

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 civil

Autor: Rohmer, Sandrine

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1062083>

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: 07.02.2026

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

La pesée des intérêts en droit civil

SANDRINE ROHMER*

* Présidente du Tribunal civil de Genève, Dr. en droit.

Table des matières

A.	Introduction	315
B.	Les fondements de la pesée des intérêts en droit civil	317
I.	L'article 4 CC	317
1.	Un outil de comblement de lacune intra-legem	317
2.	L'existence de «motifs importants»	318
3.	Le pouvoir de statuer «en tenant compte des circonstances»	319
a.	L'intérêt prépondérant d'une partie	319
b.	La recherche de la meilleure solution	320
c.	La recherche de l'équilibre entre les parties	321
4.	Conclusion	323
II.	L'article 28 CC	323
1.	Le mécanisme de l'art. 28 CC	323
2.	L'intérêt privé ou public prépondérant	324
3.	L'interaction entre différents types de normes	325
4.	Conclusion	326
III.	L'influence des droits fondamentaux	326
1.	La réalisation des droits fondamentaux en droit privé	326
2.	L'intérêt supérieur de l'enfant	327
3.	Conclusion	329
C.	L'évolution de la pesée des intérêts en droit civil	329
I.	L'adaptation aux évolutions technologiques	329
1.	Evolutions technologiques et droit à l'image	329
2.	Les dispositifs de surveillance électronique	331
3.	Les défis liés à l'intelligence artificielle	333
4.	Conclusion	333
II.	L'adaptation aux évolutions sociétales en matière de famille	334
1.	L'évolution de la notion de famille	334
2.	Le droit à connaître ses origines	334
3.	Les relations personnelles avec le parent «social»	337
4.	Conclusion	338
D.	Conclusion	339
	Bibliographie	342

A. Introduction

Terrain privilégié des conflits interindividuels, le droit civil reflète l'infinité d'intérêts que poursuivent les individus. Contrairement au droit public, dont la vocation est d'assurer l'intérêt général de la société, le droit privé constitue un système qui part de l'individu et de son libre arbitre. Le sujet de droit en est ainsi l'acteur principal et le droit privé a pour vocation de régler les relations entre ces sujets¹.

Partant de ce constat, la résolution des litiges interindividuels semble impliquer de manière naturelle une pesée des intérêts privés susceptibles d'entrer en conflit. Il s'agit de la posture qu'historiquement, au début du siècle dernier, la

1 BARBEY 2022, p. 39–50, p. 42.

«doctrine des intérêts» (*Interessenjurisprudenz*) avait adoptée, se fondant sur le fait que toute loi constitue l'aboutissement d'un processus législatif au cours duquel se sont affrontés différents intérêts en présence, de sorte que la pesée des intérêts était effectuée par le législateur au moment de la conception de la norme, cette dernière en étant le produit².

Cette balance des intérêts devait ensuite se refléter dans la pratique juridique, toute norme contenant nécessairement une part d'indétermination que le juge serait amené à trancher³. Un processus de création du droit était ainsi à l'œuvre dans toute application de la règle de droit⁴, le rôle du juge ne se bornant pas à trancher le litige, soit à se limiter à un pur raisonnement syllogistique, mais bien à lui apporter une solution, par l'intermédiaire d'une pesée des intérêts en présence⁵. Dans le cadre de sa décision, le juge devait toutefois se référer à l'échelle de valeur retenue dans l'ensemble de l'ordre juridique, en gardant toutefois à l'esprit que l'activité judiciaire ne peut se réduire à une application mécanique de la loi, la subordination du juge au législateur n'emportant pas négation de son activité créatrice⁶.

Postérieurement à la deuxième guerre mondiale, cette école de pensée a perdu de sa portée au profit d'une doctrine suisse visant à redonner une importance centrale à la loi, réduisant par ricochet la place des autres sources du droit⁷. Dans cette perspective normativiste dont HANS Kelsen fut l'inspirateur⁸, l'application du droit, dénuée de toute arrière-pensée idéologique, se fonde sur un système juridique reposant sur une hiérarchie des normes. Il revient alors au juge d'exécuter la volonté du législateur⁹.

Conséquence de cette vision normative, le mécanisme de la pesée des intérêts au sein des normes de droit civil a longtemps tenu une place discrète, dont la jurisprudence s'est fait l'écho. Seuls quelques interstices législatifs permettaient au juge de faire usage de son pouvoir d'appréciation, à l'instar de l'art. 4 CC, souvent invoqué comme son fondement. C'est ainsi qu'en droit civil, la pesée des intérêts a traditionnellement été considérée comme une méthode de comblement de lacune *intra legem*, intervenant le plus souvent à l'issue d'un raisonnement dont les contours sont strictement définis par les textes légaux, et mettant en balance des intérêts déjà identifiés et précisés par la jurisprudence fédérale.

La place laissée au pouvoir d'appréciation du juge en droit civil apparaît ainsi, de prime abord, très limitée. Cette place volontairement restreinte est em-

2 MIGNON 2010, N 842.

3 BURGISSER/PERRIN 1988, p. 4.

4 Kelsen 1988, p. 148–149.

5 HECK 1968, p. 33.

6 BURGISSER/PERRIN 1990, N 12.

7 HAUSHEER/JAUN, art. 1 N 1 ss.

8 DORAY 2014, N 3.

9 CR CC-I-WERRO, art. 1 N 7.

blématique du fait que la codification privée en Suisse n'a jamais procédé d'une volonté de transformation sociale, mais s'est au contraire inscrite dans un souhait de continuité historique et juridique. En droit de la famille, en particulier, la volonté a toujours été de conserver une forme de permanence au sein d'une société en constante évolution¹⁰.

Toutefois, au cours de ces dernières décennies, l'autre fondement de la pesée des intérêts, à savoir l'art. 28 CC, a pris de l'ampleur au sein de la jurisprudence fédérale. Cette norme, qui régleme la protection de la personnalité, tient une place particulière au sein du droit privé, en tant qu'elle constitue le miroir d'un raisonnement classique en matière de droit public. La pesée des intérêts intervient ici non comme un outil de comblement de lacune *intra legem*, mais comme un motif justificatif d'une atteinte, permettant de qualifier cette dernière de licite ou non.

Enfin, les droits fondamentaux, en dépit de leur absence d'effet horizontal en droit privé, ont pris de l'importance en droit civil au fil des évolutions sociétales et technologiques de ces dernières décennies, le mécanisme de la pesée des intérêts leur permettant de s'infiltrer dans les litiges entre particuliers.

B. Les fondements de la pesée des intérêts en droit civil

I. L'article 4 CC

1. Un outil de comblement de lacune intra-legem

Fondement historique de la pesée des intérêts en droit civil, l'art. 4 CC prévoit que:

«Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs».

Cette base légale prescrit au juge une méthode qui doit être mise en œuvre lorsque la loi se révèle incomplète et que le syllogisme ne peut être effectué d'emblée, cette incomplétude n'était pas accidentelle mais délibérée. Considéré comme une option de technique législative, le mécanisme de l'art. 4 CC est qualifié de méthode de comblement de lacune *intra legem*, permettant au législateur de déléguer une partie de sa compétence à l'autorité d'application¹¹. A noter que, contrairement à l'art. 2 CC, qui est de portée générale, l'art. 4 CC n'invite le juge à statuer que dans des cas déterminés. Partant, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, le juge se doit de rester dans le cadre de la règle légale et non de corriger cette dernière¹².

¹⁰ DUNAND/GRAA 2023, p. 361.

¹¹ CR CC I-PERRIN, art. 4 N 2–4.

¹² DESCHENAUX 1969, p. 125.

L'art. 4 CC prévoit expressément trois situations dans lesquelles le juge civil est appelé à combler une lacune *intra legem*: la réserve du pouvoir d'appréciation, le pouvoir de statuer en fonction des circonstances et celui de statuer en tenant compte de «justes motifs». Il s'agit ainsi de permettre au juge de rendre une décision objectivement appropriée au cas d'espèce sur la base de l'appréciation de la situation personnelle et concrète des intérêts individuels, afin de réaliser ponctuellement l'équité matérielle dans le cadre de l'application du droit¹³. Cette méthode de comblement de lacune *intra legem*, en tant qu'elle intervient dans un contexte d'attribution de droits entre sujets privés, implique ainsi une pesée des intérêts en présence¹⁴. L'application de l'art. 4 CC et les situations dans lesquelles elle intervient, est en grande partie circonscrite par la jurisprudence fédérale, même si celle-ci, sans aller jusqu'à la qualifier, comme certains auteurs, de chaotique¹⁵, repose sur une systématique parfois difficile à appréhender.

2. L'existence de «motifs importants»

Spécifiquement visée à l'art. 4 CC, la notion de «justes motifs» utilisée dans la règle de droit peut impliquer une pesée des intérêts de la part du juge chargé de l'application de la norme.

Tel est le cas, par exemple, lors de l'examen de l'attribution du logement familial après une séparation¹⁶. Dans ce cadre, l'art. 121 CC prévoit que, lorsque la présence d'enfants ou «d'autres justes motifs importants» l'exigent, le juge peut attribuer à l'un des époux les droits et obligations qui résultent du contrat de bail portant sur le logement de la famille, pour autant que cette décision puisse être raisonnablement imposée à l'autre conjoint. L'art. 32 LPart¹⁷ reprend le modèle de l'art. 121 CC, et continue à s'appliquer aux partenariats enregistrés avant l'entrée en vigueur du mariage civil pour tous. Les mariages entre personnes du même sexe célébrés après le 1^{er} juillet 2022 sont, quant à eux, soumis à l'art. 121 CC¹⁸.

L'expression «justes motifs importants» conduit le Tribunal fédéral à analyser les intérêts en présence, de façon à prononcer la mesure la plus adéquate au vu des circonstances concrètes¹⁹, tout en s'assurant que la décision d'attribution peut raisonnablement être imposée à l'autre conjoint²⁰. Cette pesée des intérêts s'effectue en trois étapes.

13 BSK ZGB I-FOUNTOLAKIS/HONSELL, art. 4, N 1; HAUSHEER/JAUN, art. 4, N 1–3; DESCHENAUX 1969, p. 128–129.

14 CR CC I-PERRIN, art. 4 CC N 14.

15 MANAI 1985, p. 122.

16 BLASER/KOHLER-VAUDAUX 2009, p. 339 ss, p. 347.

17 Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart), RS 211.231.

18 CR CC I-FORNAGE, art. 121 N 3.

19 Arrêt du TF 5A_141/2020 du 25 février 2021, consid. 3.1 et références citées.

20 CR CC I-FORNAGE, art. 121 N 8.

Il s'agit en premier lieu de déterminer à quel époux le logement conjugal est le plus utile (*«grösserer Nutzen»*). A ce stade du raisonnement, les intérêts en présence sont prioritairement ceux de l'enfant dont la garde est confiée au parent qui réclame l'attribution du logement conjugal, l'intérêt professionnel d'un époux qui, par exemple, exerce sa profession dans l'immeuble, ou encore l'intérêt d'un époux pour qui le logement a été aménagé spécialement en fonction de son état de santé.

Si ce premier critère ne permet pas de dégager une solution, il convient d'examiner à laquelle des deux parties il peut être raisonnablement imposé de déménager, compte tenu des circonstances. Entrent alors en considération, notamment, l'état de santé des parties, l'âge avancé de l'une d'elles, le lien étroit entretenu avec le logement (par exemple de nature affective). Des motifs d'ordre économique ne sont en principes pas pertinents, à moins que les ressources financières des époux ne leur permettent pas de conserver le logement. Enfin et en dernier lieu, le juge doit tenir compte du statut juridique de l'immeuble: il l'attribue alors à celui des époux qui en est propriétaire ou qui bénéficie d'autres droits d'usage sur celui-ci²¹.

Ces critères, précisés au fil d'une jurisprudence constante²², encadrent et dirigent le raisonnement du juge lors de son examen des «justes motifs importants». Ils s'avèrent, au final, tellement détaillés dans leur contenu, leur rang et leur priorité, qu'ils laissent finalement peu de marge d'appréciation au juge chargé de l'exercice. La pesée des intérêts doit ainsi être effectuée, mais elle s'exerce dans un cadre strictement délimité.

3. *Le pouvoir de statuer «en tenant compte des circonstances»*

a. *L'intérêt prépondérant d'une partie*

Une pesée des intérêts peut également se justifier lorsque la norme donne au juge le pouvoir de statuer «en tenant compte des circonstances». Le caractère peu précis de la locution a donné naissance à une jurisprudence relativement hétérogène, tirant de différentes expressions une invitation à combler un vide normatif délibéré. Ainsi, si des termes tels qu'«intérêt prépondérant» ou ceux de la recherche de la «meilleure solution» évoquent logiquement une mise en balance d'intérêts potentiellement contradictoires, il arrive que le Tribunal fédéral se livre à une pesée des intérêts alors même que le texte de la base légale ne semble pas l'induire, de prime abord.

La référence à un intérêt prépondérant, telle qu'elle figure, par exemple, à l'art. 251 CC, constitue à l'évidence une invitation au juge à exercer son pouvoir d'appréciation. Ainsi, cette norme, qui traite de l'attribution du bien en co-

21 PRIOR 2017, p. 5 ss.

22 Voir notamment les arrêts du TF 5A_592/2017 du 24.08.2017, 5A_319/2013 du 17.10.2013 et 5A_141/2020 du 25 février 2021.

propriété au moment de la dissolution du régime conjugal, prévoit que le bien sera attribué à l'époux qui «*justifie d'un intérêt prépondérant*», à charge de désintéresser son conjoint (art. 251 CC). Les contours de la notion d'intérêt prépondérant, s'ils n'ont pas fait l'objet de précisions jurisprudentielles aussi détaillées que dans le cadre de l'art. 176 CC, sont toutefois bien définis.

La notion d'intérêt prépondérant implique ainsi une relation particulièrement étroite avec le bien concerné. Le Tribunal fédéral a estimé que, dispose d'un intérêt déterminant le conjoint qui a pris une part décisive à l'acquisition du bien ou qui manifeste un intérêt particulier pour celui-ci. Tel est le cas également lorsqu'il s'agit d'un bien de l'entreprise dont s'occupe la partie qui requiert son attribution. Par ailleurs, si cette dernière se voit confier la garde principale des enfants, l'intérêt de ces derniers peut également être pris en considération²³.

b. La recherche de la meilleure solution

Lex specialis en matière de liquidation du régime matrimonial, l'art. 651a CC qui régit l'attribution de l'animal domestique a également amené le Tribunal fédéral à se pencher sur les intérêts en présence, tirant de l'expression «la meilleure solution» la nécessité d'opérer une pesée des intérêts.

En effet, l'art. 651a CC prévoit que le juge attribue en cas de litige la propriété exclusive à la partie qui, en vertu des critères appliqués en matière de protection des animaux, représente «la meilleure solution» pour l'animal (art. 651a al. 1 CC). Il s'agit d'effectuer une pesée des intérêts en présence lorsque deux parties se disputent l'attribution d'un animal domestique, l'intérêt de l'animal intervenant dans la balance au même titre que celui des parties²⁴.

Dans ce cadre, un intérêt tiers à celui des parties doit être pris en considération, à savoir le bien de l'animal. Si certains auteurs avaient affirmé que la norme sous-entendait que l'intérêt de l'humain devait céder le pas devant la protection de l'animal²⁵, le Tribunal fédéral a plutôt opté pour une pesée des intérêts nuancée, faisant intervenir les intérêts des parties au même titre que «le bien-être de l'animal»²⁶.

23 Arrêt du TF 5A_37/2021 du 27.09.2021 consid. 5.1, arrêt du TF 5A_478/2016 du 10.3.2017, consid. 6.1.2 et références citées; CR CC I-PILLER, art. 251 N 10.

24 BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, Art. 651a N 5–6; Initiative parlementaire «Les animaux dans l'ordre juridique suisse», Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, FF 2022 3885, p. 3892.

25 CR CC II-PERRUCHOUD, Art. 651a N 10–12.

26 Arrêt du TF 5A_826/2015 du 25 janvier 2016 consid. 5.2. A noter que ce critère du bien-être de l'animal a été repris par la Cour de justice de Genève dans le cadre de l'analyse de l'attribution de l'animal à titre provisionnel (ACJC/1514/2021 du 17.11.2021).

c. *La recherche de l'équilibre entre les parties*

Il arrive que le Tribunal fédéral fonde la nécessité d'effectuer une pesée des intérêts sur la recherche d'un équilibre entre les parties²⁷, comme dans le cas de l'examen de la radiation d'une servitude. La balance des intérêts est ainsi issue de l'application de l'art. 736 CC, qui prévoit que le propriétaire grevé peut exiger la radiation d'une servitude qui a perdu toute utilité pour le fonds dominant (al. 1) et qu'il peut obtenir la libération totale ou partielle d'une servitude qui ne conserve qu'une utilité réduite, hors de proportion avec les charges imposées au fonds servant (al. 2).

Il s'agit ainsi de déterminer s'il existe une diminution ou une perte d'intérêt à exercer la servitude qui justifierait que celle-ci soit levée judiciairement. Ainsi, ce n'est que lorsque la servitude n'est pas totalement dépourvue d'utilité que le juge doit procéder à une pesée des intérêts du bénéficiaire de la servitude et du propriétaire du fonds servant afin de déterminer si l'utilité que représente la servitude pour celui-là semble hors de proportion par rapport à la charge imposée à celui-ci.

Il a ainsi été considéré que par l'utilisation de l'expression «hors de proportion» de l'art. 736 al. 2 CC, le législateur avait choisi de s'en remettre au juge pour trouver la solution la plus adéquate, la disposition légale contenant une lacune *intra legem* qui appelait le juge à rendre une décision en équité au sens de l'art. 4 CC²⁸.

De manière moins intuitive, toujours en matière de droits réels, le Tribunal fédéral s'est livré à une pesée des intérêts dans le cadre de l'application de l'art. 684 CC, lorsque le juge doit déterminer dans quelle mesure l'excès du droit de propriété dépasse les limites fixées par le droit de voisinage (art. 684 ss CC)²⁹. Cette disposition a été conçue comme devant servir en premier lieu à établir «un équilibre entre les intérêts divergents des voisins»³⁰.

En effet, les voisins doivent, en principe, tolérer des immissions qui proviennent d'un autre fonds (par exemple: fumée, bruits, etc.). Ces immissions sont toutefois prohibées par l'art. 684 al. 2 CC si elles sont excessives. Ainsi, sont interdits en particulier la pollution de l'air, les mauvaises odeurs, le bruit, les vibrations, les rayonnements ou la privation de lumière ou d'ensoleillement qui ont un effet dommageable et qui excèdent les limites de la tolérance que se doivent les voisins d'après l'usage local, la situation et la nature des immeubles. Le voisin qui se considère lésé peut notamment agir en cessation de l'atteinte, en prévention de l'atteinte, en constatation de droit et en réparation du dommage subi³¹.

27 DESCHENAUX 1969, p. 132.

28 PRADERVAND-KERNEN/SCHROETER 2023, p. 234.

29 ATF 138 III 49 consid. 4.4; BOVEY 2023, p. 30; CR CC II-PIOTET, art. 684 N 25.

30 Arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg du 25 janvier 2023, consid. 2.4.

31 ATF 138 III 49 consid. 4.4; STEINAUER 2020, N 2758.

Ici, la pesée des intérêts vise à déterminer s'il existe un excès du droit de propriété, condition du caractère illicite de l'immission. L'existence de cet excès s'apprécie au regard de l'ensemble des circonstances, en mettant en balance l'intérêt à l'exercice libre du droit de propriété et celui du voisin à ne pas subir de troubles ou de dommages dans l'exercice du sien, d'autres intérêts ne devant pas entrer en ligne de compte, notamment des intérêts économiques, techniques ou sociaux³².

A noter que la marge de manœuvre des juges a été fortement réduite du fait de l'extension du droit public des constructions. Le droit public cantonal des constructions dispose d'une force expansive et détermine de plus en plus, au moyen de règlements des constructions et de plans de zones, les immissions qui sont admissibles eu égard à la situation des immeubles et à l'usage local³³. Il en découle que, lorsqu'un projet de construction correspond aux normes déterminantes du droit public sur la distance entre les constructions, qui ont été promulguées dans le cadre d'un règlement des constructions et des zones détaillées, conforme aux buts et aux principes de la planification définis par le droit de l'aménagement du territoire, il n'y a en règle générale pas d'immissions excessives au sens de l'art. 684 CC³⁴. La place de la pesée des intérêts à opérer par le juge dans ce cadre est ainsi fortement limitée même si elle n'est pas totalement exclue, en particulier lors d'immissions si graves que la protection offerte par l'art. 684 CC ne serait plus garantie.

Enfin, il arrive que le Tribunal fédéral se livre à une mise en balance en l'absence de toute référence légale ou allusion au pouvoir d'appréciation du juge, de sorte qu'il est parfois malaisé d'en comprendre les fondements.

Tel est le cas, en particulier, de la modification du jugement de divorce. L'art. 286 al. 2 CC, applicable par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, prévoit que si la situation change notablement, le juge modifie ou supprime la contribution d'entretien à la demande du père, de la mère ou de l'enfant. Cette modification ou suppression suppose que des faits nouveaux importants et durables surviennent, qui commandent une réglementation différente. La survenance d'un fait nouveau – important et durable – n'entraîne toutefois pas automatiquement une modification de la contribution d'entretien. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement précédent, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution peut entrer en considération. De cette recherche d'équilibre, le Tribunal fédéral tire le fait que le juge ne doit pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents pour admettre la demande; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de

32 BOVEY 2023, p. 3; CR CC II-PIOTET, art. 684 N 25.

33 Arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg du 25 janvier 2023, consid. 2.3.

34 ATF 138 III 49 consid. 4.4.

l'enfant et de chacun des parents pour juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret³⁵.

Si la recherche de l'équilibre a pu sous-tendre différentes pesées d'intérêts opérées par le juge civil, celles-ci sont régulièrement issues de l'utilisation de notions juridiques indéterminées au sein de la norme sur laquelle elles reposent. Dans le cas de la modification du jugement de divorce, les fondements de la pesée des intérêts pratiquée de manière constante par le Tribunal fédéral ne sont pas très clairs. S'il semble que cette balance des intérêts découle du pouvoir d'appréciation accordé au juge par l'art. 4 CC, la référence à cette base légale ou à la notion de «pouvoir d'appréciation» n'apparaît pas en tant que telle dans les arrêts concernés. Le Tribunal fédéral semble ainsi tenir pour acquis le principe d'une pesée des intérêts entre l'enfant et chacun des parents pour modifier une contribution d'entretien, dans la perspective, en particulier, de la recherche d'un équilibre entre les parties concernées.

Or, il n'est pas aisé de comprendre pour quels motifs cette pesée des intérêts intervient à l'occasion d'une modification de la contribution d'entretien fixée par le jugement de divorce, alors même qu'elle n'est pas effectuée lors de la fixation de cette même contribution d'entretien, laquelle est pourtant sous-tendue par une recherche d'équilibre similaire entre les parties, en présence des mêmes intérêts potentiellement contradictoires.

4. *Conclusion*

En droit civil, et particulièrement en droit de la famille, la volonté du législateur semble avoir été d'encadrer de manière stricte les cas dans lesquels le juge peut faire usage de son pouvoir d'appréciation. Si le Tribunal fédéral a, certes, développé une certaine casuistique en lien avec l'art. 4 CC, force est de constater que cette jurisprudence concrétise la position legaliste selon laquelle le juge doit appliquer la loi, en encadrant fermement, notamment par l'énumération de critères détaillés la pesée des intérêts à effectuer.

II. **L'article 28 CC**

1. *Le mécanisme de l'art. 28 CC*

En sus de l'art. 4 CC, l'art. 28 CC constitue également un fondement de la pesée des intérêts opérée en droit civil et vise à protéger l'individu en cas d'atteintes causées par des tiers, eux-mêmes sujets de droit privé et titulaires de biens de la personnalité. Cette norme, qui a vocation à déployer des effets entre personnes privées dans un rapport horizontal, prévoit que celui qui subit une atteinte illi-

35 Voir notamment les arrêts du TF 5A_523/2021 du 29 mars 2022, consid. 3.1; 5A_190/2020 du 30 avril 2021, consid. 3; 5A_230/2019 du 31 janvier 2020, consid. 6.1; ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; MEIER 2022, p. 189.

cite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe (al. 1), l'atteinte étant illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (al. 2)³⁶.

Les droits de la personnalité protégés à l'art. 28 CC sont de nature privée et peuvent être, en substance, de trois types: droit de la personnalité physique, affective ou sociale³⁷. La norme ne définit pas la notion d'atteinte, toutefois il faut considérer que celle-ci doit atteindre un certain degré de gravité afin d'être qualifiée comme telle³⁸.

Le mécanisme prévu à l'art. 28 CC implique qu'une atteinte est illicite, sauf si celle-ci est justifiée par l'un des trois motifs justificatifs, à savoir le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public ou par la loi. L'analyse de l'existence d'un intérêt prépondérant, qui constitue l'un des motifs justificatifs de l'atteinte, induit une pesée des intérêts, que le Tribunal fédéral rattache régulièrement à l'art. 4 CC, en particulier à l'équité³⁹ ou plus largement au pouvoir d'appréciation issu de l'art. 4 CC⁴⁰. Or, même si elle fait effectivement intervenir un élément d'appréciation de la part du juge, la pesée des intérêts effectuée en cas d'atteintes causées par des tiers ne repose pas, à notre sens, sur l'art. 4 CC. En effet, il s'agit moins ici du comblement d'une lacune *intra legem* que de l'examen de la réalisation d'un motif justificatif en tant que tel.

Le mécanisme de l'art. 28 CC constitue ainsi moins une émanation de l'art. 4 CC qu'un miroir d'un raisonnement traditionnellement opéré en droit public, en cas de restriction ou d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental. Les auteurs ont d'ailleurs systématiquement souligné les liens entre l'art. 28 CC et les droits fondamentaux, rappelant notamment que la norme civile est sous-tendue par les notions de liberté et de personnalité⁴¹. Ainsi, et même si elle contient par essence une part d'appréciation du juge, la pesée des intérêts effectuée en lien avec l'art. 28 CC vise moins à atteindre l'équité qu'à déterminer s'il existe un motif justificatif à une atteinte, légitimant ou non cette dernière.

2. *L'intérêt privé ou public prépondérant*

L'existence d'un intérêt privé ou public prépondérant constitue l'un des motifs justificatifs prévus à l'art. 28 al. 2 CC. Il est de nature relative, et implique que le juge procède à une pesée des intérêts en présence⁴².

36 CR CC I-JEANDIN, art. 28 N 6–7.

37 BSK ZGB I-MEILI, art. 28 N 17; CR CC I-JEANDIN, art. 28 N 23 ss.

38 ATF 143 III 309 consid. 6.4.3; BSK ZGB I-MEILI, art. 28 N 38.

39 Voir notamment ATF 147 III 185 consid. 4.3.4.

40 BSK ZGB I-FOUNTOULAKIS/HONSELL, art. 4 N 6 et références citées; AUBERSON 2013, p. 223.

41 MARTENET 2011, p. 249.

42 CR CC I-JEANDIN, art. 28 N 78; AUBERSON 2013, p. 221.

La pesée des intérêts est dite «privée» lorsqu'elle implique deux intérêts de nature individuelle. L'intérêt prépondérant privé est un intérêt dont il est manifeste que sa préservation a une valeur supérieure à un autre intérêt. Ainsi, par exemple, l'intérêt privé sera qualifié de prépondérant si, par une prompte analyse dans une situation de danger, une personne est en mesure de se rendre compte qu'elle pourrait par une réaction rapide sauver une vie humaine au détriment d'une atteinte relativement peu importante à l'intégrité physique d'une autre personne, cette atteinte étant justifiée par le but de sauver une personne tierce⁴³.

L'intérêt est qualifié de «public» lorsqu'il concerne une pluralité d'autres personnes, ou la collectivité⁴⁴. L'intérêt prépondérant public peut ainsi être celui du public à connaître la vérité sur des faits auquel il est confronté et dont il se justifie qu'il reçoive une information générale.

Le Tribunal fédéral n'admet qu'avec retenue l'existence d'intérêts privés ou publics prépondérants par rapport à ceux de l'intéressé⁴⁵. Si des intérêts purement économiques peuvent être considérés comme des motifs justificatifs, ils ne sont, en règle générale, pas considérés comme pouvant justifier une atteinte à des droits sensibles de la personnalité⁴⁶. Par ailleurs, la divulgation de faits inexacts portant atteinte à la personnalité est en principe toujours considérée comme illícite et ne peut être justifiée par des intérêts privés ou publics prépondérants⁴⁷.

3. *L'interaction entre différents types de normes*

L'activité des médias, et les éventuelles atteintes qu'elle est susceptible de causer à un intérêt privé, fait intervenir différents types de normes, de statuts différents. Elle pose des questions relatives à la protection de la vie privée, la liberté d'expression, la liberté artistique ou la liberté économique, par exemple⁴⁸.

Les atteintes causées à des intérêts privés par les médias ont donné lieu à une abondante casuistique, au gré de laquelle il a été retenu que le rôle particulier joué par les médias ne justifiait pas à lui seul une atteinte à la personnalité, la presse devant faire valoir un intérêt prépondérant entraînant nécessairement une pesée des intérêts en présence.

Cette pesée des intérêts s'opère ainsi entre la protection de la liberté d'expression des médias, combinée au droit du public à recevoir des informations, et la protection de la réputation et de la vie privée et liberté d'expression de la victime, ces intérêts ayant la même valeur⁴⁹. La pesée des intérêts effectuée

43 MONTAVON/BALLENEGGER/REICHLIN/DAPPLES/MAILLARD/MONTAVON 2020, p. 88.

44 CR CC I-JEANDIN, art. 28 N 80.

45 Voir ATF 136 II 521.

46 Voir ATF 138 II 346.

47 BSK ZGB I-MEILI, art. 28 N 49.

48 AUBERSON 2013, p. 223.

49 ATF 147 III 185; LEGLER 2021, p. 2.

dans cette perspective s'extrait dès lors du cadre strict du droit privé pour intégrer d'autres droits de l'individu.

La diversité de normes à envisager dans le cadre de l'examen des atteintes à la personnalité se retrouve également lors du placement d'une personne âgée dans un établissement médico-social par exemple, cette mesure restreignant la liberté personnelle de la personne, sa liberté de mouvement, et pouvant causer une atteinte à son intégrité corporelle dans ses composantes physiques ou psychiques, ou porter atteinte à la protection de ses données au cas où l'établissement en ferait la collecte ou le stockage.

Il s'agit alors de déterminer si les atteintes causées à la personne reposent sur un intérêt public ou privé prépondérant, cette pesée des intérêts s'avérant d'autant plus importante qu'une incapacité de discernement pourrait empêcher la personne concernée de donner son consentement, premier motif justificatif de l'atteinte. La situation sera donc examinée non seulement sous l'angle du droit public mais impliquera également une pesée des intérêts fondée sur l'art. 28 CC⁵⁰.

4. *Conclusion*

Si la pesée des intérêts opérée dans le cadre de l'art. 4 CC s'effectuait dans le cadre strict des normes de droit privé, et mettait en balance des intérêts de nature privée, tel n'est pas le cas de la pesée des intérêts effectuée en lien avec les art. 28 ss CC. En effet, l'intérêt prépondérant pouvant être de nature privée ou publique, la pesée des intérêts s'avère souvent hybride, faisant intervenir des normes de tous types et de tous rangs.

III. **L'influence des droits fondamentaux**

1. *La réalisation des droits fondamentaux en droit privé*

Les droits fondamentaux, et leur réalisation en droit suisse, constituent le troisième cadre dans lequel une pesée des intérêts est susceptible de s'infiltrer dans les normes de droit civil. L'obligation pour les autorités de réaliser les droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse est concrétisée à l'art. 35 Cst. Cette obligation s'impose aux autorités chargées d'élaborer et d'adopter les règles de droit.

L'influence des droits fondamentaux ne se limite toutefois pas à la phase d'élaboration et d'adoption des règles de droit mais concerne également l'interprétation et l'application de ces dernières. Une forme de contrôle juridictionnel du respect du droit de réaliser les droits fondamentaux s'exerce lors de l'application du droit dans des cas concrets⁵¹. Ainsi, la marge de manœuvre conférée

50 VAERINI 2014, p. 210–211.

51 MARTENET 2011, p. 244–245.

par une norme aux autorités de jugement doit être utilisée dans le respect des droits fondamentaux afin de concourir à leur réalisation, de sorte qu'elles doivent tenir compte de ces droits fondamentaux lorsqu'elles usent de leur pouvoir d'appréciation⁵².

Dès lors, et même si les droits fondamentaux ne déploient pas, en principe, d'effet horizontal, ils peuvent venir appuyer une position, en particulier lorsqu'il s'agit de mettre en balance des intérêts privés lorsque des droits fondamentaux sont concernés⁵³. Les droits fondamentaux sont ainsi susceptibles de renforcer ou de conforter l'interprétation d'une norme de droit privé dans la perspective du traitement équitable des individus⁵⁴.

En matière de droit de la famille, en particulier, plusieurs dispositions de la CEDH⁵⁵ garantissent des droits fondamentaux susceptibles de trouver application lors de litiges, telles que l'art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale), 12 (droit au mariage) ou 5 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 (égalité entre époux). Vient s'y ajouter le principe de non-discrimination, matérialisé à l'art. 14 CEDH. La Convention internationale de New-York relative aux droits de l'enfant (CDE), entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997⁵⁶, contient également des normes d'application directe, qui peuvent ainsi entrer en considération dans le cadre d'une pesée des intérêts.

2. *L'intérêt supérieur de l'enfant*

L'art. 3 paragraphe 1 CDE prévoit que «dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale». Cette norme, de première importance en droit de la famille, est complétée par l'art. 21 CDE, *lex specialis*, laquelle oblige les Etats à s'assurer de l'intérêt supérieur de l'enfant lors d'une adoption.

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas nouvelle, même si elle se retrouve parfois sous d'autres dénominations. Ainsi, en droit suisse, la Constitution fédérale prévoit, s'agissant des enfants, «une protection particulière de leur intégrité et l'encouragement de leur développement» (art. 11 al. 1 Cst.). C'est ainsi la notion de «bien de l'enfant» («*Kindeswohl*») qui est ici évoquée mais qui rejoint, dans son interprétation, celle de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁷.

52 Tschannen 2007, p. 191 ss.

53 Martenet 2011, p. 252; Hausheer/Jaun 2003, art. 1 N 179.

54 ATF 137 III 97; Martenet 2011, p. 264.

55 Convention européenne des droits de l'homme (RS 0.101).

56 RS 0.107.

57 Cottier/Widmer/Girardin/Tornare 2018, p. 314.

Cette dernière notion doit guider le législateur et l'inciter à agir lorsque l'enfant n'est plus suffisamment protégé du fait d'une législation insuffisante ou lacunaire. Ce principe a guidé les révisions de lois consacrées à l'autorité parentale, l'entretien de l'enfant ou l'adoption⁵⁸. Il a fait l'objet d'un examen particulièrement attentif à l'occasion de la révision du Code civil concernant l'entretien de l'enfant, en particulier dans le cadre des dispositions relatives à l'autorité parentale et à la garde alternée. C'est ainsi qu'il a été retenu que, lorsque l'autorité parentale est exercée de manière conjointe par les parents, le juge ou l'autorité de protection de l'enfant doit examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la mise en œuvre d'une garde alternée si le père, la mère ou l'enfant le demande (art. 298 al. 2ter et 298b al. 3ter CC, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017).

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant présuppose, dans son essence, une pesée des intérêts effectuée par le législateur en amont, réduisant de fait la marge d'appréciation de l'autorité judiciaire en charge de l'application de la norme dans un cas concret. En effet, déterminer que l'intérêt de l'enfant est «supérieur» revient à lui assigner une fonction arbitrale entre plusieurs droits privés en conflit ou revendications contradictoires, ou peut permettre de restreindre l'exercice d'un droit⁵⁹. Dans le cas de l'attribution de la garde sur l'enfant, c'est ainsi la règle fondamentale du bien de l'enfant qui doit prévaloir, les intérêts des parents devant être relégués au second plan⁶⁰.

Toutefois, toute pesée d'intérêts en matière de droit de la famille lorsqu'un enfant est concerné n'est, dans les faits, pas exclue, même si elle impose une orientation au raisonnement à tenir. Au nombre des critères essentiels à prendre en considération, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement, à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, l'âge de l'enfant et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que le souhait exprimé par ce dernier s'agissant de sa propre prise en charge; il faut choisir la solution qui, au regard des données du cas d'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel⁶¹.

58 Modernisation du droit de la famille, Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr, Mars 2015, p. 15.

59 DUMORTIER 2013, p. 5.

60 Arrêt du TF 5A_415/2020 du 18.03.2021, consid. 4.1; ATF 142 III 617, consid. 3.2.3; MEIER/HÄBERLI 2020 p. 32.

61 Voir notamment l'arrêt du TF 5A_539/2020 du 17 août 2020, consid. 4.1.2, et références citées.

3. Conclusion

Même si les droits fondamentaux ne déploient, a priori, pas d'effet horizontal dans le cadre de rapports entre individus, ils sont susceptibles d'intervenir dans le cadre d'une balance des intérêts, que ce soit afin d'appuyer ou de contredire l'une des positions concernées, ou pour infléchir en amont, voire orienter l'issue de cette pesée des intérêts.

C. L'évolution de la pesée des intérêts en droit civil

I. L'adaptation aux évolutions technologiques

1. Evolutions technologiques et droit à l'image

Le fulgurant essor des technologies a induit en quelques décennies un changement de paradigme radical en matière de protection de l'individu, en particulier de ses données personnelles⁶². Les appareils de prise de vue, de communication, de surveillance ou les équipements de domotique, par exemple, se sont démocratisés et miniaturisés, cette miniaturisation s'avérant inversement proportionnelle à la quantité de données qui peuvent désormais être traitées et stockées sur un micro-support.

La masse d'informations qui en découle implique le risque que les données qui la composent soient exploitées à des fins étrangères au but initial, sans possibilité de contrôle pour les personnes concernées⁶³. La protection de la personnalité devient aujourd'hui une mission complexe, nécessitant au niveau juridique la prise en compte de normes de types et statuts différents, amenées à interagir.

C'est notamment pour ces motifs et en raison des spécificités liées au traitement des données personnelles, notamment le fait que ce traitement implique des procédés automatisés se déroulant à l'insu de la personne concernée ou selon des modalités qui lui sont inconnues, que le législateur a adopté la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992 complétée par son ordonnance du 14 juin 1993 (OLPD)⁶⁴. Cette loi a fait l'objet de plusieurs révisions et adaptation, dont l'une très récente, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023, dans une perspective d'amélioration de la compatibilité du droit suisse avec le droit européen, notamment le Règlement européen sur la protection des données (RGPD).

En matière de protection des données, l'art. 28 CC conserve toutefois toute sa pertinence, en tant que cette norme permet à toute personne subissant une atteinte à sa personnalité d'agir pour sa protection contre toute personne qui y

62 BSK ZGB I-MEILI, art. 28 N 1.

63 FLÜCKIGER 2013, p. 838.

64 MONTAVON/BALLENEGGER/REICHLIN/DAPPLES/MAILLARD/MONTAVON 2020, p. 99.

participe. En effet, la formulation large de l'art. 28 CC permet en premier lieu d'appréhender des situations nouvelles auxquelles le législateur n'aurait pas (encore) apporté de solution. En second lieu, et afin de tenir compte du fait que la protection des données présente un caractère hybride, à cheval entre des normes de droit privé et de droit public, la jurisprudence rendue en lien avec l'art. 28 CC permet d'offrir, en particulier par le truchement de la pesée des intérêts, une forme de perméabilité nécessaire aux droits constitutionnels et fondamentaux⁶⁵.

Illustrant cette perméabilité du droit privé aux droits fondamentaux, dans le cadre d'un arrêt rendu dans l'affaire dite «*Google Street View*» en 2012⁶⁶, le Tribunal fédéral, faisant suite à un arrêt rendu par le Tribunal administratif fédéral qui avait admis une plainte déposée par le Préposé fédéral à la protection des données, a obligé Google à rendre non reconnaissables l'ensemble des visages et des plaques d'immatriculation avant de diffuser les images sur Internet.

Suite au recours de Google, le Tribunal fédéral a souligné, dans le cadre de son arrêt, que le droit de la protection des données complétait et concrétisait la protection de la personnalité assurée par l'art. 28 CC⁶⁷, rappelant que le droit au respect de la sphère privée a vocation à éviter que n'importe quelle manifestation de la vie privée survenant dans la sphère publique ne soit diffusée dans le public. La prise de photographies dans la rue causait ainsi une atteinte au droit à l'image, les personnes étant susceptibles d'être photographiées et leur image diffusée, de manière durable, sur Internet sans même qu'elles en aient conscience. Les possibilités techniques actuelles impliquaient par ailleurs qu'une personne apparaissant comme un élément accessoire de l'image pouvait être reconnaissable⁶⁸.

L'atteinte à la personnalité étant avérée, une pesée des intérêts a été opérée entre le droit de la personne filmée à s'opposer à toute atteinte à sa sphère privée et la finalité poursuivie par celui qui procède aux prises de vue litigieuses. Au fil de ses considérants, le Tribunal fédéral s'est livré à une longue pesée des intérêts très détaillée, prenant en compte la liberté d'information (art. 16 al. 3 Cst.) et différents droits de la personnalité, notamment le droit à la vie privée et familiale (art. 8 al. 1 CEDH) et la protection de la sphère privée (art. 13 al. 2 Cst)⁶⁹.

Cette jurisprudence, rendue dans le contexte d'une technologie qui n'avait, à l'évidence, pas été envisagée par le législateur, est intéressante à plusieurs titres. Elle démontre que les évolutions technologiques susceptibles de porter atteinte

65 Le droit au respect de la vie privée: les défis digitaux, une perspective de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen, Unité Bibliothèque de droit comparé, octobre 2018, p. 11; VANESSA LEVY, *Le droit à l'image*, Schulthess, Zurich, 2002, p. 74.

66 ATF 138 II 346, JdT 2013 I 71.

67 ATF 138 II 346, consid. 8; CR CC I-JEANDIN, art. 28 N 48c.

68 Sur cet aspect, voir BHEND 2012.

69 ATF 138 II 346, consid. 9 et 10.

à un intérêt privé ne peuvent plus être appréhendées sous l'unique prisme de l'atteinte individuelle. Un traitement ou une exploitation de données doit ainsi être envisagé non seulement sous l'angle de la LPD mais également des normes de protection de la personnalité, qui conservent de fait toute leur pertinence.

2. *Les dispositifs de surveillance électronique*

Concrétisant l'art. 28b CC, qui vise les situations de violence, menaces ou harcèlement, l'art. 28c CC permet, depuis le 1^{er} janvier 2022, d'ordonner, sur demande de la victime, le port d'un appareil électronique non amovible permettant de déterminer et d'enregistrer à tout moment l'endroit où l'auteur se trouve⁷⁰. Cette disposition est entrée en vigueur simultanément à d'autres mesures législatives visant à améliorer la protection, tant sur le plan civil que pénal, des victimes de violences domestiques et de harcèlement⁷¹.

Le dispositif de surveillance visé à l'art. 28c CC, soit un bracelet électronique dont est muni l'auteur de l'atteinte, permet la mise en place d'une surveillance dite «passive», ce qui signifie que les données de localisation sont transmises et enregistrées mais qu'une violation du périmètre défini n'entraîne pas d'alerte «en temps réel» et ne permet ainsi pas une intervention policière. Il s'agit donc plutôt d'une mesure de type préventif, permettant de démontrer *a posteriori* le non-respect de l'interdiction prononcée⁷².

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur ce dispositif de surveillance dans un arrêt du 2 février 2023. Le bracelet électronique a été considéré comme une mesure susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne surveillée, notamment sa liberté personnelle et sa sphère privée, de sorte qu'elle ne pouvait être ordonnée que moyennant une pesée des intérêts.

Malgré sa situation au sein des art. 28 ss CC, cette nouvelle mesure, qui cumule des restrictions aux libertés de la personne munie du dispositif et qui permet la collecte de données la concernant, ne peut être envisagée sous l'angle unique des normes de droit privé. Partant, et utilisant la balance des intérêts afin de prendre en considération les droits constitutionnels et fondamentaux des personnes concernées, le Tribunal fédéral a retenu qu'un certain poids devait être accordé aux intérêts de la victime potentielle, dont la liberté est entravée par le comportement de l'intéressé. Les intérêts de la personne visée par la mesure d'éloignement devaient également être pris en considération, étant toutefois précisé que, du fait du caractère passif de la surveillance, de son caractère

70 Le droit au respect de la vie privée: les défis digitaux, une perspective de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen, Unité Bibliothèque de droit comparé, octobre 2018, p. 13.

71 Message du CF 11 octobre 2017 concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence, FF 2017 6913 ss, 6914 et 6919.

72 Message du CF 11 octobre 2017 concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence, FF 2017 6913 ss, 6951.

limité dans le temps et du fait que la mesure n'intervenait pas à l'insu de la personne concernée, ces intérêts n'apparaissent pas atteints de manière particulièrement grave⁷³.

Si le Tribunal fédéral, à l'instar du raisonnement tenu dans le cadre de l'arrêt «*Google Street View*», articule sa pesée des intérêts autour de l'art. 28c CC et de l'art. 36 Cst., il n'est pas toujours aisé de saisir comment il passe d'une norme à l'autre. En effet, considérant que la surveillance électronique est susceptible de porter atteinte à la sphère privée mais également à la liberté personnelle, le Tribunal fédéral rappelle que les conditions de restriction d'un droit fondamental prévues à l'art. 36 al. lit. a Cst. sont l'existence d'une base légale suffisante (al. 1), le but de protection d'un intérêt privé ou public (al. 2), le respect du principe de proportionnalité (al. 3) et la préservation des droits fondamentaux (al. 4). La Haute Cour retient d'entrée de cause, et sans l'examiner plus avant, le fait que l'art. 28c CC constitue bien une base légale suffisante au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. Les conditions de la préservation des droits fondamentaux (al. 4) et l'existence d'un intérêt public (al. 2) sont examinées de manière tout aussi lapidaire.

C'est ainsi dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, en particulier du caractère «raisonnable» ou non de la mesure, que le Tribunal fédéral aborde la question de la pesée des intérêts tout en renvoyant la cause à l'instance inférieure sur cet aspect, la circonscrivant de manière étroite en soulignant le fait que le caractère passif de la surveillance implique une atteinte faible aux intérêts du porteur du dispositif, alors même qu'«un certain poids» doit être accordé aux intérêts de la victime potentielle et rappelant qu'en tant que mesure de prévention de la violence, «la surveillance électronique bénéficie aussi à la société dans son ensemble»⁷⁴.

Cette analyse a d'ores et déjà été critiquée en doctrine, tout d'abord s'agissant de l'examen sommaire des conditions de l'art. 36 Cst. et, de manière plus générale, de l'absence d'analyse de l'imbrication des différentes normes en lien avec la surveillance électronique⁷⁵.

Ce récent arrêt du Tribunal fédéral présente toutefois l'intérêt de démontrer une nouvelle fois la nécessité de prendre en compte les droits fondamentaux même dans un litige entre particuliers, l'essence même de l'art. 28c CC étant de porter atteinte à tout le moins à la liberté de déplacement de la personne concernée, de sorte que cette violation potentielle des droits fondamentaux du porteur du dispositif doit nécessairement s'analyser au regard de l'art. 36 Cst., et implique une pesée des intérêts au stade de l'examen de la proportionnalité de la mesure. Une porte est ainsi ouverte vers les droits fondamentaux au sein même des normes de droit civil.

73 ATF 149 III 193 du 2 février 2023, consid. 5.2.

74 Arrêt du TF 5A_881/2022 du 2.02.2023, consid. 5.2.

75 DAVY 2023, p. 5.

3. *Les défis liés à l'intelligence artificielle*

Si les évolutions technologiques ont pu sembler vertigineuses au cours de ces dernières décennies, la véritable «révolution cognitive», ainsi qu'ANTOINE GARAPON la qualifie, est l'incursion de l'intelligence artificielle (IA) dans la vie quotidienne des individus⁷⁶.

En matière judiciaire, les applications de l'IA actuellement développées consistent aujourd'hui principalement en des instruments permettant de prédire l'issue d'un litige. C'est ainsi surtout sur le contentieux chiffrable, à savoir des domaines dans lesquels la marge d'appréciation du juge est limitée, que les développements de l'intelligence artificielle s'articulent. Le divorce, et en particulier les calculs de contribution d'entretien constituent un terrain privilégié pour une incursion de l'IA, susceptible de prendre en compte des paramètres tels que la durée du mariage, les situations professionnelles des parties, les disparités de situations patrimoniales⁷⁷.

En matière de contributions d'entretien, la jurisprudence fédérale récente⁷⁸ a réduit le pouvoir d'appréciation du juge à sa portion congrue, le raisonnement en équité intervenant à l'issue de fastidieux calculs destinés à encadrer le processus de décision. Par cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a souhaité proposer une méthode de calcul uniforme pour toute la Suisse⁷⁹, volonté qui a d'ailleurs été saluée par certains auteurs, comme apportant «une plus grande sécurité juridique dans un domaine où les autorités judiciaires jouent un rôle important dans la résolution des conflits». Or, ce type de jurisprudence, qui formalise de manière rigide les critères de calcul de la contribution d'entretien dans un but d'uniformisation du droit, présente le risque d'ouvrir la voie aux développements de l'IA en matière de justice prédictive, toute réduction du pouvoir d'appréciation ayant pour corollaire une systématisation et une uniformisation permettant à l'IA de se déployer.

4. *Conclusion*

L'évolution des dispositifs personnels de vidéosurveillance ou de communication permet aujourd'hui une accessibilité par des tiers à de multiples données privées. Si la révision de la loi fédérale sur la protection des données a notamment permis de s'adapter à ces nouvelles réalités, les normes de droit privé protégeant la personnalité conservent leur pertinence, mais ne peuvent plus demeurer en vase clos, l'interaction entre les normes de différents statuts étant seule à même de garantir une protection efficace des droits de la personne. Par ailleurs, l'évolution des technologies est susceptible de remettre en question la manière

76 GARAPON 2017, p. 31.

77 MENECEUR/BARBARO 2019, p. 282.

78 ATF 147 III 265; Arrêt du TF 5A_311/2019 du 11.11.2020.

79 Voir à cet égard BURGAT 2021, p. 19.

de juger, et nécessite une réflexion d'ensemble, au regard, en particulier, du pouvoir d'appréciation du juge, qui pourrait constituer un rempart à une application purement mathématique du syllogisme juridique telle que celle que propose aujourd'hui l'IA.

II. L'adaptation aux évolutions sociétales en matière de famille

1. *L'évolution de la notion de famille*

La notion de famille a connu durant ces dernières décennies de profonds bouleversements et ces changements sociaux ont, et vont durablement influencer le droit de la famille. L'organisation des familles et les modes de parentalités sont au centre de ces révolutions.

Tenir compte de tous les différents types de constellations familiales constitue aujourd'hui un défi de taille pour le législateur⁸⁰, alors même que les normes actuelles de droit civil inscrivent la famille dans une vision institutionnelle et traditionnelle. Confrontées à un cadre législatif parfois dépassé, les modifications sociétales peinent à trouver un écho dans des textes légaux parfois rigides et peu adaptés à ces nouvelles formes de famille ou de parentalité. La tendance fondamentale en droit privé selon laquelle le juge doit se borner à effectuer une analyse purement exégétique des textes légaux trouve ainsi ses limites. Le rôle de l'autorité de jugement, central au regard de ces évolutions, est d'être à l'écoute des intérêts sociaux et de les confronter aux règles juridiques afin de trouver un équilibre entre eux⁸¹.

Dans le domaine de la famille, en particulier, la pesée des intérêts, en tant que marque de l'activité créatrice du juge, revient sur le devant de la scène afin d'adapter les normes à cette transformation de la notion traditionnelle de famille. Ainsi, la jurisprudence fédérale a joué au cours de ces dernières années un rôle essentiel, créatif et novateur, malgré les contraintes dues à un cadre normatif daté, souvent en inadéquation avec l'évolution des biotechnologies et de la cellule familiale.

2. *Le droit à connaître ses origines*

Au cœur de nombreux débats juridiques, éthiques et déontologiques, le droit à connaître ses origines a suscité, au cours de ces dernières décennies, une importante réflexion conjointement à l'évolution des recherches sociales, médicales et sociétales, réflexion qui a permis de mettre en lumière l'importance de la connaissance de l'ascendance pour le devenir de la personnalité des sujets de

80 Modernisation du droit de la famille, Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr, 2015, p. 12.

81 MANAI 1985, p. 36.

droit⁸². C'est ainsi qu'au fil des discussions liées au droit à la connaissance des origines a émergé la notion de l'intérêt pour la personne concernée à connaître son histoire, l'identité des parents génétiques et les circonstances entourant sa naissance⁸³.

Ce droit à connaître son ascendance s'inscrit dans l'évolution du droit de la famille et fait intervenir des normes de différentes natures, à savoir des règles de nature conventionnelle (art. 8 CEDH), constitutionnelle (art. 119 al. 2 let. g Cst), de droit public (art. 27 LPMA) et de droit privé (art. 268 c CC et 28 ss CC)⁸⁴.

L'art. 28 CC protège le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines en tant que droit de la personnalité. Partant, dans le cadre de l'exercice de ce droit qui n'est pas absolu lorsque les données sont détenues par une autre personne privée, une pesée des intérêts doit être effectuée⁸⁵. Au nombre de ces intérêts compteront pour l'enfant son intérêt à la connaissance de ses origines, les indices d'un lien biologique, sa situation personnelle, la naissance prochaine de son enfant ou l'absence d'autres moyens d'accès à ses origines. Du côté de la partie adverse, les intérêts à faire valoir pourront être la protection de la sécurité juridique ou l'intangibilité de la dépouille si le parent présumé est décédé⁸⁶.

Le contexte judiciaire qui entoure le droit à la connaissance des origines est particulièrement révélateur de la place de la pesée des intérêts comme mécanisme d'adaptation aux évolutions sociétales. L'histoire de l'adoption de l'art. 268c CC est emblématique de l'influence de la jurisprudence fédérale à cet égard. Dès le 1^{er} avril 1973, le principe codifié à l'art. 268c CC, était celui du secret de l'adoption. En parallèle, et au niveau international, le droit à connaître ses origines a été consacré à l'art. 7 CDE, entré en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997. L'art. 7 al. 1 CDE prévoit que l'enfant a le droit, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Cette disposition s'applique à tous les enfants, indépendamment de leur mode de conception⁸⁷.

Dans la mesure où toutes les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant ne sont pas d'application directe, le statut de l'art. 7 CDE a été débattu jusqu'à ce que le Tribunal fédéral retienne l'application directe de cette disposition, considérant dès lors que cette dernière pouvait être invoquée devant les tribunaux suisses⁸⁸.

82 CR CC I-SCHOENENBERGER, art. 268c N 1.

83 COTTIER/FONJALLAZ 2023, p. 609.

84 PIOTET 2006, p. 207; Le droit au respect de la vie privée: les défis digitaux, une perspective de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen, Unité Bibliothèque de droit comparé, octobre 2018, p. 1.

85 GAY 2023, p. 53.

86 PAPAUX VAN DELDEN 2014, p. 122–123.

87 GAY 2023, p. 43.

88 ATF 125 I 257 consid. 3.c)bb).

C'est ainsi que, dans le cadre d'un arrêt de principe du 4 mars 2002, le Tribunal fédéral a été amené à trancher le cas d'un enfant placé, puis adopté dont la mère «biogénétique» refusait de faire connaître son identité, faisant valoir le secret de l'adoption. Il s'agissait donc de trancher un cas opposant des intérêts de nature privée. Le Tribunal fédéral a alors rappelé que le droit de l'enfant à connaître ses origines découlait non seulement de la protection de sa personnalité mais également de sa liberté personnelle (art. 10 Cst.). Rejetant toutefois, par un raisonnement précurseur, la nécessité de procéder à une pesée des intérêts, la Haute Cour a résolu la question de manière abstraite et anticipée, considérant que l'enfant disposait d'un droit absolu à connaître l'identité de sa mère biogénétique, de sorte qu'aucune balance des intérêts ne devait être opérée⁸⁹.

Ce faisant, le Tribunal fédéral a anticipé l'entrée en vigueur de l'art. 268c CC le 1^{er} janvier 2003, disposition qui a consacré un droit absolu pour l'enfant adopté à connaître ses origines et qui en fait un droit indépendant de toute pesée des intérêts contradictoires⁹⁰. Cet arrêt de principe du Tribunal fédéral présente ainsi l'intérêt majeur d'avoir préfiguré l'adoption de l'art. 268c CC, en conférant une portée directe à l'art. 7 CDE.

Parallèlement à cette jurisprudence engagée, le Tribunal fédéral s'est à nouveau livré à un raisonnement novateur en lien avec la question du droit à la connaissance de ses origines, en créant une action *sui generis* fondée sur l'art. 28 CC⁹¹, ouvrant cette action en faveur d'un enfant majeur né hors mariage qui souhaitait accéder aux données en lien avec sa filiation. Dans ce cas, le Tribunal fédéral a rappelé que, contrairement à ce qui prévaut dans le cas d'un enfant adopté, les informations requises ne se trouvent pas en mains de l'Etat mais de tiers. Rappelant, d'une part, l'obligation pour l'Etat d'assurer la réalisation des droits fondamentaux dans le cadre des rapports entre particuliers (art. 35 al. 3 Cst.) et d'autre part, le fait que le droit à la connaissance des origines est un droit de la personnalité au sens de l'art. 28 CC⁹², le Tribunal fédéral a effectué une pesée des intérêts, compensant par ce mécanisme l'absence d'effet horizontal direct du droit fondamental à la connaissance de ses origines⁹³. C'est ainsi un droit à la connaissance des origines indépendant du mode de conception qui est aujourd'hui proposé par notre Haute Cour.

La question du droit à connaître ses origines est significative de la place de la pesée des intérêts, par l'entremise de l'art. 28 CC. Dans ce domaine, elle a permis au Tribunal fédéral d'anticiper l'entrée en vigueur de dispositions légales, et d'assurer la réalisation en droit privé des droits fondamentaux conformément à l'art. 35 Cst. A noter que certains auteurs ont relevé que la jurisprudence du

89 ATF 128 I 63, consid. 4.4, COTTIER/FONJALLAZ 2023, p. 616.

90 PAPAUX VAN DELDEN 2014, p. 118.

91 ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411.

92 PIOTET 2006, p. 204–205.

93 PAPAUX VAN DELDEN 2014, p. 122; GAY 2023, p. 50.

Tribunal fédéral allait d'ailleurs plus loin en la matière que la jurisprudence de la CourEDH, cette dernière continuant de procéder à une pesée des intérêts quelles que soient les circonstances alors même que le Tribunal fédéral a plutôt tendance, par une jurisprudence progressiste, à étendre la portée absolue du droit à connaître ses origines⁹⁴.

3. *Les relations personnelles avec le parent «social»*

Toujours en lien avec les évolutions sociétales en matière de famille, la question du droit aux relations personnelles de l'enfant avec son parent «non biologique» a posé différents problèmes aux autorités judiciaires. Au niveau international, la tendance est à la reconnaissance d'une pluralité de parentés ou de parentalités. Un enfant peut ainsi avoir deux mères ou deux pères, l'altérité sexuelle dans la famille n'étant plus obligatoire⁹⁵.

Faisant à nouveau œuvre de précurseur, le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 16 mars 2021, a abordé la question du lien de parenté dit «social» suite à la dissolution d'un partenariat enregistré conclu entre deux femmes⁹⁶. Dans ce cas, l'une des deux femmes avait donné naissance, postérieurement à la conclusion du partenariat, à un enfant, puis à des jumeaux conçus par procréation médicalement assistée à l'étranger. Une année après la naissance des jumeaux, les deux femmes se sont séparées. La mère non biologique a sollicité un droit aux relations personnelles sur les enfants, lequel a été admis en première instance puis rejeté par la Cour de justice de Genève en deuxième instance, la Cour genevoise ayant considéré qu'une persistance de relations formalisées avec une personne avec laquelle les enfants n'en ont plus entretenues depuis deux ans, n'était pas dans leur intérêt⁹⁷.

La Haute Cour s'est livrée dans son arrêt à un raisonnement notamment fondé sur le fait que les trois enfants étaient ici le fruit d'un projet parental commun et qu'ils avaient grandi au sein du couple, de sorte que l'on devait considérer qu'un lien de parenté social s'était créé entre l'ex-partenaire du parent légal et l'enfant, ouvrant ainsi la voie à un droit aux relations personnelles entre eux⁹⁸.

La pesée des intérêts opérée par le Tribunal fédéral est ici cadrée par la primauté de l'intérêt de l'enfant, la prise en compte des intérêts du parent qui requiert la mise en œuvre de relations personnelles étant indirecte. En effet, le Tri-

94 COTTIER/FONJALLAZ 2023, p. 620–621.

95 Evolution de la famille et du droit de la famille, le regard d'ADELINE GOUTTENOIRE, propos recueillis par YANN FAVIER, *Recherches familiales 2023/1* (n° 20), éd. Union nationale des associations familiales, p. 105 à 113.

96 ATF 147 III 209.

97 Arrêt de la Chambre de surveillance de la Cour de justice du canton de Genève du 23 juillet 2020 (DAS/119/2020) consid. 2.2.

98 SPIESS 2021, p. 2.

bunal fédéral a examiné si celui-ci tenait le rôle de parent d'intention non biologique, de sorte qu'il constituerait pour l'enfant une figure parentale d'attachement. La question posée sous l'angle des «circonstances exceptionnelles» prévues à l'art. 274a CC⁹⁹ qui régleme le droit aux relations personnelles du «tiers» n'a finalement pas été examinée en tant que telle, le Tribunal fédéral fondant son raisonnement sur la pesée des intérêts, en particulier de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰⁰.

Nuançant toutefois la portée de ses conclusions, le Tribunal fédéral a souligné que la situation devrait être appréciée avec plus de circonspection lorsque le parent d'intention avait connu l'enfant après sa naissance, comme dans le cas des beaux-parents. Une circonspection encore plus importante devait être de mise lorsque le droit revendiqué par des tiers viendrait s'ajouter à l'exercice de relations personnelles par les parents de l'enfant¹⁰¹.

Malgré ces dernières nuances, il faut ici souligner le caractère très novateur de cette jurisprudence, qui construit la notion de lien de «parenté sociale», ouvrant la voie à différents types de parentalités, le raisonnement ne s'articulant plus seulement autour des parents mais bien en lien avec l'intérêt de l'enfant. Cette priorisation a été considérée par certains auteurs comme un changement de paradigme en matière de famille, la logique contemporaine voulant que «l'enfant fasse famille»¹⁰².

4. Conclusion

La redéfinition de la notion de famille présente un important défi pour les autorités chargées de l'application du droit, ces évolutions sociétales s'effectuant en parallèle des options biotechnologiques à disposition des individus, qui ouvrent la parentalité à des structures familiales diversifiées. Il n'est pas toujours aisé de rattacher ces nouvelles situations aux normes du code civil, inscrites et ancrées dans une tradition de famille «nucléaire» formée de deux parents «biogénétiques», hétérosexuels. Il convient ainsi de saluer la jurisprudence créative et engagée du Tribunal fédéral, parfois même en avance sur les normes internationales, qui a su tirer profit des mécanismes de protection de la personnalité et de la pesée des intérêts qui les sous-tend pour adapter un cadre législatif daté à des évolutions qui touchent simultanément plusieurs domaines du droit civil.

⁹⁹ Disposition à laquelle l'article 27 al. 2 LPart renvoie.

¹⁰⁰ SPIESS 2021, p. 2.

¹⁰¹ ATF 147 III 209 consid. 5.2.

¹⁰² PAPAUX VAN DELDEN 2022, p. 155.

D. Conclusion

Revisiter les normes de droit civil par le prisme de la pesée des intérêts permet de révéler les ambivalences d'un droit qui repose sur un code ancien et conservateur aujourd'hui au cœur de révolutions majeures, sociétales, technologiques et biotechnologiques.

Alors qu'en matière de droit de la famille, certaines dispositions reposent directement sur la tradition canonique, aujourd'hui bien éloignée des droits européens laïcisés¹⁰³, la notion même de famille a connu de profonds bouleversements au cours de ces dernières décennies. Ce paradoxe exige, de la part du juge, un exercice parfois périlleux d'équilibriste afin d'adapter des dispositions anachroniques à des situations de fait qui défient le cadre législatif.

L'analyse des fondements de la pesée des intérêts révèle cette ambivalence. L'application de l'art. 4 CC, que sa position liminaire au sein du code civil place au cœur des dispositions fondatrices de ce code, demeure aujourd'hui emblématique de la recherche de sécurité juridique et de l'ancrage du droit civil dans une continuité historique et juridique. En effet, la pesée des intérêts en vue de combler une lacune *intra legem* reste aujourd'hui strictement encadrée lorsqu'elle est utilisée à ces fins, le Tribunal fédéral prenant garde, lorsqu'il aménage au juge un espace d'appréciation, d'en délimiter précisément les contours.

L'adaptation aux évolutions technologiques, sociétales et biotechnologiques s'est ainsi opérée par le truchement du second fondement de la pesée des intérêts en droit civil, à savoir l'art. 28 CC. Alors que les arrêts fondant la pesée des intérêts sur l'art. 4 CC reflètent un conservatisme cher au droit privé, l'art. 28 CC a permis au juge de se livrer à une véritable activité créatrice, se fondant sur un mécanisme traditionnellement utilisé en droit public afin de rendre le droit civil perméable aux droits fondamentaux. Saisissant cette opportunité de repousser les remparts immuables d'un droit civil aujourd'hui trop rigide pour appréhender la variété de problématiques qui lui sont soumises, le Tribunal fédéral a proposé, au cours de ces décennies, des jurisprudences progressistes et novatrices.

Cette latitude offerte au juge s'avère d'autant plus essentielle que les évolutions technologiques, en particulier la pénétration de l'intelligence artificielle dans le domaine judiciaire, présupposent une forme de prévisibilité de la décision judiciaire. Or, l'acte de juger ne dépend pas uniquement d'un cadre juridique pré-établi: d'autres éléments que la norme juridique peuvent, en effet, intervenir dans le processus intellectuel amenant le juge à trancher un litige¹⁰⁴. Le pouvoir

103 DUNAND/GRAA NUMA 2023, p. 361.

104 LEBEN 2011, p. 55.

accordé au juge d'interpréter et éventuellement de compléter la loi, de qualifier les faits, d'apprécier librement la valeur des présomptions et des preuves, lui permet de motiver, de façon juridiquement satisfaisante, les décisions que son sens de l'équité lui recommande comme étant socialement et moralement souhaitables¹⁰⁵.

Le maintien d'un espace de création, le pouvoir d'appréciation du juge et la pesée des intérêts qui en découle, sont ainsi essentiels à deux égards. En premier lieu, dans la mesure où cette balance des intérêts a permis, comme nous l'avons vu, d'adapter le cadre normatif aux évolutions sociétales et technologiques, par l'intervention notamment en droit privé des droits fondamentaux. C'est ainsi que de nouveaux concepts tels que le droit absolu à connaître ses origines indépendamment du mode de conception, ou la notion de «parenté sociale» ont pu voir le jour au travers de l'application de l'art. 28 CC, défiant la rigidité des normes de droit civil et proposant une ouverture bienvenue sur les nouveaux modèles de famille.

En second lieu, il importe que, face au développement de l'intelligence artificielle et des outils de prévisibilité de la justice qu'elle propose, le juge conserve la marge de manœuvre qui le distingue de la machine. En effet, l'apparente logique du syllogisme juridique peut sembler offrir un terrain de développement propice à l'IA. Toutefois, il convient de garder à l'esprit le fait que le raisonnement judiciaire est surtout affaire d'interprétation. Ainsi, le syllogisme tel qu'opéré par le juge est ponctué d'une multitude de choix discrétionnaires non formalisables a priori.

Il demeure ainsi essentiel que le juge puisse disposer d'outils lui permettant de faire œuvre de création. En effet, la sécurité du droit ne doit pas se confondre avec sa prévisibilité. Face à des hypothèses mal prévues ou non prévues par les règles de droit, le juge doit pouvoir s'appuyer sur des normes de différents statuts, mais également sur des règles d'équité ou de quelque autre dimension de la morale, sous peine de se retrouver face à une justice prédictive que certains auteurs ont qualifié de «mémoire myope, dépourvue d'une analyse fine des véritables éléments causatifs des décisions de justice qu'elle prétend restituer»¹⁰⁶.

Le risque de l'utilisation de logiciels prédictifs est, en effet, celui de la perte de la liberté d'appréciation et de l'indépendance du juge, qui, écrasé par le poids des nombres, finirait par se ranger à l'opinion dominante¹⁰⁷. Ainsi, en droit privé comme dans d'autres domaines du droit¹⁰⁸, il importe de permettre à la pesée des intérêts de conserver sa place au sein des mécanismes fondant le pouvoir d'appréciation, dans la mesure où elle constitue un précieux outil

105 PERELMAN 1965, p. 140.

106 MENECEUR/BARBARO 2019, p. 281–284.

107 SAUVÉ 2018, p. 3–4.

108 DUPONT 2021, p. 33.

d'adaptation du cadre législatif aux évolutions de la société et où elle offre un rempart à l'intrusion aveugle de l'IA dans les décisions judiciaires.

Résumé

L'évolution de la pesée des intérêts en droit civil reflète l'ambivalence de ce droit, inscrit dans un code aux tendances conservatrices chères au droit privé, qui doit aujourd'hui s'adapter à une société en profonde transformation, en particulier en matière de nouvelles technologies et de droit de la famille. Dans ces deux domaines, les fulgurantes avancées de ces dernières décennies ont contraint les autorités d'application du droit à se renouveler et à faire œuvre de créativité. C'est, en particulier, par le truchement de la pesée des intérêts que le Tribunal fédéral a su faire évoluer des normes parfois datées par des jurisprudences progressistes et novatrices, ouvrant ainsi le droit civil à de nouvelles perspectives.

Zusammenfassung

Die Entwicklung der Interessenabwägung im Zivilrecht zeigt die Ambivalenz dieses Rechts, das mit einer im Privatrecht üblichen konservativen Tendenz in einem Gesetzbuch verankert ist und sich heute an eine Gesellschaft anpassen muss, die sich in einem tiefgreifenden Wandel befindet, insbesondere im Bereich der neuen Technologien und des Familienrechts. In beiden Bereichen haben die rasanten Entwicklungen der letzten Jahrzehnte die rechtsanwendenden Behörden dazu gezwungen, sich zu erneuern und kreativ zu sein. Insbesondere durch die Interessenabwägung hat das Bundesgericht veraltete Normen durch fortschrittliche und innovative Rechtsprechung weiterentwickelt und damit dem Zivilrecht neue Perspektiven eröffnet.

Abstract

The evolution of the weighing of interests in civil law demonstrates the ambivalence of this law, enshrined in a code with the usual conservative tendency in private law, which today must adapt to a society undergoing profound transformation, particularly in terms of new technologies and family law. In both these areas, the dazzling advances of the last few decades have forced the authorities responsible for applying the law to renew themselves and be creative. In parti-

cular, it is through the weighing of interests that the Federal Supreme Court has been able to evolve outdated norms through progressive and innovative jurisprudence, thus opening up civil law to new perspectives.

Bibliographie

- AUBERSON GÉRALDINE, *Personnalités publiques et vie privée*, Zurich, 2013.
- BARBEY WILLIAM, L'emprise des droits subjectifs sur le droit privé et le droit public, *Ex-ante I/2022*, p. 39–50.
- BHEND JULIA, Die Bedeutung des Street View-Urteils für die Veröffentlichung von Bildern im Internet, *Sic!*, n° 11, 2012.
- BLASER PATRICK/KOHLER-VAUDAUX MARYAM, Le sort du logement de la famille et du logement commun en cas de désunion, *FamPra.ch* 2009 p. 339–365.
- BOVEY GREGORY, Le pouvoir d'appréciation du juge en matière de responsabilité du propriétaire d'immeuble à la lumière d'exemples choisis, in: *Le juge apprécie*, Mélanges en l'honneur de Benedict Foëx, Zurich, 2023, p. 29–44.
- BURGAT SABRINA, Entretien de l'enfant, des précisions bienvenues; une méthode (presque) complète et obligatoire pour toute la Suisse, Newsletter *«Droitmatrimonial.ch»*, janvier 2021.
- BURGISSER MICHEL/PERRIN JEAN-FRANÇOIS, *Interessenjurisprudenz, Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement*, in: *Droit et intérêt*, vol I, Bruxelles, 1990, p. 327–353.
- COTTIER MICHELLE/WIDMER ERIC/GIRARDIN MYRIAM/TORNARE SANDRINE, La garde alternée, *FamPra* 2018, p. 297–332.
- COTTIER MICHELLE/FONJALLAZ MARIE, Le droit à la connaissance des origines, *FamPra* 2023, p. 605–630.
- DAVY CAMILLE, Les écueils de la nouvelle réglementation de droit civil en matière de mesures de surveillance électronique; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_881/2022, Newsletter *«Droitmatrimonial.ch»*, mars 2023.
- DESCHENAUX HENRI, *Le titre préliminaire du Code civil*, Fribourg, 1969.
- DORAY MARC, Le (néo) normativisme, constructivisme inachevé, *Les Annales de droit*, n° 8, 2014.
- DUMORTIER THOMAS, L'intérêt de l'enfant: les ambivalences d'une notion «protectrice», *Revue des droits de l'Homme* n° 3/2013.

- DUNAND JEAN-PHILIPPE/GRAA NUMA, Les fondements historiques européens du Code civil suisse, *Quid Iuris?* Genève, Zurich, Bâle 2023.
- DUPONT ANNE-SYLVE, Quelques réflexions à propos des jugements de valeur en droit des assurances sociales, *HAVE*, 2021, p. 25–50.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété? *Pratique juridique actuelle*, vol. 22, n° 6, 2013, p. 837–864.
- GAY CLÉMENCE, L'établissement de la filiation à l'égard du second parent de *lege lata* et de *lege ferenda*, Berne, 2023.
- GARAPON ANTOINE, Les enjeux de la justice prédictive, *La semaine juridique*, Edition générale, 9 janvier 2017.
- HAUSHEER Heinz/JAUN MANUEL, *Die Einleitungsartikel des ZGB*, Berne 2003.
- HECK PHILIPP, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, du reprint édité par R. Dubischar, *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Bad Homburg von der Höhe, Verlag Gehen, 1968.
- KELSEN HANS, *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, Neuchâtel, éd. La Baconnière, 2^{ème} éd., revue et mise à jour, 1988.
- LEBEN CHARLES, L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique, *Droits*, n° 54, 2011, p. 55.
- LEGLER ARIANE, La constatation de l'atteinte à la personnalité dans un média en ligne (2/2): les personnes de l'histoire contemporaine, *«LawInside.ch»*, 4 juin 2021.
- MANAI DOMINIQUE, *Le juge entre la loi et l'équité, Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Collection juridique romande, Lausanne, 1985.
- MARTENET VINCENT, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, *RDS/ZSR* 2011 I, p. 243–285.
- MEIER PHILIPPE, Résumé de jurisprudence filiation et protection de l'adulte (janvier à avril 2022), *RMA* 2022, p. 177–199.
- MEIER PHILIPPE/HÄBERLI THOMAS, Résumé de jurisprudence filiation et protection de l'adulte (septembre à décembre 2019), *RMA* 2020, p. 28–50.
- MENECEUR YANNICK/BARBARO CLEMENTINA, Intelligence artificielle et mémoire de la justice: le grand malentendu, *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2019/2, p. 277–289.

- MIGNON VINCENT, *Le droit privé suisse à l'épreuve du droit communautaire, Analyse méthodologique comparée des droits français, allemand et suisse*, Berne, 2010.
- MONTAVON PASCAL/BALLENEGGER CÉDRIC/REICHLIN JEREMY/DAPPLES ASTRID/MAILLARD MATHILDE/MONTAVON MICHAEL, *Abrégé de droit civil*, art. 1^{er} à 640 CC/LPart/LPD/LN, 4e éd., Zurich, 2020.
- PAPAUX MARIE-LAURE, *Au nom de la personnalité de l'enfant: facettes choisies*, in: *Facettes du droit de la personnalité: Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manaï*, Genève, Zurich, 2015, p. 97–140.
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, *L'influence de la CEDH en droit civil: aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille*, ZSR/RDS Band 141 II (2022), p. 155–274.
- PERELMAN CHAÏM, *Le raisonnement juridique*, *Les études philosophiques*, n° 2, 1965, p. 140.
- PIOTET DENIS, *Droit à l'information et violation des droits de la personnalité à l'exemple de la filiation biologique*, *Le droit à la connaissance de ses origines*, 2006.
- PRADERVAND-KERNEN MARYSE/SCHROETER MARGAUX, *Le pouvoir d'appréciation du juge en relation avec la libération judiciaire des servitudes*, in «*Le juge apprécie*», *Mélanges en l'honneur de Benedict Foëx*, 2023, p. 213–239.
- PRIOR AXELLE, *Les critères d'attribution de la jouissance du logement conjugal; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_829/2016*, «*Droitmatrimonial.ch*», Newsletter avril 2017.
- SAUVÉ JEAN-MARC, *La justice prédictive*, *Actes du colloque organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire*, Dalloz, 2018.
- SPIESS MARIE-HÉLÈNE, *Le droit aux relations personnelles du parent social suite à la dissolution du partenariat enregistré (art. 27 al. 2 LPart cum art. 274a CC)*, «*LawInside.ch*», 8 mai 2021.
- STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels*, Tome II, 5^{ème} éd., Berne, 2020.
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^{ème} éd., Berne, 2007.
- VAERINI MICAELA, *Les droits de la personnalité des personnes âgées en établissement*, RMA 2014, p. 207–239.