à un arrêt du Tribunal fédéral dans lequel ce dernier avait renvoyé le projet de rehaussement du barrage aux autorités cantonales compétentes, au motif qu'il n'avait pas fait l'objet d'une pesée globale des intérêts concernés⁵⁰⁰.

495 ALEXANDRE GERBER, Art. 12 Energiegesetz: Was ändert sich bei der Interessenabwägung (erneuerbare Energie vs. Natur-, Landschafts- und Umweltschutz?, Rechtsfragen der Energiewirtschaft 2019, p. 77 ss; MARKUS SCHREIBER, Die Nutzung des Alpenraums zur nachhaltigen Stromerzeugung, ZBl 123/2022, p. 515 ss.

496 HERBERT BÜHL, Auswirkungen der Änderungen des Energiegesetzes (EnG) vom 30. September 2022 auf die Solarstromerzeugung und alpine Landschaften, DEP 2023, p. 260 ss, p. 278–279.

497 Il s'agit des marais et sites marécageux visés à l'art. 78 al. 5 Cst. féd., des biotopes d'importance nationale visés à l'art. 18a LPN et des réserves de sauvagine et d'oiseaux migrateurs visés à l'art. 11 de la loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages; RS/CH 922.0; «LChP».

498 *Infra* G.II.3.

499 Dans le même sens, voir CHAIX (note 486), p. 56.

500 ATF 147 II 164, c. 4. Cf. THIERRY LARGEY, Rehaussement du barrage du Grimsel – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_356/2019 du 4 novembre 2020, DEP 2021, p. 207 ss.

Si la revalorisation de l'intérêt aux énergies renouvelables au même niveau que d'autres intérêts nationaux ne préjuge pas le résultat de la pesée individualisée⁵⁰¹, la primauté générale qui lui est donnée dans certaines dispositions s'écarte des principes développés depuis plusieurs décennies dans le domaine du droit de l'environnement⁵⁰².

Enfin, le législateur procède à des pesées des intérêts généralisées intégrales lorsqu'il intègre dans la loi des interdictions pures et simples telle que l'interdiction de fumer dans les lieux publics⁵⁰³. Cette manière de procéder est parfois guidée par une volonté symbolique du pouvoir législatif de montrer sa détermination à régler certains problèmes qui semblent préoccuper l'opinion publique⁵⁰⁴. L'adoption de nouvelles règles peut alors paradoxalement apparaître comme politiquement plus facile que la renonciation à légiférer⁵⁰⁵.

3. *La pesée des intérêts individualisée*

Comme nous l'avons exposé plus haut⁵⁰⁶, la conception helvétique de la séparation des pouvoirs ne repose pas sur une distribution rigide des tâches. En conséquence, le parlement fédéral et les parlements cantonaux disposent également de certaines compétences non législatives qui les amènent à appliquer la loi et à prononcer des décisions individuelles et concrètes⁵⁰⁷. Au niveau fédéral, tel est le cas, par exemple, de l'octroi d'une autorisation générale pour une installation nucléaire (art. 48 al. 2 de la loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire⁵⁰⁸). Dans ce cas de figure, le pouvoir législatif est amené à procéder à une pesée des intérêts individualisée qui s'inscrit dans le cadre de la pesée des intérêts généralisée qu'il a lui-même ancrée dans la loi, créant ainsi une forme de pesée des intérêts au carré.

501 ATF 147 II 164, c. 4.7.

502 Pour une vision (très) critique de ce processus, voir ALAIN GRIFFEL, Frontalangriff auf das Umweltrecht, recht 1/2023, p. 52 ss.

503 TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSSELI, Schutz vor Passivrauchen: Verfassungsrechtliche Aspekte, PJA 2006, p. 21 ss. Il convient d'évoquer, dans ce contexte, l'interdiction de l'absinthe acceptée en 1908 par le constituant (art. 32^{ter} aCst. féd.). Cf. JEAN-DANIEL DELLEY, L'initiative populaire au défi des émotions et du droit international, Domaine public du 10 mars 2014, p. 2.

504 IVANOV (note 301), p. 16. DANIELA IVANOV mentionne dans ce contexte les multiples projets législatifs ayant fait suite à la mort d'un garçon tué par trois pitbulls, qui ont dans certains cantons conduit à l'interdiction pure et simple de certaines races de chiens. Voir, par exemple, art. 23 LChiens/GE, qui contient cependant certaines possibilités de dérogation.

505 Pour une vision critique, voir MARKUS MÜLLER, Il faut donner du temps au temps: Reflexionen zur zeitlosen Zeitnot in der Gesetzgebung, LeGes 2014/3, p. 431 ss, p. 437; CHRISTOPH WINZELER, Variationen der Verhältnismässigkeit im Rechtsstaat – Symbolische Gesetzgebung?, RSJ 2010 p. 181 ss.

506 *Supra* B.I.

507 DUBÉY/ZUFFEREY (note 94), p. 317.

508 RS/CH 732.1; «LENu».

III. Le pouvoir exécutif

L'analyse du rôle du pouvoir exécutif dans les pesées d'intérêts doit distinguer le gouvernement (a.) et l'administration (b.)⁵⁰⁹.

1. Le gouvernement

Le Conseil fédéral est l'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération (art. 174 Cst. féd.) et se trouve à la tête du pouvoir exécutif⁵¹⁰, qui, selon la vision classique de la séparation des pouvoirs, est chargé d'appliquer la loi⁵¹¹. Toutefois, il dispose également d'un pouvoir normatif, qui joue en pratique un rôle quantitatif considérable⁵¹².

Ce pouvoir – appelé «pouvoir réglementaire» – doit se fonder sur la Constitution (ordonnance *indépendante*) ou sur une loi formelle (ordonnance *dépendante*)⁵¹³. Pour adopter des normes primaires, c'est-à-dire des règles qui étendent ou restreignent le champ d'application de la loi ou qui créent pour les individus des droits ou des obligations que la loi ne mentionne pas⁵¹⁴, le gouvernement doit s'appuyer sur une délégation législative valable⁵¹⁵. L'art. 164 al. 1 Cst. féd. prévoit d'ailleurs que les règles de droit importantes doivent faire l'objet d'une loi formelle (al. 1), laquelle peut procéder à une délégation législative pour autant que celle-ci ne soit pas exclue par la Constitution (al. 2)⁵¹⁶.

Au niveau fédéral, les textes normatifs adoptés par les gouvernements sont appelés *ordonnances*⁵¹⁷. On relèvera qu'une procédure de consultation doit être organisée lors de l'élaboration d'ordonnances qui ont «une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle» (art. 3 al. 1 let. d LCo).

Dans ce contexte, le gouvernement prend en compte, comme le parlement, plusieurs intérêts et procède à une pesée généralisée, comme cela ressort par exemple des intérêts qui guident la fixation de valeurs limites d'immissions selon l'art. 2 al. 5 de l'ordonnance fédérale du 16 décembre 1985 sur la protection de l'air⁵¹⁸:

⁵ Sont considérées comme excessives les immissions qui dépassent une ou plusieurs des valeurs limites figurant à l'annexe 7. Si pour un polluant aucune valeur limite n'est fixée, les immissions sont considérées comme excessives lorsque:

509 TANQUEREL (note 60), p. 8.

510 CR Cst.-GRISEL, art. 174 N 12.

511 *Supra* B.I.

512 Les calculs font apparaître qu'au niveau fédéral, les ordonnances représentent plus de 80 % des textes normatifs. Cf. FELIX UHLMANN/DAVID HOFSTETTER, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, ZBl 2012 p. 455 ss, p. 456.

513 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (note 17), p. 531.

514 DUBÉY/ZUFFEREY (note 94), p. 112.

515 ATF 134 I 322, c. 2.2.

516 OFK BV-BIAGGINI, Art. 164 N 10.

517 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 650.

518 RS/CH 814.318.142.1; «OPair».

- a. elles menacent l'homme, les animaux et les plantes, leurs biocénoses ou leurs biotopes;
- b. sur la base d'une enquête, il est établi qu'elles incommode sensiblement une importante partie de la population;
- c. elles endommagent les constructions;
- d. elles portent atteinte à la fertilité du sol, à la végétation, ou à la salubrité des eaux.⁵¹⁹

Le pouvoir d'appréciation dont jouit le gouvernement dépend de la marge de manœuvre qui lui est laissée par le texte fondant son pouvoir réglementaire. Ainsi, le pouvoir découlant de la Constitution est souvent ample, à l'exemple des articles 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. féd. qui ont permis au Conseil fédéral d'adopter des ordonnances dans de nombreux domaines, à l'exemple de l'ordonnance du 5 septembre 2022 sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique⁵²⁰ ou de l'ordonnance du 16 mars 2023 accordant une garantie à la Banque nationale suisse⁵²¹. En revanche, une norme comme l'art. 197 ch. 9 al. 1 Cst. féd., qui habilite le Conseil fédéral à édicter de manière transitoire les dispositions d'exécution nécessaires sur la construction, la vente et l'enregistrement au registre foncier de résidences secondaires, a un champ nettement défini.

Le pouvoir d'appréciation découlant d'une loi peut lui aussi être restreint ou large. Un exemple de pouvoir restreint figure à l'art. 12 al. 1 de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage⁵²², qui prévoit que, si un intérêt public ou privé prépondérant, digne de protection, s'oppose à ce que certaines catégories d'archives soient consultées par des tiers, le Conseil fédéral peut en restreindre ou en interdire la consultation par voie d'ordonnance et pour une durée limitée après l'expiration du délai de protection⁵²³. Le Conseil fédéral a défini les intérêts publics et privés prépondérants à l'art. 14 de l'ordonnance fédérale du 8 septembre 1999 relative à la loi fédérale sur l'archivage⁵²⁴.

L'art. 6 de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme⁵²⁵, qui traite de la «*situation particulière*» et qui permet au Conseil fédéral d'ordonner des mesures visant des individus et des mesures visant la population⁵²⁶, confère pour sa part un large pouvoir d'appréciation. En effet, le gouvernement peut prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations, fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées, ou réglementer leur fonctionnement ou encore interdire ou

519 Voir DESCLOUX (note 318), p. 92.

520 RO 2022 492.

521 RO 2023 135.

522 RS/CH 152.1; «LAR».

523 Cet exemple est donné par TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 168.

524 RS/CH 152.11; «Ordonnance sur l'archivage, OLAr».

525 RS/CH 818.101; «Loi sur les épidémies, LEp».

526 FRÉDÉRIC BERNARD, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, Jusletter 30 mars 2020; ANDREAS STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, RDS 2020, Sondernummer «Pandemie und Recht», p. 9 ss.

limiter l'entrée et la sortie de certains bâtiments ou zones, ou certaines activités se déroulant dans des endroits définis (art. 40 al. 2 LEp). Appelé à contrôler la légalité de certaines mesures ordonnées pendant la pandémie de nouveau coronavirus, telles que le port du masque, le Tribunal fédéral a relevé le caractère vague de la formulation de l'art. 40 al. 2 LEp tout en estimant que cette disposition n'enfreignait pas les exigences constitutionnelles applicables et constituait donc une base légale suffisante pour restreindre des droits fondamentaux⁵²⁷.

Dans de tels cas, la pesée des intérêts effectuée par le gouvernement est *généralisée*. Cela étant, il arrive également que la loi confère au gouvernement la compétence de procéder à une pesée des intérêts individualisée. Ainsi, le Conseil fédéral est directement compétent pour octroyer les concessions requises pour exploiter une maison de jeu (art. 6 de la loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent⁵²⁸). Dans ce cadre, le Conseil fédéral dispose d'un pouvoir d'appréciation (art. 8 al. 1 LJAr: «*Une concession peut être octroyée si ...*») qui lui permet de refuser une demande pour des motifs d'opportunité même si toutes les conditions légales sont remplies⁵²⁹. On relèvera que ce pouvoir d'appréciation est, au surplus, «protégé», puisque la décision du Conseil fédéral n'est pas sujette à recours (art. 11 al. 1 LJAr), en dérogation à l'accès à un tribunal garanti par l'art. 29a Cst. féd.⁵³⁰.

2. L'administration

L'administration fait aussi partie du pouvoir exécutif⁵³¹. Elle dispose d'un pouvoir réglementaire, qui repose généralement sur une «sous-délégation» du gouvernement⁵³². En vertu de l'art. 48 de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁵³³, la sous-délégation au profit des départements ne nécessite pas de base légale expresse, contrairement à la sous-délégation aux offices et aux groupements de l'administration⁵³⁴. Ce pou-

527 ATF 147 I 450, c. 3.2.1; ATF 147 I 478, c. 3.7. En raison de l'art. 189 al. 4 Cst. féd., ces arrêts ont été rendus au sujet des mesures ordonnées par les cantons, non de celles adoptées par le Conseil fédéral.

528 RS/CH 935.51; «LJAR».

529 FRANÇOIS BELLANGER, *Marchés publics et concessions?*, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (éd.), *Marchés publics 2012*, Fribourg 2012, p. 167 ss, p. 185–186.

530 CR Cst.-GRODECKI, art. 29a N 34 ss; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N 20 ss. Cette exception se fonde sur la fin de la disposition: «*Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels.*».

531 KNAPP (note 233), p. 3.

532 Sans entrer dans les détails, la présente section pourra aussi s'appliquer, *mutatis mutandis*, à l'administration décentralisée lorsqu'elle dispose d'une compétence réglementaire ou décisionnelle. Cf. TANQUEREL (note 60), p. 4–5.

533 RS/CH 172.010; «LOGA».

534 THOMAS SÄGESESSER, *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG*, 2^{ème} éd, Berne 2022, p. 664.

voir réglementaire joue toutefois un rôle moins important que celui du gouvernement car il porte essentiellement sur des questions de nature technique⁵³⁵.

Cela étant, le rôle principal de l'administration, en conformité avec le principe de la séparation des pouvoirs, consiste à appliquer des textes normatifs dans des situations concrètes⁵³⁶. Pour ce faire, le droit suisse a historiquement privilégié la voie de la décision administrative⁵³⁷. Dans ce cadre, l'activité de l'administration devra être orientée vers la réalisation de l'intérêt public qui découle de la législation applicable⁵³⁸.

Lorsqu'elle est appelée à rendre une décision, l'administration doit peser les intérêts publics et privés pertinents qui sont consacrés par l'ensemble du droit applicable⁵³⁹, pour autant que la pesée en question n'ait pas été «préemptée» par le pouvoir constituant, législatif ou réglementaire⁵⁴⁰. Cette pesée est *individualisée* et incorpore un pouvoir d'appréciation de l'administration⁵⁴¹, de sorte que se pose également la question du type de contrôle judiciaire applicable⁵⁴².

Les deux éléments structurants identifiés ci-dessus, la participation et la transparence, sont intégrés dans le processus décisionnel. S'agissant de la participation, les droits conférés aux parties dans la procédure administrative encadrent la prise de décision et la pesée des intérêts d'une manière qui dépasse leur fonction d'accessoires du droit de fond qui leur a été confié par la vision classique pour jouer un rôle fondamental⁵⁴³. Parmi ceux-ci, le droit d'être entendu joue un rôle particulièrement important, puisqu'il a notamment pour objectif de permettre une prise de décision aussi objective et fondée que possible, garantissant que tous les éléments pertinents pour l'application de la loi ont été dûment pris en considération⁵⁴⁴. Dans certains domaines, comme vu ci-dessus⁵⁴⁵, il est

535 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 601.

536 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 5 ss.

537 Komm. VwVG-MÜLLER, Art. 5 N 1. Parfois, le législateur fédéral ou cantonal choisit cependant la voie de l'action judiciaire, voir notamment l'art. 35 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS/CH 173.32; «LTAF») et l'art. 10 al. 2 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS/CH 170.32; «Loi sur la responsabilité, LRCE») en matière de responsabilité des membres du Conseil fédéral. De manière générale, voir VwVG Praxiskommentar-UHLMANN/KRADOLFER, Art. 5 N 8.

538 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 170.

539 MÜLLER (note 178), p. 344; TANQUEREL (note 175), p. 207; WULLSCHLEGEL (note 144), p. 91.

540 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 779. Cf. ATF 146 II 384, c. 6 (existence d'une marge d'appréciation dans les plans d'utilisation du réseau en matière de chemins de fer); ATF 147 II 385, c. 8.1 (absence de marge d'appréciation de l'autorité dans le cadre de l'art. 64 al. 1 de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural; RS/CH 211.412.11; «LDFR»). Sur ce sujet, lire THIERRY LARGEY, L'acquisition d'immeubles agricoles par des non-exploitants à titre personnel, spécialement pour des motifs de protection de la nature, CDA 2022, p. 213 ss.

541 TANQUEREL (note 60), p. 196.

542 *Infra* G.IV.b.

543 Komm. VwVG-SCHINDLER, Einleitung N 20 s.

544 BERNARD (note 194), p. 63; TANQUEREL (note 175), p. 210.

545 *Supra* F.II.3.

au surplus fréquent qu'une enquête publique ou une procédure d'opposition soit prévue par la loi⁵⁴⁶.

S'agissant de la transparence, tant le droit des personnes d'être entendues que les lois générales de procédure administrative, à l'exemple de l'art. 35 PA, prévoient que la décision doit, sauf exception, être motivée⁵⁴⁷. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'obligation de motivation constitue à la fois un élément important de la transparence de la prise de décision et un outil d'auto-contrôle efficace de l'autorité⁵⁴⁸.

Dans certains contextes, le Tribunal fédéral estime cependant que la décision ne fournit pas un cadre suffisant pour une pesée globale des intérêts concernés. Ainsi, dans le domaine de l'aménagement du territoire, notre Haute Cour juge que certains projets ne peuvent pas être autorisés par le biais de l'octroi d'une simple dérogation à l'affectation de la zone et nécessitent une procédure de planification, seule à même de permettre une appréhension globale et exhaustive des intérêts en jeu (*«principe de réserve du plan»*)⁵⁴⁹.

On rappellera qu'en vertu du fédéralisme d'exécution⁵⁵⁰, il arrive régulièrement que le droit fédéral soit mis en œuvre par des autorités administratives cantonales, de sorte que la même norme fédérale pourra donner lieu à des pesées des intérêts individualisées différentes selon les circonstances locales. Ce système présente à la fois des avantages (prise en compte des particularités cantonales et régionales) et des inconvénients (égalité de traitement)⁵⁵¹.

IV. Le pouvoir judiciaire

S'il n'appartient en principe pas au pouvoir judiciaire de consacrer des intérêts publics ou privés⁵⁵², sous réserve de l'identification de droits constitutionnels non écrits ou d'institutions générales du droit, il est idéalement placé pour pro-

546 GRIFFEL (note 361), p. 243 ss.

547 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 242.

548 ATF 112 Ia 109, c. 2.b. Cf. WULLSCHLEGEL (note 144), p. 105.

549 ATF 114 Ib 312, c. 3.b; ATF 115 Ib 148, c. 5; ATF 120 Ib 207, c. 6; ATF 123 II 88, c. 2. Voir TF, Arrêt 1C_327/3022 du 7 novembre 2023 (destiné à la publication), c. 5.5; TF, Arrêt 1C_526/2022 du 20 novembre 2023, c. 2.5. En matière d'aménagement du territoire, le processus de planification exige à chaque étape (plan directeur, plan d'affectation et plan d'affectation spécial) une appréciation des intérêts pertinents. Cf. MOOR/POLTIER (note 125), p. 235; MORAND (note 206), p. 59.

550 *Supra* B.III.

551 CR Cst.-BIGLER-DE-MOOIJ, art. 46 N 18–19.

552 ATF 138 I 378, c. 8.3: *«Die Konkretisierung der massgeblichen öffentlichen Interessen obliegt daher in erster Linie dem politischen Prozess bzw. dem zuständigen Gesetzgeber. Es gibt keinen positiven numerus clausus zulässiger öffentlicher Interessen, sondern nur negativ bestimmte Interessen, die unzulässig sind, weil sie der Verfassung zuwiderlaufen. Hat das Gesetz eine staatliche Aufgabe festgelegt, so ist diese im demokratischen Prozess als öffentliches Interesse bestimmt worden. Es ist alsdann nicht Sache des Bundesgerichts, diese Entscheidung als unzulässig zu erklären.»*.

céder à leur pesée⁵⁵³. Il convient d'examiner ce rôle de manière distincte selon que les juridictions contrôlent une norme générale et abstraite (a.) ou un acte individuel et concret (b.).

1. *Le contrôle des normes*

La situation se présente de manière distincte sur le plan fédéral et sur le plan cantonal. En effet, au niveau fédéral, le contrôle abstrait des normes est exclu (art. 189 al. 4 Cst. féd.)⁵⁵⁴ et le système qui prévaut est celui du contrôle concret, aussi appelé contrôle préjudiciel général (ou diffus)⁵⁵⁵. Les tribunaux peuvent ainsi contrôler la conformité de la norme au droit supérieur à l'occasion d'un acte d'application, mais lorsqu'il s'agit d'une loi fédérale, les tribunaux sont tenus d'appliquer la loi conformément aux principes développés au cours du temps par le Tribunal fédéral au sujet de l'art. 190 Cst. féd.⁵⁵⁶. Par ce biais, il est cependant parfaitement possible d'argumenter qu'un acte normatif, par exemple une ordonnance, a procédé à une pesée des intérêts qui ne respecte pas les principes applicables⁵⁵⁷.

Le contrôle abstrait des normes cantonales par le Tribunal fédéral est prévu par l'art. 82 let. b LTF et peut, au surplus, être instauré par les cantons, sans qu'ils en aient toutefois l'obligation⁵⁵⁸. Dans ce cadre, les tribunaux font preuve d'une certaine retenue et recourent à l'outil de l'interprétation conforme, qui consiste, dans la mesure du possible, à donner à la norme attaquée un sens qui n'entre pas en conflit avec le droit supérieur⁵⁵⁹, ce qui est aussi une forme de pesée des intérêts.

La règle de l'art. 190 Cst. féd. suggère cependant qu'il est délicat pour le pouvoir judiciaire de contrôler une pesée des intérêts effectuée par le pouvoir législatif⁵⁶⁰. Les tribunaux peuvent cependant se replier sur un contrôle de la

553 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 108: «*Cette opération d'évaluation et de pesée des intérêts est typiquement de celles qui conviennent aux juges constitutionnels.*».

554 CR Cst.-CHAIX, art. 189 N 35; MICHEL HOTTELIER, La juridiction constitutionnelle fédérale, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (note 23), p. 1095 ss, p. 1105.

555 CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 70.

556 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 36), p. 715 ss.

557 Cf., par exemple, ATF 126 II 522, c. 44, relatif à l'annexe V de l'OPB sur le bruit des aéroports civils, dans laquelle le Conseil fédéral avait initialement établi, lors de son adoption en 2000, des valeurs limites d'immission qui s'écartaient des recommandations de la commission compétente et tenaient compte de motifs politico-économiques.

558 Le panorama des législations cantonales est particulièrement bigarré. Voir YVES DONZALLAZ, Commentaire de la LTF, 3^{ème} éd., Berne 2022, p. 1098 ss.

559 ATF 140 V 574, c. 3.

560 MÜLLER (note 205), p. 216: «*La pesée de plusieurs intérêts parallèles ou opposés implique une liberté de choix qui n'appartient qu'au législateur et que le juge ne peut ni ne doit s'arroger.*».

procédure suivie (conformément au mouvement de procéduralisation évoqué plus haut⁵⁶¹).

2. *Le contrôle des décisions*

En vertu de l'art. 29a Cst. féd., toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire, sous réserve de cas exceptionnels. Les décisions de l'administration pourront donc, sauf exception, être soumises à un tribunal et, en dernière instance, au Tribunal fédéral.

Comparée à celle d'un tribunal civil, la position d'un tribunal administratif est toutefois particulière. Premièrement, il n'est pas appelé à arbitrer des conflits survenus entre personnes privées, mais «*n'instruit jamais qu'un seul procès: celui de l'administration*»⁵⁶². Deuxièmement, le tribunal administratif n'est pas un arbitre neutre face à deux parties égales, car il doit «*s'assurer que l'administration a dûment pris en considération les intérêts publics dont le législateur lui a confié la protection. Plutôt que le représentant d'un pouvoir séparé, il devient dès lors l'acteur d'une action coordonnée des différents pouvoirs au service des grands objectifs étatiques.*»⁵⁶³

Les tribunaux peuvent en général contrôler l'établissement des faits et la légalité d'une décision, ce qui leur permet de veiller notamment au respect des droits fondamentaux, du principe de l'intérêt public et du principe de la proportionnalité⁵⁶⁴, et de sanctionner l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation par l'autorité administrative⁵⁶⁵. Toutefois, ils ne disposent en général pas de la compétence de contrôler l'opportunité d'une décision, sous réserve d'exceptions relatives à certains domaines (art. 33 al. 3 let. b LAT) ou à certaines autorités (le Tribunal administratif fédéral en vertu de l'art. 37 LTAF *cum* art. 49 PA)⁵⁶⁶.

561 *Supra* F.II.1. Voir entre autres CourEDH (GC), *Affaire Hirst (n° 2) c. Royaume-Uni*, req. n° 74025/01, 6 octobre 2005, § 79: «*En ce qui concerne le poids à accorder à la position adoptée par les pouvoirs législatif et judiciaire au Royaume-Uni, rien ne montre que le Parlement ait jamais cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité d'une interdiction totale de voter visant les détenus condamnés.*».

562 PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, *Le Tribunal administratif neuchâtelois*, ZBl 1988, p. 402 ss, p. 421.

563 TANQUEREL (note 60), p. 225.

564 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 171. Au niveau du Tribunal fédéral, pour autant que la décision se fonde sur le droit fédéral (art. 82 let. a et 95 let. a LTF).

565 ATF 99 Ia 126, c. 8.b: «*En approuvant l'autorisation litigieuse, l'autorité cantonale a donc manifestement excédé son pouvoir d'appréciation et gravement violé le principe de proportionnalité, car il n'existe aucun rapport raisonnable entre l'atteinte aux intérêts juridiquement protégés des voisins et le résultat recherché.*». Cf. MÜLLER (note 205), p. 267 ss.

566 THIERRY TANQUEREL, *Le contrôle de l'opportunité*, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (éd.), *Le contentieux administratif*, Genève 2013, p. 209 ss.

Or, le mécanisme de la pesée des intérêts inclut inévitablement un pouvoir d'appréciation de l'autorité⁵⁶⁷, ce qui place les tribunaux dans une position délicate⁵⁶⁸. De manière générale, et plus spécialement encore en cas de procédure complexe, le tribunal suit les étapes du raisonnement présentées plus haut⁵⁶⁹: il établit d'abord, avec un pouvoir d'examen libre, les intérêts que l'autorité était en droit de prendre en compte, puis il apprécie l'importance de chacun d'eux dans le contexte concret et vérifie leur pondération dans l'appréciation globale effectuée par l'autorité⁵⁷⁰. Il arrive d'ailleurs que la première étape se subdivise et conduise le tribunal à contrôler d'abord l'intérêt public poursuivi de manière générale, puis sa concrétisation dans le cas d'espèce⁵⁷¹. On constate à nouveau qu'une forme de procéduralisation est à l'œuvre⁵⁷², dans laquelle la qualité de la motivation de l'autorité administrative revêt une importance cruciale⁵⁷³.

Les tribunaux feront preuve de retenue dans certaines circonstances⁵⁷⁴, en particulier dans l'appréciation de l'intérêt public⁵⁷⁵, en cas de conflit entre plusieurs intérêts publics divergents⁵⁷⁶, lorsque des expertes et experts se sont prononcés, par exemple via un préavis ou une étude d'impact⁵⁷⁷, ou encore en présence de circonstances locales avec lesquelles l'autorité de première instance est davantage familière⁵⁷⁸. Le Tribunal fédéral dispose d'un pouvoir d'examen libre, mais il s'impose une certaine retenue qui permet de respecter la marge de liberté de l'administration⁵⁷⁹.

En cas de décision viciée et pour autant que les conditions soient remplies – en particulier, qu'elle dispose d'un pouvoir de cognition identique à l'autorité précédente et de la compétence de réformer la décision attaquée –, l'autorité de recours est en droit de réparer la violation⁵⁸⁰. En cas de pesée globale des intérêts, toutefois, la règle devrait consister à annuler la décision attaquée et à renvoyer la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision⁵⁸¹.

567 *Supra* G.III.2. Cf. WULLSCHLEGEL (note 144), p. 99–100.

568 TANQUEREL (note 60), p. 225.

569 *Supra* F.II.1.

570 ATF 98 Ib 213, c. 2.a-c; ATF 115 Ib 311, c. 5317 ss; ATF 117 Ib 178, c. 3.c. Cf. MOOR/POLTIER (note 125), p. 221; TANQUEREL (note 175), p. 202.

571 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 779. Par exemple, la protection des monuments en tant que telle puis son application à des constructions plus récentes. Cf. ATF 120 Ia 270, c. 4.a.

572 WULLSCHLEGEL (note 144), p. 100.

573 TANQUEREL (note 175), p. 203–204. Cet auteur regrette, tout en le comprenant, le fait que les décisions soient souvent très sommairement motivées et renvoient à des préavis plus détaillés. Cf. ATF 112 Ia 107, c. 2.c.

574 ATF 118 Ib 206, c. 10.

575 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 107.

576 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 803.

577 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 152), p. 244.

578 ATF 94 I 336, c. 2. Cf. TANQUEREL (note 175), p. 200.

579 TF, Arrêt 1C_276/2015 du 29 avril 2016, c. 3.1. Voir WULLSCHLEGEL (note 396), p. 722.

580 TANQUEREL (note 175), p. 318.

581 WULLSCHLEGEL (note 144), p. 106.

Le contentieux administratif définit la participation à la procédure par le biais du critère de la qualité pour agir, dont l'un des buts est d'exclure l'*actio popularis*⁵⁸². En principe, ne participent donc à la procédure que les personnes qui remplissent certaines conditions, en particulier disposer d'un intérêt digne de protection⁵⁸³. Dans certaines configurations, aucune personne privée n'a un intérêt propre lésé ou celles qui en ont un ont un avantage au maintien de la mesure, de sorte que l'atteinte à l'intérêt public concerné risquerait de ne pouvoir être portée devant un tribunal⁵⁸⁴. Dans ces cas, le législateur a souvent accordé à des autorités ou à des organisations privées une qualité pour recourir spéciale, qui leur permet simultanément de bénéficier de la qualité de partie⁵⁸⁵. Du point de vue de la transparence, les décisions judiciaires doivent évidemment être motivées, comme l'exige l'art. 35 PA.

Pour terminer, on relèvera que si l'instance judiciaire a le dernier mot d'un point de vue procédural, il est toujours loisible à l'organe législatif compétent de modifier la norme appliquée par le tribunal lorsqu'il ne partage pas l'interprétation qui en a été donnée⁵⁸⁶. L'actualité récente fournit quelques exemples dans lesquels les autorités politiques ont souhaité «corriger» le résultat d'une pesée des intérêts judiciaire avec laquelle elles étaient en désaccord, à l'exemple du cas du rehaussement du barrage du Grimsel évoqué plus haut⁵⁸⁷.

Un autre exemple concerne le sort des constructions illégales en zone agricole. Suite à l'arrêt du Tribunal fédéral jugeant que le délai de prescription de 30 ans ne leur était pas applicable⁵⁸⁸, l'Assemblée fédérale s'est saisie de la question dans le but d'ancrer dans la loi la solution inverse. Elle a adopté à cet effet, en 2022, une motion demandant au Conseil fédéral de «*soumettre au Parlement des bases légales afin que, en cas de construction illégale hors de la zone à bâtir, l'obligation de rétablir la situation conforme au droit s'éteigne après 30 ans*»⁵⁸⁹. Lors de sa session d'automne 2023, l'Assemblée fédérale a complété l'art. 25 LAT en ajoutant notamment un nouvel alinéa selon lequel «*[l]e droit au rétablissement de la situation conforme au droit se prescrit après 30 ans*»⁵⁹⁰.

582 ATF 146 I 145, c. 5.5.

583 ATF 140 II 315, c. 4.

584 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 112), p. 802.

585 *Supra* F.II.3.

586 MOOR (note 104), p. 219 ss. A tout le moins dans un système de droit positiviste; dans un système de droit naturel, certaines normes ne sont par définition pas adoptées par les autorités étatiques, de sorte qu'elles ne peuvent pas être modifiées par ces dernières, en vertu du principe du parallélisme des formes. Cf. WACKS (note 110), p. 14 ss; LEO STRAUSS, *Natural Right and History: A cogent examination of one of the most significant issues in modern political and social philosophy*, Chicago 1953.

587 *Supra* G.II.2.

588 *Supra* D.III.2.

589 Motion n° 21.4334, déposée le 12 octobre 2021.

590 Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, modification du 29 septembre 2023, FF 2023 2488.

Cette possibilité de «correction» existe aussi si la norme concernée est de rang réglementaire ou constitutionnel, mais la procédure requise dans ce dernier cas est évidemment plus lourde.

V. Synthèse

Chaque autorité est ainsi amenée à opérer des pesées d'intérêts dans le cadre de ses tâches et de ses compétences habituelles. Savoir quelle est l'autorité la plus appropriée pour cette opération constitue, en fin de compte, un choix de nature politique, qui dépend en grande partie de la question de savoir s'il est préférable que la pesée des intérêts soit effectuée une fois pour toutes dans la norme (*pesée généralisée*) ou si elle doit être laissée à l'appréciation de l'autorité d'application du droit (*pesée individualisée*).

Dans son texte consacré à la force de la loi, le philosophe JACQUES DERRIDA écrivait⁵⁹¹:

Comment concilier l'acte de justice qui doit toujours concerner une singularité, des individus, des groupes, des existences irremplaçables, l'autre ou moi comme l'autre, dans une situation unique, avec la règle, la norme, la valeur ou l'impératif de justice qui ont nécessairement une forme générale, même si cette généralité prescrit une application chaque fois singulière? Si je me contentais d'appliquer une règle juste, sans esprit de justice et sans inventer en quelque sorte à chaque fois la règle et l'exemple, je serais peut-être à l'abri de la critique, sous la protection du droit, j'agiserais conformément au droit objectif, mais je ne serais pas juste. J'agiserais, dirait Kant, conformément au devoir mais non par devoir ou par respect de la loi.

Cette position nous paraît correcte, en raison de l'omniprésence d'intérêts potentiellement conflictuels et de la diversité des cas d'espèce. Il nous paraît donc souhaitable que la loi préserve toujours un espace pour une pesée individualisée au moment de son application⁵⁹². Le contrôle du respect de la proportionnalité peut apporter, dans ce contexte, un concours précieux⁵⁹³.

Cela n'empêche évidemment pas les autorités politiques – pouvoir constituant, législatif ou exécutif – de procéder à une pesée généralisée des intérêts

591 DERRIDA (note 15), p. 39. Voir, dans le même sens, PLATON (note 82), p. 77: «*Que la loi ne pouvant jamais embrasser ce qu'il y a de véritablement meilleur et de plus juste pour tous à la fois, ne peut non plus ordonner ce qu'il y a de plus excellent. Car les différences qui distinguent tous les hommes et toutes les actions, et l'incessante variabilité des choses humaines, toujours en mouvement, ne permettent pas à un art quel qu'il soit d'établir une règle simple et unique qui convienne à tous les hommes et dans tous les temps.*».

592 MORAND (note 206), p. 46; MÜLLER (note 205), p. 211. Cf. FRÉDÉRIC SUDRE, Le contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question?, *Juris-classeur périodique*, 13 mars 2017, p. 505: «*[L]e contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne [des droits de l'homme] obéit à une démarche casuistique qui, là comme ailleurs, témoigne de la réticence de la Cour à se laisser enfermer dans des constructions théoriques préétablies.*»

593 VAN DROOGHENBROECK/DELGRANGE (note 145), p. 42.

qui va au-delà du processus habituel d'élaboration des normes et de privilégier certains d'entre eux, prédéterminant ainsi leur poids dans la pesée individualisée. Toutefois, même dans ce cas de figure, elles seraient avisées de laisser une marge de manœuvre aux autorités d'application du droit⁵⁹⁴, même si ce n'est que sous la forme d'une dérogation⁵⁹⁵.

Par ailleurs, il apparaît préférable que cette pesée généralisée intervienne au niveau de la loi plutôt qu'au niveau de la Constitution, d'une part, car elle correspond aux attributs «naturels» du pouvoir législatif, d'autre part aussi parce que les autorités politiques peuvent alors plus aisément «corriger» une pesée judiciaire qui leur paraît incorrecte, sous réserve des droits fondamentaux, que la protection constitutionnelle vise précisément à extraire du débat politique «ordinaire»⁵⁹⁶.

H. Conclusion et perspectives

Bien que la pesée des intérêts joue un rôle incontournable en droit public, son fonctionnement reste, pour l'essentiel, mystérieux et insaisissable. En tout état, sa représentation traditionnelle, une balance à deux plateaux, est réductrice par rapport à ses véritables enjeux⁵⁹⁷.

Pour évoquer la pesée des intérêts, il est préférable d'emprunter la métaphore du mobile, utilisée dans un autre contexte par l'ancien Président de la Cour constitutionnelle allemande, ANDREAS VOSSKUHL⁵⁹⁸. Le sculpteur ALEXANDER CALDER, dont le nom est étroitement associé à la figure du mobile⁵⁹⁹, décrivait son fonctionnement de la manière suivante⁶⁰⁰:

594 La récente révision des règles sur la circulation routière visait précisément à tempérer certaines pesées généralisées opérées dans le cadre du projet *Via sicura*, afin de réintroduire la possibilité pour la justice de procéder à des pesées individualisées. Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 17 novembre 2021 concernant la révision de la loi fédérale sur la circulation routière, FF 2021 3026, p. 43–44.

595 BK-JAEGGI, Einleitung, Art. 3 N 121: «*Der Einzelfall ist zu vergleichen mit der typischen Interessenlage, die von der anzuwendenden Einzelschrift vorausgesetzt wird.*».

596 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 23), p. 62.

597 ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2^{ème} éd., Zurich 2022, p. 171 ss; MOOR (note 90), p. 39. Cf. MORAND (note 206), p. 72: «*[La métaphore] de la balance n'est pas meilleure, car il faudrait inventer un instrument curieux à plateaux multiples, si l'on voulait peser correctement des valeurs nombreuses et hétérogènes.*».

598 ANDREAS VOSSKUHL, Une pyramide ou un mobile? La protection des droits de l'homme par les cours constitutionnelles européennes, in: Dialogue entre juges 2014. La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: une responsabilité judiciaire partagée?, Strasbourg 2014, p. 38 ss, p. 38.

599 LAROUSSE (note 227), entrée «mobile»: «*Œuvre d'art constituée d'un ensemble d'éléments reliés par des tiges articulées, suspendue ou en équilibre sur un support, et susceptible de mouvement sous l'action de l'air, d'un moteur. (Les premiers mobiles ont été conçus par A. Calder.)*». Cf. VOSSKUHL (note 598), p. 42.

600 ALEXANDER CALDER, Comment réaliser l'art?, Abstraction, Création, Art Non-Figuratif, 1932/1, p. 6 ss, p. 6. Sur Calder, consulter JACOB BAAL-TESHUVA, Calder: 1898–1976, Cologne 1998.

chaque élément pouvant bouger, remuer, osciller, aller et venir dans ses relations avec les autres éléments de son univers.

que ce soit non seulement un instant «momentané», mais une loi physique de variation entre les événements de la vie.



Alexander Calder, Mobile sur deux plans (1962), AM1514S

© 2024 Calder Foundation, New York / Artists Rights Society (ARS), New York

Image fournie par le Centre Pompidou, MNAM-CCI, Dist. GrandPalaisRmn / Philippe Migeat

Cette représentation de la pesée des intérêts combine des éléments de multipolarité et de dynamisme qui correspondent mieux à la réalité de la pesée des intérêts telle qu'elle s'opère aujourd'hui en droit public et que nous avons cherché à décrire dans le présent rapport.

La pesée des différents intérêts publics et privés en droit public devrait toujours combiner une pesée généralisée et une pesée individualisée, qui s'effectuent de manière aussi participative et transparente que possible. Cette posture réévalue la place des interprètes du droit dans les institutions de l'Etat de droit⁶⁰¹ et rejoint les visions d'un dialogue institutionnel entre pouvoirs au sujet des intérêts publics et privés pertinents⁶⁰². Comme l'écrivait encore CALDER⁶⁰³,

When everything goes right a mobile is a piece of poetry that dances with the joy of life and surprises.

601 MOOR (note 104), p. 217 ss; ULRICH HÄFELIN, Wertung und Interessenabwägung in der richterlichen Rechtsfindung, in: Im Dienst an der Gemeinschaft: Festschrift für Dietrich Schindler, Bâle 1989, p. 585 ss.

602 MORAND (note 393), p. 67. Voir ALEC STONE SWEET, Judging Socialist Reform: The Politics of Coordinate Construction in France and Germany, Comparative Political Studies 1994, p. 443 ss, p. 443: «Coordinate construction refers to a condition in which both public policy and constitutional law are the products of sustained and intimate judicial-political interaction.». Cf. CASS R. SUNSTEIN, Designing Democracy: What Constitutions Do, Oxford 2001, p. 11. Voir également le concept de «démocratie délibérative» forgé par JÜRGEN HABERMAS, par exemple dans son texte Trois versions de la démocratie libérale, Le Débat 2003, p. 122 ss.

603 Cité dans JEAN LIPMAN, Calder's Universe, Londres 1977, p. 261.

Résumé

La pesée des intérêts, associée depuis longtemps à la figure de la justice, traverse tous les domaines du droit public. Son rôle s'est profondément modifié au cours des dernières décennies, à mesure que les tâches et les instruments d'action de l'Etat se sont multipliés et diversifiés. La représentation classique d'un processus opposant un intérêt public et un intérêt privé n'est donc plus appropriée et doit être remplacée par une vision plus large de coexistence d'une multitude d'intérêts publics et privés qui se complètent et se mélangent. Ces intérêts doivent faire l'objet d'une pesée des intérêts globale, au cours de laquelle ils doivent être identifiés et évalués de manière complète, soigneuse, participative et transparente. Cette pesée peut être généralisée, lorsqu'elle s'inscrit dans l'adoption d'une norme générale et abstraite, ou individualisée, lorsqu'elle intervient à l'occasion d'un cas concret. Une pesée individualisée devrait toujours être garantie, afin de prendre en compte les spécificités de chaque cas d'espèce. Toutes les autorités étatiques – constituentes, législatives, exécutives et judiciaires – sont ainsi appelées à collaborer dans ce processus.

Zusammenfassung

Die Interessenabwägung, die seit langem mit der Figur der Gerechtigkeit verbunden ist, durchzieht alle Bereiche des öffentlichen Rechts. Ihre Rolle hat sich in den letzten Jahrzehnten grundlegend verändert, da die Aufgaben und Handlungsinstrumente des Staates zahlreicher und vielfältiger geworden sind. Die klassische Darstellung eines Prozesses, in dem sich ein öffentliches und ein privates Interesse gegenüberstehen, ist daher nicht mehr angemessen und muss durch eine umfassendere Vision der Koexistenz einer Vielzahl von öffentlichen und privaten Interessen, die sich ergänzen und vermischen, ersetzt werden. Diese Interessen müssen Gegenstand einer umfassenden Interessenabwägung sein, bei der sie auf vollständige, sorgfältige, partizipative und transparente Weise ermittelt und bewertet werden. Diese Abwägung kann generalisierend sein, wenn sie Teil der Verabschiedung einer generell-abstrakten Norm ist, oder individualisiert, wenn sie anlässlich eines konkreten Falls erfolgt. Eine individualisierte Abwägung sollte immer gewährleistet sein, um die Besonderheiten jedes Einzelfalls zu berücksichtigen. Alle staatlichen Behörden – verfassungsgebende, gesetzgebende, exekutive und richterliche – sind somit aufgerufen, in diesem Prozess zusammenzuarbeiten.

Abstract

The balancing of interests, long associated with the figure of justice, cuts across all areas of public law. Its role has changed deeply in recent decades, as the tasks and instruments of state action have multiplied and diversified. The classic representation of a process pitting public and private interests against each other is no longer appropriate, and must be replaced by a broader vision of the coexistence of a multitude of public and private interests that complement and blend with each other. These interests must be subject to a global balancing of interests, in which they are identified and assessed in a comprehensive, careful, participatory and transparent manner. This balancing can be generalized, when it forms part of the adoption of a general, abstract norm, or individualized, when it takes place in a concrete case. Individualized weighing should always be guaranteed, in order to take into account the specific features of each individual case. All state authorities – constituent, legislative, executive and judicial – are thus called upon to collaborate in this process.

Bibliographie sélective⁶⁰⁴

ABRAVANEL PHILIPPE, La protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit, RDS 1980, p. 1 ss.

ALEINIKOFF T. ALEXANDER, Constitutional Law in the Age of Balancing, The Yale Law Journal 1987, p. 943 ss.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La Constitution, son contenu, son usage, RDS 1991, p. 9 ss.

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2^{ème} éd. Zurich 2017.

DERRIDA JACQUES, Force de loi: Le «Fondement mystique de l'autorité», Paris 1994.

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10^{ème} éd., Zurich 2020.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^{ème} éd., Zurich 2020.

HONSELL HEINRICH, Was ist Gerechtigkeit?, 2^{ème} éd., Berne 2023.

604 D'autres références bibliographiques se trouvent dans les notes de bas de page (avec des indications complètes).

- LEISNER WALTER, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Berlin 1997.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I: L'Etat, 4^{ème} éd., Berne 2021.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II: Les droits fondamentaux, 4^{ème} éd., Berne 2021.
- MOOR PIERRE/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. I: Les fondements, 3^{ème} éd., Berne 2012.
- MOOR PIERRE/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} éd., Berne 2011.
- MOOR PIERRE/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, *Droit administratif*, vol. III: L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2^{ème} éd., Berne 2018.
- MORAND CHARLES-ALBERT (éd.), *La pesée globale des intérêts: Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle 1996.
- MORAND CHARLES-ALBERT, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, in: *De la Constitution: Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle 1996, p. 57 ss.
- MÜLLER GEORG, *Interessenabwägung im Verwaltungsrecht*, ZBl 1972, p. 337 ss.
- MÜLLER MARKUS, *Verhältnismässigkeit: Gedanken zu einem Zauberwürfel*, 2^{ème} éd., Berne 2023.
- MÜLLER PIERRE, *Le principe de la proportionnalité*, RDS 1978 II, p. 197 ss.
- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, 2^{ème} éd., Genève 2018.
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5^{ème} éd., Berne 2021.
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/MARKUS KERN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^{ème} éd., Berne 2022.
- WULLSCHLEGER STEPHAN, *Interessenabwägung im Umweltrecht*, DEP 1995, p. 75 ss.
- ZIMMERLI ULRICH, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht: Versuch einer Standortbestimmung*, RDS 1978 II p. 1 ss.

