



Chapitre de livre

2002

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le juge comme arbitre de l'intérêt public

Tanquerel, Thierry

How to cite

TANQUEREL, Thierry. Le juge comme arbitre de l'intérêt public. In: Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin. Kellerhals, Jean, Manaï, Dominique et Roth, Robert (Ed.). Genève : Helbing & Lichtenhahn, 2002. p. 221–233. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:16555>

Le juge comme arbitre de l'intérêt public

Thierry TANQUEREL

I. Introduction

Dans l'imagerie populaire, la représentation la plus spontanée du juge est certainement celle, un peu intimidante, du magistrat pénal qui traque le délinquant ou le condamne. La figure du juge civil, qui règle affaires familiales ou litiges commerciaux, certes moins médiatique, vient également aisément à l'esprit de tout un chacun. A côté de ces images classiques, qui correspondent bien au rôle du juge dans l'Etat libéral, s'est aussi imposée, avec l'émergence d'un Etat de plus en plus interventionniste, celle du juge protecteur des droits du citoyen face à l'autorité.

Mais l'évolution du rôle de l'Etat, devenu «propulsif»¹, par la mise sur pied de vastes programmes finalisés, a changé profondément la structure d'un droit aujourd'hui qualifié de post-moderne² ou néo-moderne³. Dans ce contexte, on a pu constater une extension du modèle juridictionnel, à travers lequel le juge intervient dans un champ social de plus en plus étendu⁴.

Ainsi, aux tâches traditionnelles du juge, soit de statuer sur les manquements individuels à la loi, de trancher des différends entre particuliers et de protéger les individus contre l'arbitraire étatique, s'est ajoutée celle – plus vaste, mais plus vague aussi – de contrôler, de manière générale, la conformité au droit de l'activité de l'administration.

¹ Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999; le même (éd.), *L'Etat propulsif*, Paris 1991.

² François OST, «Jupiter, Hercule, Hermes: trois modèles du juge», in: P. BOURETZ (éd.), *La force du droit*, Paris 1991, pp. 241 ss.

³ MORAND, *Droit néo-moderne* (n. 1).

⁴ Antoine GARAPON, «La question du juge», *Pouvoirs* no 74, 1995, pp. 13 ss, p. 16.

Cette nouvelle activité incombe naturellement aux juges chargés du contentieux de droit public, qu'il s'agisse de juges constitutionnels ou administratifs spécialisés ou des juges ordinaires, dans les pays, comme les Etats-Unis, qui connaissent une unité de juridiction à cet égard. Ces juges ne sont alors plus seulement amenés à comparer l'intérêt public invoqué à l'appui d'une intervention étatique et l'intérêt privé qu'un particulier contestataire allègue pour affirmer son droit de ne pas subir cette intervention. De plus en plus, le juge du contentieux de droit public est invité à peser, aux côtés de divers intérêts privés, plusieurs intérêts publics. La protection de chacun de ces intérêts publics pouvant conduire à des solutions différentes, il appartient au juge d'arbitrer entre ceux-ci. L'image du juge «sévère mais juste» s'estompe alors au profit de celle de l'ingénieur social, appelé, le cas échéant, à réparer les ratés du processus proprement politique.

La présente contribution ne se propose pas d'aborder, au niveau de la philosophie du droit, les reconstructions que d'autres ont brillamment échafaudées pour expliquer le changement de paradigme qui caractérise le droit des politiques publiques⁵. Plus modestement, elle vise à rappeler comment le juge a été institué arbitre de l'intérêt public, puis à discuter brièvement quelques difficultés inhérentes à cette nouvelle tâche, avant de conclure sur son utilité sociale.

II. L'institution du juge comme arbitre de l'intérêt public

1. *Les modifications de la structure du droit*

Les politiques publiques mises en œuvre par l'Etat directeur, ou «propulsif», s'inscrivent dans un espace et un contexte social concrets, ainsi que dans une durée déterminée. Elles exigent la prise de mesures adaptées à un ensemble de circonstances changeantes, dont la composition est toujours unique à un moment et en un lieu donnés. Les normes conditionnelles, qui s'appliquent au moyen du syllogisme juridique, sont peu adaptées à ce type d'interventions étatiques. En lieu et place, le droit des politiques publiques pose plutôt des principes directeurs, susceptibles d'être mis en œuvre, et au besoin conciliés,

⁵ Voir à ce sujet MORAND, *Droit néo-moderne* (n. 1) pp. 194 ss et la nombreuse littérature citée par cet auteur. Voir aussi, notamment, Gérard TMSIT, *Gouverner ou juger – Blasons de la légalité*, Paris 1995.

dans des situations concrètes⁶. Dès lors, la détermination de l'intérêt public gouvernant la prise d'une décision dans un cas concret n'est plus opérée une fois pour toutes par le législateur, mais nécessite une constante adaptation, en fonction des différences de situation dans le temps et dans l'espace. Cette adaptation revient à l'administration et, si un contrôle de l'activité de celle-ci est demandé, au juge.

Par ailleurs, l'ambition de l'activité étatique implique inévitablement, à l'occasion d'une prise de décision concrète, un éclatement et une diversification non seulement des intérêts privés, mais encore des intérêts publics qui doivent être pris en considération. Ces derniers sont parfois énoncés dans les dispositions programmes d'une loi particulière: ainsi les articles 1 et 3 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT)⁷ énumèrent-ils une vingtaine d'objectifs et de principes, qui sont autant de définitions d'intérêts considérés comme publics par la loi. Mais ils peuvent aussi résulter de législations différentes, adoptées à des époques et dans des contextes variés, qui doivent néanmoins toutes être appliquées à la décision en cause: une loi sur la promotion du logement social pourra ainsi entrer en concurrence avec des dispositions sur la protection de la nature et du patrimoine architectural ou encore des règles sur la préservation des terres cultivables. D'ailleurs, lorsque la réalisation d'un projet concret est soumise à diverses législations, le Tribunal fédéral exige que l'administration, puis l'autorité judiciaire de contrôle, opèrent une pesée globale de tous les intérêts pertinents, le cas échéant en assurant une coordination matérielle et formelle des diverses décisions qui doivent intervenir⁸. Cette exigence découle aussi, aujourd'hui, de l'article 25a alinéa 2 lettre d et alinéa 3 LAT, ainsi que de l'article 3 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000 (OAT)⁹.

Si le constituant et le législateur, à qui il revient traditionnellement de déterminer l'intérêt public, ne peuvent plus le définir une fois pour toutes ni le caractériser de façon homogène, ils ne peuvent non plus, à quelques exceptions près, hiérarchiser à l'avance ses diverses facettes. La Constitution fédérale, suite à une initiative populaire, accorde une protection absolue aux

⁶ MORAND, *Droit néo-moderne* (n. 1), pp. 78 ss, 83 ss, 122, 189 ss. Le phénomène ne touche d'ailleurs pas exclusivement le droit public, voir, par exemple, Dominique MANAI, «La fin des règles fixes en droit civil», in A. AUER, J.-D. DELLEY, M. HOTTELIER et G. MALINVERNI (éd.), *Aux confins du droit - Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich, 2001, pp. 93 ss.

⁷ RS 700.

⁸ Parmi de très nombreux arrêts du Tribunal fédéral, voir p. ex. ATF 125/1999 II 18; 119/1993 Ib 174, 178.

⁹ RS 700.1; voir Arnold MARTI, *Commentaire LAT*, art. 25a, N. 23, 35, 39.

marais d'intérêt national¹⁰. Une telle manière de faire, qui résulte d'ailleurs d'une conjoncture politique particulière, est envisageable, comme dans l'exemple cité, pour un objet d'une importance matérielle limitée, avec au demeurant la souplesse introduite par la notion juridique indéterminée de «l'intérêt national». Mais on voit bien qu'il ne serait pas tenable d'inscrire dans la Constitution ou la loi une primauté absolue de la protection de la nature sur la défense de l'emploi, ni le contraire d'ailleurs. L'agencement, et donc la hiérarchie et la conciliation si elle est possible, des intérêts à prendre en considération pour une action étatique particulière ne représentent donc plus une donnée existant *a priori* pour prédéterminer cette action, mais sont le résultat du processus de décision lui-même¹¹.

Tant que la détermination de l'intérêt public, donc l'arbitrage entre les différents éléments susceptibles de le composer, pouvait se faire dans la procédure législative, l'intervention du juge était limitée au contrôle de constitutionnalité, pour autant que l'ordre juridique national le prévoie¹². Dans ce rôle, le juge examine l'intérêt public avant tout au titre de la justification d'une restriction à une liberté individuelle. En revanche, du moment où la pesée des intérêts, y compris publics, déterminants pour l'application du droit, se déplace dans la sphère administrative, le juge appelé à contrôler l'activité de l'Etat est immanquablement amené à vérifier si l'arbitrage opéré par l'autorité est conforme au droit et, si tel n'est pas le cas, à y substituer le sien ou, au moins, à fixer les modalités d'un arbitrage régulier.

2. *Quel intérêt public?*

Le principe de l'intérêt public conditionne l'activité de l'Etat: que celle-ci revienne à une restriction de la liberté des particuliers ou qu'elle consiste en une prestation étatique, il faut qu'elle soit accomplie dans un but d'intérêt public¹³. Cette caractérisation fonctionnelle de l'intérêt public ne définit cependant pas la notion, qui est hautement indéterminée¹⁴.

¹⁰ Art. 78 al. 5 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.) (art. 24 sexies al. 5 de la Constitution fédérale de 1874), ATF 117/1991 Ib 243, 247.

¹¹ Pierre MOOR, «Intérêts publics et intérêts privés», in: C.-A. MORAND (éd.) *La pesée globale des intérêts*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, pp. 19-20; dans le même sens, Massimo STIPO, «L'interesse pubblico: un mito sfatato?», in: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milan 1988, pp. 914-915.

¹² Tel n'est le cas en Suisse, on le sait, que d'une manière limitée, en vertu de l'obligation d'application des lois fédérales résultant de l'art. 191 Cst.

¹³ Ulrich HÄFELIN et Georg MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3^e éd., Zurich, 1998, p. 111; Isabelle HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zurich 2000, p. 93.

Au demeurant, à la lecture de la doctrine, on peut se demander si la recherche d'une telle définition n'est pas une mission impossible¹⁵, l'intérêt public n'étant peut-être qu'un mythe en ruines¹⁶.

A notre sens, l'impasse se présente très vite si l'on cherche à définir un intérêt public en soi, en particulier par opposition à un intérêt privé. En effet, la diversité des finalités que poursuit l'Etat ne permet plus, si cela a été un jour possible, de dégager une notion unifiée de l'intérêt public. Il faut, au contraire, admettre soit que l'intérêt public, au singulier, n'est que le résultat, à un moment et dans un lieu donnés, d'un processus d'agrégation et de conciliation de différents objectifs qui peuvent être contradictoires, soit qu'il existe divers intérêts publics correspondant à ces objectifs. Ces finalités sectorielles ne possèdent pas le caractère de généralité de celles que l'Etat libéral place sous l'étiquette de l'ordre public. Les intérêts poursuivis sont suffisamment importants et collectifs pour que l'Etat en assume la protection, mais ils concernent plus particulièrement certains secteurs de la société. En ce sens, on a pu parler d'une privatisation de l'intérêt public¹⁷. D'un autre côté, la défense de certains intérêts particuliers peut présenter des avantages sociaux justifiant le soutien de l'Etat. On a évoqué à cet égard une publicisation des intérêts privés¹⁸. Au surplus, l'application de la distinction entre intérêt public et intérêt privé à des situations concrètes s'avère problématique¹⁹. Un exemple tiré de la jurisprudence du Tribunal fédéral illustre cette difficulté. Dans une affaire concernant des autorisations de vols de nuit, le Tribunal fédéral a expressément qualifiée d'intérêt public la lutte contre le bruit. A cet intérêt public, il a opposé l'intérêt des compagnies aériennes et des passagers relatif aux prestations de transport, le faisant implicitement apparaître comme un intérêt privé²⁰. Or, dans de nombreux litiges portant sur la réalisation ou l'exploitation d'infrastructures de transports, on oppose plutôt l'intérêt public au développement des transports à l'intérêt privé des riverains à conserver une certaine tranquillité.

¹⁴ HÄFELIN/MÜLLER, *Grundriss* (n. 13) p. 111.

¹⁵ Pierre MOOR, «Définir l'intérêt public: une mission impossible?» in: J. RUEGG, S. DECOUTÈRE et N. METTAN (éd.), *Le partenariat public-privé*, Lausanne 1994, pp. 217-235.

¹⁶ STIPO, *Interesse* (n. 11).

¹⁷ MOOR, *Intérêts* (n. 11) p. 27.

¹⁸ *Id.* p. 35.

¹⁹ Stefan WULLSCHLEGEL, «Interessen Abwägung im Umweltrecht», *URP/DEP* 1995, pp. 78-79. Voir aussi HÄNER, *Beteiligten* (n. 13), p. 95.

²⁰ ATF 118/1992 Ib 530, 534.

Aux phénomènes d'éclatement de l'intérêt public et de déplacement de sa définition de la phase parlementaire d'élaboration du droit à la phase administrative de mise en œuvre (et de poursuite de l'élaboration) de ce droit, a correspondu un abandon du monopole des instances étatiques en ce qui concerne la représentation de l'intérêt public dans la phase administrative: des particuliers et des organisations se sont vu reconnaître le droit d'intervenir dans des procédures administratives non contentieuses ou de saisir des tribunaux pour défendre l'intérêt public²¹.

Le pluralisme qui en est résulté est parfois présenté comme un pluralisme d'intérêts, sans qu'aucune distinction ne soit plus faite entre intérêts privés, qui peuvent être diffus et collectifs, et intérêts publics²². Cette conception se manifeste clairement dans les travaux sur le contentieux d'intérêt public (*public interest litigation*) aux Etats-Unis²³.

Nous avons, pour notre part, défendu le point de vue qu'il était utile de conserver une distinction entre le pluralisme d'intérêts et le pluralisme idéologique. Dans ce dernier cas, les acteurs ne défendent pas un intérêt particulier, mais un point de vue sur ce que doit être l'action de l'Etat dans l'intérêt de la communauté, donc une certaine vision de l'intérêt public²⁴. En effet, quand bien même intérêts publics et privés se recoupent dans de nombreux cas, il reste que l'action de l'Etat, sous peine d'instaurer le clientélisme en système, doit poursuivre l'intérêt public. Dans cette perspective, les intérêts qui peuvent être qualifiés de publics sont ceux qui présentent une importance collective suffisante pour que l'Etat puisse légitimement se charger de leur protection, voire de leur promotion. Malgré sa souplesse, cette définition ne recouvre pas l'ensemble des intérêts susceptibles d'être défendus dans le processus décisionnaire et, par conséquent, susceptibles de faire l'objet de la pesée globale prescrite par le Tribunal fédéral: l'intérêt public au développement économique d'une station de ski ne se confond pas avec l'intérêt d'un promoteur particulier à réaliser le bénéfice immobilier le plus large possible, même si la prise en considération de ces deux intérêts peut amener à la même solution.

²¹ HÄNE, *Beteiligten* (n. 13) p. 404 ss.

²² Dans ce sens, semble-t-il, MORAND, *Droit néo-moderne* (n. 1), p. 146.

²³ David ROBINSON et John DUNKLEY, *Public Interest Perspectives in Environmental Law*, Londres 1995.

²⁴ Thierry TANQUEREL, *Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, pp. 208-209.

3. La saisine du juge

Pour que le juge soit amené à devoir arbitrer entre les différents intérêts publics qui doivent être pris en compte dans un processus de décision étatique, encore faut-il qu'il puisse être saisi de l'affaire.

A cet égard, un premier développement s'est manifesté par l'extension de l'accès aux tribunaux des administrés; ce qu'en Suisse on appelle la protection juridique (*Rechtsschutz*). En principe, la protection juridique est destinée à garantir les droits et intérêts des particuliers²⁵. C'est dans cette perspective qu'elle a été étendue, y compris en matière de droit public, sous l'influence des art. 6 et 13 CEDH relatifs respectivement au droit à un tribunal indépendant et impartial et au droit à un recours national effectif.

Cela étant, une fois l'instauration d'un contrôle juridictionnel acquise, la voie a pu être ouverte à l'invocation devant la juridiction d'arguments ne portant pas exclusivement sur la protection des intérêts du recourant. Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet-elle que dès qu'un administré a la qualité pour agir – à savoir, très sommairement résumé, qu'il est touché directement, plus que quiconque, dans un intérêt de fait ou juridique digne de protection – il peut invoquer la violation de normes qui n'ont pas pour but de le protéger²⁶. En d'autres termes, il peut invoquer des arguments portant exclusivement sur l'intérêt public de l'objet du litige.

Dans le cas qui vient d'être évoqué, la défense de l'intérêt public est aléatoire, puisqu'elle repose sur l'existence d'un particulier apte et disposé à l'invoquer. La représentation de l'intérêt public constitue en revanche le fondement même des droits de recours accordés à des autorités, par exemple, le droit de recours des offices fédéraux compétents contre des décisions cantonales en matière d'aménagement du territoire ou de protection de l'environnement²⁷. Elle est également la justification de la qualité pour agir reconnue à des associations défendant, par pur idéal, des buts d'intérêt public. En Suisse, une telle qualité pour agir est reconnue, notamment, en matière de protection de la nature et de l'environnement²⁸, en vertu des articles 12 de la loi

²⁵ Cf. Alfred KÖLZ et Isabelle HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e éd., Zurich, 1998, pp. 42 ss.

²⁶ Voir notamment, dans une jurisprudence constante, ATF 126 II 258, 259.

²⁷ KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren* (n. 25), pp. 208 ss; plus généralement, sur la question de la représentation de l'intérêt public par les collectivités publiques et les autorités en qualité de parties, cf. HÄNER, *Beteiligten* (n. 13), pp. 389 ss.

²⁸ Voir notamment HÄNER, *Beteiligten* (n. 13), pp. 481 ss, qui donne également d'autres exemples; TANQUEREL, *Voies de droit* (n. 24), pp. 64 ss.

fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1^{er} juillet 1966 (LPN)²⁹ et de l'article 55 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE)³⁰. Elle résulte, en France, de la jurisprudence relative à l'intérêt donnant qualité à agir, qui admet que l'action corporative peut être exercée pour défendre les intérêts moraux en relation avec l'objet du groupement. Cette jurisprudence a pu faire dire à un auteur qu'elle n'a pas ouvert le recours pour excès de pouvoir uniquement aux organismes qui peuvent être des gardiens de la légalité plus vigilants, plus résolus et mieux armés que de simples particuliers, mais également à tous les administrés pour défendre l'intérêt de leur choix. Il leur suffirait en effet de constituer une association et de lui assigner pour mission la sauvegarde de ce qui leur tient à cœur³¹. En matière de protection de l'environnement, le droit de recours est expressément accordé par la loi aux associations agréementées³². La jurisprudence américaine mérite ici une mention en raison de son caractère paraxodal. Elle exige en effet de toute association souhaitant agir en justice pour la défense des intérêts qu'elle s'est chargée de promouvoir, qu'elle allègue une atteinte de fait aux intérêts de ses membres. Mais comme il suffit qu'un seul membre soit touché et que l'atteinte est définie de façon très large par les tribunaux, ce détour par les intérêts particuliers des membres confine à la fiction: c'est bel et bien, en pratique, en tant qu'avocates de l'intérêt public que les associations américaines, notamment écologistes, agissent en justice³³.

On constate donc que, sur un modèle conçu, à l'origine, pour protéger les intérêts des particuliers, des mécanismes se sont greffés qui permettent de poser effectivement au juge les questions d'intérêt public laissées ouvertes par la loi.

III. Les difficultés de la tâche

1. La légitimité

Que le juge soit appelé à peser un intérêt public et à décider si celui-ci est suffisant pour justifier une mesure étatique n'est pas nouveau: cela entre dans son rôle de protection des citoyens contre l'arbitraire étatique, rôle que l'on peut qualifier aujourd'hui de traditionnel au même titre que la résolution des

²⁹ RS 451.

³⁰ RS 814.01.

³¹ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris 1995, p. 364.

³² Raymond LEOST, «L'agrément des associations de protection de l'environnement», *Revue juridique de l'environnement* 1995, pp. 275 ss.

³³ TANQUEREL, *Voies de droit* (n. 24), p. 103.

conflits privés et le jugement des criminels. Dans ce rôle, le juge peut être amené à censurer le législateur. Ce sera souvent le cas du juge constitutionnel. Cette censure n'est pas toujours acceptée sans mal et la question du «gouvernement des juges» revient régulièrement sur le tapis³⁴: là où le contrôle de constitutionnalité des lois est admis, les critiques peuvent être féroces sur des ingérences prétendument inadmissibles du juge constitutionnel dans les choix du législateur démocratique; là où il n'est que virtuel, comme au niveau fédéral en Suisse, la résistance à sa pleine introduction, nourrie de la crainte du gouvernement des juges, est encore très forte.

Cependant, en matière constitutionnelle, la légitimité de l'intervention judiciaire peut s'appuyer sur la défense des causes les plus nobles comme le respect de l'ordre démocratique et la garantie des libertés individuelles. Dans le contentieux administratif relatif à la mise en œuvre des politiques publiques, la remise en question d'actions décidées démocratiquement devient également possible, mais les causes sont plus terre à terre et la norme invoquée (la loi ou l'ordonnance) est moins prestigieuse que la Constitution. La censure par le juge de la façon dont les organes compétents élus – voire, en Suisse, le corps électoral lui-même – ont défini l'intérêt public peut provoquer une crise de légitimation importante.

C'est le lieu de rappeler la position particulière du juge du contentieux de droit public appelé à arbitrer l'intérêt public. En effet, contrairement au juge civil, il ne représente pas la première autorité étatique qui se prononce sur la contestation. Il intervient uniquement comme contrôleur de l'activité de l'administration. Cette position a une double conséquence. D'une part, le juge n'intervient pas sur un terrain vierge, mais dans une cause qui a déjà fait l'objet d'une instruction, peut-être d'un débat et, dans la règle³⁵, d'une décision. D'autre part, le juge n'est pas habilité à contrôler l'opportunité des décisions administratives, il ne peut sanctionner que la violation de la loi, qui comprend l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation. Certes, la limite du contrôle d'opportunité n'est pas toujours facile à tracer et elle devient même intenable lorsqu'une pesée globale de tous les intérêts doit intervenir³⁶. Il reste que, s'il veut préserver sa légitimité, le juge peut et doit faire preuve de retenue dans son contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité décisionnaire.

³⁴ GARAPON, Question du juge (n. 4), p. 26; TIMSIT, *Gouverner* (n. 5), p. 1.

³⁵ Il faut en effet réserver les cas où l'administré peut saisir le juge d'une contestation de l'inaction de l'administration.

³⁶ TANQUEREL, «La pesée des intérêts vue par le juge administratif», in: C.-A. MORAND (éd.), *La pesée globale des intérêts*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, p. 207.

A cela, il faut ajouter que la conception traditionnelle du juge comme défenseur des droits des particuliers envers l'Etat introduit un biais dans le contrôle de l'activité étatique en défaveur des intérêts publics ou privés diffus, par exemple en matière de protection de l'environnement, qui ne peuvent trouver de représentants individuels devant les juges³⁷. Mais la modification du contexte et des modalités d'action de l'Etat évoquée plus haut a conduit à un recentrage du rôle du juge: de frein aux activités de l'Etat, il est devenu l'acteur d'une action coordonnée des différents pouvoirs au service des grands objectifs étatiques³⁸. Dans cette mesure, il est approprié et légitime que le juge puisse être saisi non seulement de griefs portant sur les droits des particuliers, mais également de contestations relatives à la détermination de l'intérêt public.

2. *La méthode*

Pour jouer le rôle d'arbitre de l'intérêt public qui lui incombe en raison de la modification de la structure du droit et de l'extension du contrôle juridictionnel évoquées plus haut, le juge ne dispose pas d'autres méthodes que celles sur lesquelles peut s'appuyer l'administration. Mais il est, on l'a vu, dans la position particulière de contrôler l'arbitrage opéré par l'administration et non de procéder lui-même *ab ovo* à cet arbitrage.

Les deux difficultés principales auxquelles le juge est confronté sont, d'une part, l'extrême hétérogénéité des intérêts à comparer et, d'autre part, le problème de l'évaluation des données techniques et scientifiques.

S'agissant de la première difficulté, il faut bien admettre qu'il n'existe pas de méthode de pondération permettant une homogénéisation d'intérêts aussi incomparables que, par exemple, la survie d'une espèce rare de poisson ou de fleur, la beauté d'un paysage ou la création d'un certain nombre d'emplois.

Le juge dispose cependant de points d'appui pour son arbitrage. Le premier est le dossier constitué par l'autorité de première instance, dont le juge vérifiera le caractère complet tant à propos des intérêts objectifs pris en considération qu'en ce qui concerne les acteurs qui auront été invités à s'exprimer. Le juge pourra aussi s'appuyer sur les orientations exprimées par le législateur. Nous avons vu que celui-ci ne pouvait plus prédéterminer avec exactitude la hiérarchie des intérêts pertinents pour une décision donnée. Il

³⁷ TANQUEREL, *Voies de droit* (n. 24), pp. 221-222.

³⁸ Ce rôle «activiste» du juge a été particulièrement mis en valeur aux Etats-Unis, cf. OWEN FISS, «The Supreme Court 1978 Term – Foreword: The Forms of Justice», 93 *Harvard Law Review*, 1979, p. 11.

peut cependant exprimer des préférences, indiquer des voies méthodologiques: prescrire par exemple l'étude de variantes ou exiger la preuve de la nécessité d'implanter une installation à un certain endroit avant de procéder à la pesée des intérêts finale³⁹.

Le juge devrait aussi pouvoir bénéficier des apports du pluralisme de la défense de l'intérêt public. Cet élément comporte deux aspects. Il faut d'une part considérer la possibilité pour divers acteurs intéressés, idéalement ou concrètement, de participer à la procédure contentieuse. Le juge bénéficiera des apports et de l'argumentation des uns et des autres. Dans cette perspective, nous avons préconisé l'importation en Europe de l'institution américaine de l'*amicus curiae*⁴⁰. Mais il faut également relever que la possession de la qualité pour agir représente pour un particulier ou pour une association à but idéal en quelque sorte le sésame qui lui ouvre la porte d'une éventuelle négociation lors la phase non contentieuse de la procédure. La menace d'un recours pousse en effet l'autorité décisionnaire à tenter d'accommoder à l'avance les exigences de ceux qui disposent de la qualité pour agir.

Le dernier point d'appui renvoie à la deuxième difficulté, puisqu'il s'agit des expertises et autres études techniques, telles que l'étude d'impact sur l'environnement. A cet égard, le juge se trouve dans une situation plus difficile que l'administration, car il ne dispose pas des compétences techniques auxquelles cette dernière peut faire appel. Les expertises qui auront été réalisées dans le cadre de la procédure administrative auront donc un poids très important, y compris dans une éventuelle phase contentieuse de la procédure⁴¹.

Compte tenu des difficultés méthodologiques de sa tâche, le juge sera tenté de concentrer son examen sur la régularité de la procédure suivie par l'autorité administrative et sur la valeur de la motivation de la décision en cause. Une telle tendance n'est pas critiquable en soi, car elle répond au souci du juge de ne pas substituer indûment son appréciation à celle de l'autorité politique. Elle peut toutefois trouver ses limites dans la production de dossiers aussi volumineux qu'incompréhensibles, susceptibles de masquer les lacunes intrinsèques de la décision⁴².

³⁹ Art. 24 let. a LAT.

⁴⁰ TANQUEREL, *Pesée* (n. 36), p. 210.

⁴¹ Sur ce point et, plus généralement sur les rapports entre juge administratif et questions technologiques, voir Alexandra GERBER et Hansjörg SEILER, «Verwaltungsrichter und Technologie», *ZfJ* 1999, pp. 289 ss, spéc. p. 298.

⁴² Ce phénomène s'est produit aux Etats-Unis suite aux exigences des tribunaux dans le traitement des données servant de base aux décisions administratives (*hard look doctrine*), cf. Martin SHAPIRO, *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, Athens (Georgia) 1988, p. 154.

Une autre porte de sortie fréquente pour le juge est de tenter un arrangement entre les parties concernées. Certaines études empiriques suggèrent que le taux de solutions négociées dans les litiges administratifs portant sur un arbitrage de l'intérêt public est particulièrement élevé⁴³. Cette façon de faire est appropriée à condition que les différents intérêts soient adéquatement représentés devant le juge. A défaut, d'importants objectifs légaux pourraient être négligés en violation de la loi.

C'est donc en dernier ressort, lorsque l'administration n'a pas correctement fait son travail et qu'il n'est pas opportun de lui renvoyer l'affaire, que le juge devra assumer pleinement la tâche d'arbitrer entre les différents aspects de l'intérêt public. Il devra le faire avec la prudence, au sens romain du terme⁴⁴, qui lui permettra de juger et non de gouverner.

3. *Le problème de la mise en œuvre de la loi*

Il convient encore de relever deux difficultés, en quelque sorte contraires, touchant à la mise en œuvre de la loi.

D'une part, la volonté de s'assurer que tous les intérêts ont été examinés de façon approfondie – qu'elle se manifeste par le respect par l'autorité de première instance des exigences jurisprudentielles ou par la conduite d'investigations poussées par le juge – peut avoir pour effet de prolonger la durée des procédures de façon exagérée. Il se peut certes que cette durée apparaisse comme un prix acceptable à payer pour obtenir des décisions mieux fondées et pour éviter les risques, parfois effrayants, comme le montre l'affaire du sang contaminé en France, d'actions erronées de l'Etat. Mais l'effectivité des politiques publiques exige aussi parfois des décisions rapides, l'affaire que nous venons d'évoquer en fournissant un exemple tout à fait frappant. Le juge doit donc appliquer le principe de proportionnalité non seulement dans l'examen matériel des causes qui lui sont soumises, mais aussi dans la conduite de sa propre procédure et dans les contraintes procédurales qu'il impose à l'administration.

D'autre part, la préservation d'intérêts publics importants peut être mise en cause non seulement en raison d'une action déterminée de l'Etat, susceptible d'être portée devant le juge, mais également en raison d'une abstention, par hypothèse non conforme au droit, de l'administration. Or, les mo-

⁴³ Alexandre FLÜCKIGER, Charles-Albert MORAND et Thierry TANQUEREL, «Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement», *Cahiers de l'Environnement* n° 314, Berne 2000; TANQUEREL, *Voies de droit* (n. 24), pp. 179 et 187.

⁴⁴ Dans l'esprit de la «transdiction» exposée par TIMSIT, *Gouverner* (n. 5), pp. 45 ss.

des traditionnels de saisine de la justice sont mal adaptés à cette situation. Encore plus lacunaires à cet égard sont les remèdes que la justice peut offrir aux administrés confrontés à la passivité de l'autorité compétente. Il y a là sans doute un champ d'exploration encore fécond pour la réflexion juridique et administrative⁴⁵.

IV. Conclusion

L'indétermination prononcée du droit contemporain des politiques publiques, combinée avec l'extension du contrôle juridictionnel de l'activité de l'Etat, a conféré au juge, dans un nombre croissant de cas, un rôle d'arbitre de l'intérêt public. Dans ce rôle, le juge a perdu de son aura intimidante, mais a sans doute gagné en efficacité sociale. Confronté à la pesée d'intérêts incomparables entre eux et bridé par le devoir de rester à sa place de juge, qui n'est pas celle d'un gouvernant, il se consacre plus à contrôler les processus de décision non contentieux, voire à concilier des intérêts divergents, qu'à trancher dans le vif. Et même lorsqu'il s'y résout, il faut noter que la force de chose jugée de sa décision est toute relative. Si les circonstances changent, l'action de l'Etat devra bien s'adapter. Le juge n'a pas pu dire autre chose que la conformité ou la non-conformité au droit d'une certaine action à un moment et dans des circonstances données.

L'extension du pouvoir du juge n'est pas pour autant illusoire. S'il n'est plus Jupiter, ni Hercule, il joue bien son rôle d'Hermès, pour reprendre la métaphore de François Ost⁴⁶. En favorisant, par le seul fait qu'il peut être saisi, la transparence et l'ouverture du processus de décision, en forçant la prise en considération de tous les intérêts pertinents, il joue son rôle aussi bien dans la protection des administrés que dans la mise en œuvre des politiques publiques voulues par le législateur.

⁴⁵ Voir à ce sujet les approches d'Alexandre FLÜCKIGER, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration*, Berne 1998, et Isabelle ROMY, *Mise en œuvre de la protection de l'environnement – Des citoyens suisses au solutions suisses*, Fribourg 1997. Voir aussi TANQUEREL, *Voies de droit* (n. 24) pp. 229-230.

⁴⁶ OST, Jupiter (n. 2).