

L'emprise des droits subjectifs sur le droit privé et le droit public

Une différence historique éclairante pour la compréhension des mécanismes juridiques actuels

WILLIAM BARBEY*

MOTS CLEFS	droits subjectifs – contentieux subjectifs et objectifs – théorie juridique – histoire du droit – droit privé et droit public
RÉSUMÉ	La figure des droits subjectifs est omniprésente dans les ordres juridiques de tradition romano-germanique. Pourtant, son importance est fort différente en droit privé et en droit public. Il s'agit dans la présente contribution d'en esquisser les raisons historiques et de rappeler les effets des codifications, avant d'analyser et de montrer la relativité des concepts et de leur place dans le droit suisse actuel. Par là sera remise en exergue la véritable fonction des droits subjectifs, les limites de la dogmatique, mais aussi la distinction « organique » entre le droit privé et le droit public.
ZUSAMMENFASSUNG	Die Figur der subjektiven Rechte ist in den Rechtsordnungen der romanisch-germanischen Tradition omnipräsent. Jedoch ist ihre Bedeutung im Privatrecht und im öffentlichen Recht sehr unterschiedlich. In diesem Beitrag geht es darum, die historischen Gründe dafür zu skizzieren und die Auswirkungen der Kodifikationen in Erinnerung zu rufen, bevor die Relativität der Begriffe und ihres Stellenwerts im heutigen Schweizer Recht analysiert und aufgezeigt wird. Dadurch wird die wahre Funktion der subjektiven Rechte, die Grenzen der Dogmatik, aber auch die «organische» Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht wieder hervorgehoben.
SUMMARY	The concept of subjective rights is omnipresent in the legal orders of the Romano-Germanic tradition. However, its importance is quite different between private and public law. The present contribution will outline the historical reasons for this and recall the effects of the European codifications, before analysing and showing the relativity of the concepts and their place in current Swiss law. This is also a way to highlight the true function of subjective rights, the limits of dogma, but also to underline the 'organic' distinction between private and public law.

I. Introduction

« *Omne autem ius quo utimur uel ad personas pertinet, uel ad res, uel ad actiones*¹. » Cette célèbre phrase tirée

des Institutes de GAIUS illustre parfaitement la conception qu'avaient les jurisconsultes romains de leur droit. Le droit romain s'attache à décrire l'environnement qu'il entend régler, soit « *les acteurs, les choses et les actions*² ». L'approche est ainsi objective, dans la mesure où aucune emphase particulière n'est mise sur l'individu, sa position juridique ou la perception qu'il peut avoir sur le monde. En conséquence, la situation juridique des sujets de droit ne se dégage des normes pour ainsi dire que par effet réflexe.

* WILLIAM BARBEY, LL.M. (Genève), doctorant à l'École de droit de l'Université de Lausanne.

Cette contribution est une version largement remaniée et augmentée d'une présentation donnée lors du séminaire annuel de l'École doctorale en droit de la Conférence universitaire de Suisse occidentale (CUSO) du 29 au 30 octobre 2020. L'auteur tient à sincèrement remercier le Prof. FRÉDÉRIC BERNARD de l'Université de Genève pour sa relecture attentive du manuscrit original et les précieux conseils qu'il lui a prodigués, ainsi que les relecteurs en *double blind peer review* de la présente revue pour leur travail indispensable.

¹ GAIUS, Inst. 1, 8. Cette formule énonce le plan de son ouvrage – lequel fut repris par l'Empereur Justinien dans ses propres Institutes.

² Cf. JOHANNES BUCHHEIM, *Actio, Anspruch, subjektives Recht. Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts*, Tübingen 2017, 31 ss ; ANNE-MARIE PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris 1989, 141 s.

Or, et bien que les principes exposés par le droit romain soient très largement devenus les nôtres, la compréhension moderne du droit n'est plus celle que nous venons de trop cursivement évoquer. Le droit privé suisse – de même que celui des différents États de tradition romano-germanique – ne se conçoit que par le prisme des droits subjectifs. Ainsi, les codes modernes se structurent-ils autour de l'individu – personne physique ou morale – et réglementent-ils son existence, sa protection, sa famille, sa succession, ses biens, ses relations avec les autres individus, etc.³. Tout cela sous l'égide du principe cardinal du respect de l'autonomie de la volonté individuelle. Les actions, c'est-à-dire la procédure, ne sont plus que la mise en application *in concreto* du droit matériel édicté par les codes et se retrouvent en conséquence reléguées dans des lois accessoires (« adjectives » selon BENTHAM). La vocation du droit privé ne consiste donc qu'à répondre au seul souci de l'individu et de ses relations avec les autres sujets de droit.

Entre le droit romain et notre droit privé actuel, il s'est donc produit un changement fondamental de conception. Un processus de *subjectivisation*, dont les prémices remontent à la fin du Moyen Âge et qui trouve son fondement dans les philosophies humanistes, transcende effectivement l'ensemble du droit privé positif grâce au processus de codifications de la fin du XVIII^e siècle et du début du XIX^e siècle.

Au contraire, un tel phénomène général ne s'observe pas dans le domaine du droit administratif⁴. Alors que la distinction entre droits public et privé s'établit matériellement tout au long de la fin de l'Ancien Régime et formellement par l'édiction de codes se rapportant à cette dernière matière, l'on en reste à l'approche objective pour le reste – faute d'une opportunité historique et politique propice à « repenser » pleinement ce pan du droit. Ainsi, en droit administratif, la relation entre l'individu et l'État n'est pas le souci premier des normes. Il s'agit à l'inverse d'assurer l'intérêt général de la société caractérisée dans les diverses finalités attribuées à l'État. Dans ce cadre, l'individu n'a plus qu'un rôle fondamentalement passif – celui de simple *administré*. L'utilité des droits subjectifs – et donc de la volonté individuelle – n'apparaît pas comme une évidence dans la mesure où le bien commun, doublé du principe de

la légalité, subordonne l'ensemble du droit public et détermine le rôle des différents acteurs.

Nous pourrions ainsi résumer : au droit privé les droits subjectifs et au droit administratif un droit purement objectif. Pourtant, cette distinction – que nous qualifions « d'organique » puisqu'elle touche à la structure et à la conception même des normes – n'est pas convoquée lorsqu'il s'agit de départager le champ du droit privé de celui du droit public. En effet, les outils usuels – efficaces et bien connus de chacun⁵ – qui permettent de déterminer l'appartenance d'une norme à un domaine ou à un autre s'attachent aux caractéristiques « sociales » de la norme étudiées : ses buts, les personnes mises en cause, les relations de ces dernières, etc.

Sommes-nous ainsi novateur d'une nouvelle distinction entre le droit privé et le droit public ? Évidemment, il n'en est rien. D'abord, cette clef de répartition a été révélée, il y a bien longtemps déjà puisqu'elle se trouvait au cœur de la fameuse théorie du fisc⁶ – toujours systématiquement évoquée en *obiter dictum* aux côtés des outils usuels, mais délaissée pour le surplus⁷. Ensuite, le droit privé et le droit public ont subi de telles transformations depuis les codifications que l'attribution des droits subjectifs au seul domaine du droit privé ne correspond plus à la réalité du droit.

Néanmoins, la mise en lumière de la place fondamentalement différente qu'occupent les droits subjectifs dans le droit privé et le droit public permet de dégager des réflexions intéressantes quant aux mécanismes juridiques applicables, en particulier en matière procédurale. Voilà l'objet de la présente contribution.

Notre propos consiste donc à jeter un regard sur l'évolution de l'emprise des droits subjectifs en droit privé et en droit public, dans les ordres juridiques romano-germaniques en général d'abord, puis dans le cadre particulier du droit suisse, pour mieux comprendre leur place actuelle. Nous commencerons par quelques considérations terminologiques (II) qui sont au centre de nombre de dé-

³ Voir la structure du Code Napoléon, du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand ou encore du Code civil suisse.

⁴ PHILIPPE RAIMBAULT, Quelle signification pour le mouvement de subjectivation du droit public ?, in : Carlos Miguel Herrera / Stéphane Pinon (dir.), *La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, Paris 2012, 97-114, 98.

⁵ Savoir, les critères de l'intérêt public ou de la subordination, ainsi que les théories de la sanction ou de la fonction. Cf., par exemple, PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Bâle 2009 (Traité de droit privé suisse II/1), N 49 ss.

⁶ PIERRE MOOR, À propos de la répartition du contentieux administratif entre le conseil d'État et le juge civil. Contentieux objectif et subjectif, *JdT* 1986 III 315 (cité : Contentieux), 4 s. ; PIERRE MOOR / ALEXANDRE FLÜCKIGER / VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. I : Les fondements généraux, 3^e éd., Berne 2012, 95 s.

⁷ Cf., pour deux exemples, ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/St. Gall 2020, N 222 ; JACQUES DUBÉY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, N 198.

bats sur les droits subjectifs. Cela fait, nous exposerons les structures classiques – c'est-à-dire celles au moment des codifications européennes (soit *grosso modo* de la fin du XVIII^e siècle et à la fin du XIX^e siècle) – du droit privé (III) et du droit public (IV) tout en analysant les conséquences respectives. Ce cadre historique établi, nous montrerons les évolutions qui ont eu lieu depuis lors et leurs implications actuelles (V), ce qui formera le véritable cœur de notre propos.

II. Une première problématique de définition des droits subjectifs

Tout objet de recherche mérite d'être explicité ; il s'agit là de la première étape du raisonnement. Les termes de la recherche se doivent d'être aussi solides que possible en prenant en compte les diverses opinions qui se rencontrent dans la doctrine. Dans les domaines les plus délicats, à défaut de pouvoir asseoir un concept de façon suffisamment solide, le chercheur est réduit à établir une simple définition de travail.

La définition que nous pouvons espérer donner aux droits subjectifs dans la présente contribution s'arrêtera malheureusement (mais logiquement) à cela⁸. Il faut bien reconnaître que le domaine est surabondamment controversé depuis la seconde moitié du XIX^e siècle et fait l'objet d'une littérature très importante ; les positions sont de la sorte aussi nombreuses qu'irréconciliables⁹. Il en découle que les droits subjectifs correspondent à une notion à plusieurs visages, fonction des époques, des lieux et de la science (juridique ou philosophique) qui encadre leur étude. En conséquence, à trop vouloir en dire, nous risquerions de nous y perdre.

Il nous faut donc nous éloigner quelque peu de la dogmatique pour trouver une assise plus solide (du moins en apparence) dans une notion réduite à sa portion congrue, mais compatible avec le droit positif suisse¹⁰.

Fondamentalement, le droit subjectif est conçu comme une faculté propre de l'être humain : une liberté qui lui appartient¹¹. La notion de prérogative (*Befugnis*) forme le cœur de la notion¹². Elle fait écho à la volonté libre et individuelle de son titulaire¹³. La notion a sans doute été explicitée pour la première fois par HUGUES DONEAU au XVI^e siècle, lequel utilise la formule « *Jus (est) facultas vivendi et faciendi quae velis*¹⁴. »

Le droit subjectif, qui suppose par définition l'existence d'un sujet de droit, offre ainsi à ce dernier la capacité d'exclure les autres sujets de son espace de liberté (*Ausschlussbefugnis*)¹⁵. C'est donc bien la situation juridique des individus qui est la première préoccupation des droits subjectifs, nonobstant l'objet même de la faculté dont il dispose¹⁶.

Par commodité d'explication, la notion de droits subjectifs (*Recht im subjektiven Sinne*) s'oppose classiquement à celle de droit objectif (*Recht im objektiven Sinne*)¹⁷. Le droit objectif est de définition relativement aisée. Il s'agit des normes, règles de droit, qui considérées dans leur ensemble forment un ordre juridique¹⁸. Ces textes sont édictés par une autorité dont il en revient la charge et selon

⁸ JEAN DABIN, *Le droit subjectif*, Paris 2008 (texte de 1952), 4.

⁹ Depuis le XIX^e siècle au moins, les droits subjectifs sont un sujet de débat permanent et sont étudiés par des auteurs aussi hétéroclites que (dans le désordre) VON SAVIGNY, VON JHERING, KELSEN, VON GIERKE, JELLINEK, DUGUIT, DABIN, ROUBIER, VILLEY, BUCHER, IONESCU, TIERNEY, MOOR, etc.

¹⁰ Ces considérations n'échappent d'ailleurs pas aux législateurs qui préfèrent y substituer des termes plus « techniques » comme celui « d'intérêts juridiquement protégés » en droit administratif suisse. Cf. PIERRE MOOR, « Droit subjectif » et « sujet de droit » dans une théorie du droit comme processus, in : Nicole Belloubet-Frier *et al.* (édit.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles 2004, 141-167 (cité : *Théorie*), 141.

¹¹ MOOR, *Théorie* (n. 10), 142 ss.

¹² OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenecht*, Leipzig 1895, 255.

¹³ Quoique de différentes manières, le critère de la volonté joue un rôle crucial dans la théorie des droits subjectifs développée par les importants auteurs allemands de la deuxième moitié du XIX^e siècle que sont VON SAVIGNY, WINDSCHEID et VON JHERING : GERHARD WAGNER, *Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1993, 319-347, 322 ss. Cf. aussi MOOR, *Théorie* (n. 10), 143 ; KARL HEINZ NEUMAYER, *Les droits sans sujet*, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 12/2, 1960, 342-355, 344 ; VON GIERKE (n. 12), 251 et 253.

¹⁴ JEAN-LOUIS THIREAU, *Hugues Doneau et les fondements de la codification*, *Droits*, vol. 26, 1997, 81-100, 90.

¹⁵ EDGAR IMHOF, *Obligation und subjektives Recht. Eine Analyse Untersuchung als Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts*, thèse de doctorat, Bâle/Genève/Munich 2003, 33.

¹⁶ Quel que soit l'objet du droit. Ainsi, les droits réels – qui ont pour objet les choses matérielles – revêtent une dimension double : prérogative par rapport à une chose et par rapport aux autres sujets de droit. Cf. à propos d'une controverse théorique, PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, tome I, Berne 2019, N 15.

¹⁷ NEUMAYER (n. 13), 344 ; DABIN (n. 8), 2 ; VON GIERKE (n. 12), 251 s. Dans le cadre de la présente contribution, la distinction a certes toute sa pertinence, mais l'opposition est néanmoins quelque peu malheureuse dans la mesure où le droit objectif est présent tant dans le droit public que dans le droit privé. Si bien que notre problématique n'oppose pas les droits subjectifs au droit objectif, mais à leur absence.

¹⁸ DABIN (n. 8), 2.

une procédure donnée¹⁹. Le corps de législations qui en résulte forme donc le droit objectif, autrement dit le droit en vigueur dans un ordre juridique à un moment donné. Ces normes abstraites et générales existent tant en droit privé qu'en droit public ; il n'y a pas à ce propos de discussions particulières à avoir ici.

En somme, la notion de droit subjectif peut désigner une « certaine prérogative établie ou reconnue [la nuance occupe des traités entiers²⁰] par le droit objectif au profit d'un individu et qui le fait sujet de droit²¹. » Ainsi envisagée, le droit subjectif se résume à une prérogative reconnue en droit, rattachée à un sujet de droit et doublée de la possibilité d'ester en justice pour assurer l'effectivité de ladite prérogative²². Le droit objectif vient ainsi donner au droit subjectif la reconnaissance sociale nécessaire à sa force et le sanctionne de sa protection. Le droit subjectif, c'est « le pouvoir accordé par l'ordre juridique aux fins de satisfaire les intérêts humains²³. »

Notre notion de travail cursivement explicitée aux fins de nos explications ultérieures, nous pouvons maintenant étudier la place des droits subjectifs en droits privé et public, en commençant par des considérations relativement génériques ayant pour cadre les codifications européennes.

III. La structure du droit privé à la suite des premières codifications

Le droit privé, nous l'avons déjà évoqué en introduction, se structure autour des droits subjectifs, dès l'époque des codifications qui irradiant d'un même mouvement l'Europe et la Suisse.

Alors que la fin de l'Ancien Régime entraîne la disparition de la société féodale, les États européens procèdent progressivement à la codification de leurs droit privé. Ce faisant, les rédacteurs – pour n'en citer que deux, PORTALIS en France ou VON ZEILLER en Autriche – se rattachent aux courants de pensée humaniste et nominaliste qui se formèrent à partir de la Renaissance²⁴ et sont à l'origine

de l'essor moderne des droits subjectifs. Ces philosophies plaçant l'individu au centre de la compréhension du droit, il en ressort une approche du droit privé fondée sur la figure des droits dits subjectifs, car rattachés à l'individu et conceptualisés en partant de son point de vue²⁵. L'École historique du droit s'attache en Allemagne tout au long du XIX^e siècle au même exercice en affinant au maximum les notions. Eugen Huber en reprendra ensuite les acquis.

Ces droits forment la base même d'un système conçu en partant de l'individu et du principe de son libre arbitre²⁶. La systématique des normes civiles s'en ressent, car le droit s'évertue à nous décrire la situation juridique de chacun. Le sujet de droit – personne physique ou morale – fait ainsi figure d'acteur principal de l'ordre juridique. À vrai dire, il n'y en a guère d'autre : l'objet que doit régler le droit privé, ce sont les relations entre les sujets de droit²⁷. Une telle observation peut se faire dans tous les grands codes modernes²⁸. Aussi, une conception subjective de l'ordre juridique suppose-t-elle par définition la permanence des sujets de droit. Il y a toujours un sujet bénéficiaire du droit et un ou plusieurs sujets passifs, définis ou indéfinis²⁹. C'est du moins l'approche dogmatique la plus pure, privilégiée par certains juristes allemands, dont VON GIERKE : « Die Annahme subjektloser Rechte ist ein Widerspruch in sich selbst³⁰. »

¹⁹ IMHOF (n. 15), 34.

²⁰ L'établissement de la relation de préséance chronologique entre les droits subjectifs et le droit objectif occupe les juristes depuis que la question de la place du droit naturel se pose.

²¹ DABIN (n. 8), 2 et les références citées.

²² Dans le même sens, MOOR, Théorie (n. 10), 142.

²³ NEUMAYER (n. 13), 344.

²⁴ Pour établir l'apparition des droits subjectifs, l'auteur qui fait encore autorité en la matière est MICHEL VILLEY. Cf. en particulier l'ouvrage posthume tiré de son cours intitulé : La formation de la pensée juridique moderne (Stéphane Rials [édit.]), 2^e éd., Paris 2013, en particulier 224 s. Pour lui, tout commence

au XIV^e siècle avec GUILLAUME D'OCCAM par le mouvement du nominalisme qui s'oppose au réalisme aristotélicien. De la même opinion, cf. aussi PATAULT (n. 2), 141 s. ; PAUL ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Paris 2005 (texte de 1963), 6 ss. OCTAVIAN IONESCU, La notion de droit subjectif dans le droit privé, 2^e éd., Bruxelles 1978, 23 s. ; BRIAN TIERNEY, The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law. 11501625, Atlanta 1997, 13 ss, soutiennent par contre que les Romains déjà avaient bâti tout leur système de droit privé sur les droits subjectifs. Nous nous rattachons à la première approche.

²⁵ C'est pourquoi l'ordre juridique se réduit-il à un combat entre sujets de droit pour VON JEHRING.

²⁶ Cf. EUGEN HUBER, Code civil suisse : Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, tome premier (Introduction. Droit des personnes et de la famille) (Antoine Contat [trad.]), Berne 1901, 22 (« [...] c'est la liberté qui présidera en toutes matières à la formation des rapports de droit, dans les livres consacrés à la famille et aux successions, comme dans ceux qui traitent des droits réels et des obligations. ») et 37.

²⁷ IMHOF (n. 15), 151 ; VON GIERKE (n. 12), 255. Cf. aussi HUBER (n. 26), 23 : « [...] tout intérêt doit être protégé juridiquement. Cette protection sera réalisée par la reconnaissance du rapport juridique dont l'intérêt découle, [...] »

²⁸ C'est déjà le cas du Code Napoléon et de l'ABGB autrichien.

²⁹ VON GIERKE (n. 12), 251 ss.

³⁰ VON GIERKE (n. 12), 257.

L'exemple le plus abouti de droit subjectif est la propriété privée. De tout temps, il s'agit de l'institution la plus citée et d'ailleurs la plus commode à l'explicitation du propos. Elle offre en effet au propriétaire la pleine disposition de toutes les utilités de la chose objet de son droit à l'exclusion de tout autre sujet de droit. Il s'agit donc bien de régler les relations du propriétaire vis-à-vis des personnes tierces. De la sorte, le propriétaire peut, sur le principe et en vertu du droit qui est le sien, agir comme bon lui semble par rapport de sa chose. Mais si, parmi les autres sujets de droit, il se trouve des titulaires d'autres droits subjectifs sur la chose (relatifs, comme un contrat de bail, ou absolus, comme un usufruit), les espaces de liberté de chacune des personnes en cause s'entrechoquent. Il faut alors arbitrer ce conflit. La même dynamique existe naturellement en droit des obligations³¹.

Le contentieux de droit privé s'organise donc par rapport aux droits subjectifs. La possibilité pour l'individu d'ouvrir une action en justice est en effet subordonnée à la titularité d'un droit subjectif³². De même, l'action est dirigée à l'encontre d'un autre sujet de droit (passif). Si bien que le litige se structure autour de l'opposition des deux parties dont le juge doit arbitrer le bien fondé des droits invoqués par elles (maxime des débats). La solution judiciaire rendue ne trouve en conséquence application qu'entre elles (principe de l'autorité relative de la chose jugée). Cette action est la finalité même du droit subjectif puisque ce dernier vise à offrir à son titulaire « *une position individuelle juridiquement forte*³³ ». L'interdépendance entre le droit et l'action est si intense qu'elle est d'ailleurs parfois érigée en excuse à l'omission d'une explicitation théorique du droit subjectif par les juristes de la Rome antique³⁴.

Voilà le tableau du droit privé peint en des traits schématiques tel qu'il ressort à l'observateur des constructions juridiques nouvelles du XIX^e siècle.

IV. L'apparente immobilité de la conception du droit administratif

Si nous portons maintenant notre regard sur le droit public de ce même siècle, le paysage qui nous apparaît est fort différent. Les droits subjectifs ne jouent en effet traditionnellement aucun rôle dans les droits administratifs des pays d'Europe occidentale continentale³⁵. Cette matière répond à une conception purement objective, dans la continuité historique du droit de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours – faute d'avoir connu, à l'instar du droit privé, une restructuration complète. C'est ce que nous devons d'abord expliquer.

Il est vrai que le droit administratif ne se prête *a priori* guère à l'individualisme et à la liberté. L'État, dont il faut assurer le bon fonctionnement, répond à l'intérêt général³⁶ ; et non à l'intérêt individuel qui n'a pas de pertinence dans ce cadre (sauf à admettre qu'il coïncide avec l'intérêt public). La situation juridique de l'administré n'est donc pas celle qui est décrite en priorité. Elle n'est que déduite d'un ensemble de règles matérielles et procédurales. Règles qui s'attachent à réguler l'ensemble de l'activité publique en décrivant objectivement – à la manière romaine – les intervenants, les objets et les procédures. Par ailleurs, afin de permettre une administration (de masse) effective, par exemple en droit fiscal, il n'est pas possible de procéder autrement que schématiquement, sans prendre en compte toutes les spécificités individuelles. En contre-poids, le respect du droit, et plus spécialement des normes (formelles ou matérielles) générales et abstraites, garantit l'égalité de traitement de tous. C'est pourquoi le principe de la légalité, revêtu de sa plus grande importance, encadre l'activité de l'État. Difficile de trouver une place dans cette approche pour les droits subjectifs qui caractérisent un espace de libre volonté³⁷.

Cette vision très classique s'illustre notamment chez VON ZEILLER, dans son commentaire du Code civil autrichien, dans lequel il est possible de lire que le droit administratif se caractérise par la création d'obligations pour le citoyen et non de droits de l'individu³⁸.

³¹ HUBER (n. 26), 22 : « [...], la liberté des contrats est aussi dangereuse pour les tiers, en ce que les droits de ceux-ci peuvent être lésés par les manœuvres déloyales des parties. »

³² N'en déplaise à la conception de LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome premier : la règle de droit – le problème de l'État, 3^e éd., Paris 1927, 399 ss et 476 s.

³³ MOOR, *Théorie* (n. 10), 141.

³⁴ IONESCU (n. 24), 23 (note 1).

³⁵ MICHEL FROMONT, *La justice administrative en Europe*, in : *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Paris 1992, 197208 (cité : Justice), 197 ; cf. aussi GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2^e éd., Tübingen 1919, 3.

³⁶ IMHOF (n. 15), 34 s. ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6), 20 et 35.

³⁷ WAGNER (n. 13), 322.

³⁸ FRANZ VON ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Erster Band, Vienne/Trieste 1811, 16.

Aussi, le rôle de l'autorité à laquelle est soumise un contentieux administratif consiste-t-il en la vérification de la bonne application de la loi à l'occasion d'une décision³⁹. La position de l'administré est, en conséquence, toute particulière puisque lorsqu'il s'agit de se plaindre d'un acte administratif, les règles de droit convoquées dans l'argumentation ne seront pas protectrices d'un droit subjectif, mais descriptives du comportement que l'administration doit adopter. Autrement dit, les règles s'adressent à l'administration. Le contexte est donc fort différent du litige de droit(s) privé(s) précédemment décrit. Dans la perspective objective, « [...] le requérant [a] pour seul rôle de déclencher le contrôle du juge. Le sort que lui réserv[e] le juge pendant et à la fin du procès [est] en quelque sorte secondaire ; [...] »⁴⁰. » Si bien que la solution donnée au litige a une portée qui va au-delà des parties à la procédure : un tiers enclencherait-il un nouveau contentieux sur la même question, la réponse serait identique⁴¹ (principe de l'autorité absolue de la chose jugée). C'est pourquoi en droit administratif le cercle des personnes pouvant initier la procédure (contentieuse) de contrôle est relativement souple⁴² : une personne ayant un intérêt digne de protection, une autorité administrative hiérarchiquement supérieure⁴³, une association poursuivant un but d'intérêt public⁴⁴, etc.⁴⁵. Évidemment en raison du second rôle ain-

si accordé à l'administré, les garanties procédurales à sa disposition sont très réduites⁴⁶. Cette forme de procédure abstraite de toute considération pour les droits subjectifs prend logiquement le nom de contentieux objectif⁴⁷.

Ces quelques lignes n'ont évidemment pas pour vocation à affirmer – même au moment de sa formation moderne – l'absence complète de concept de droit subjectif dans le droit administratif du XIX^e siècle⁴⁸. Il suffit d'admettre que l'État se doit de respecter les droits privés subjectifs pour ouvrir une prétention justiciable en ce sens au particulier⁴⁹. Ainsi, si nous reprenons l'exemple du propriétaire et que nous le plaçons cette fois-ci face à une restriction de droit public (par exemple les règles sur la police des constructions et l'aménagement du territoire), nous constatons qu'il n'y a dans ce cas aucun droit (public) subjectif qui vient restreindre les facultés du propriétaire. Au contraire, il n'est question que d'une norme (objective) qui décrit les règles matérielles applicables aux constructions. Quoi qu'il en soit, il peut arriver que l'État empiète par trop sur un droit subjectif privé – notamment lorsque la décision émise entraîne la remise en cause de l'existence de ce droit – et que son titulaire pour se plaindre de la situation veuille justement invoquer ce dit droit. C'est en particulier le cas d'une contestation de l'étendue du domaine public par rapport à une propriété privée, d'une prétention en dommages-intérêts à l'encontre de l'État ou d'un contentieux relatif à un contrat de droit administratif⁵⁰. Le contentieux qui s'en suivra ne sera alors plus objectif, mais subjectif, dans la mesure où il porte sur le droit subjectif (privé) litigieux, respectivement sa portée⁵¹. La

³⁹ Ainsi, en droit français dit-on que le juge est « *gardien de la légalité* » : MICHEL FROMONT, L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne, in : Mélanges Franck Moderne. Mouvement du droit public : Du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Paris 2004, 1117-1133 (cité : Contrôle).

⁴⁰ FROMONT, Contrôle (n. 39), 1118. Le même ajoute, toujours à la même page et à propos de l'ancien droit public français, « [...] ; d'ailleurs on déniait alors à la personne privée, qualifiée de simple administré, toute faculté d'être titulaire de droits subjectifs opposables à l'administration. Ce qui importait, c'était que la loi fût respectée. »

⁴¹ DENIS PIOTET, L'influence du droit français sur la jurisprudence des tribunaux civils du Canton de Vaud dans les cent dernières années, in : Mélanges Jean-Pierre Sortais, Bruxelles 2002, 469-485 (cité : Influence), 484.

⁴² Cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015, 166 ss.

⁴³ De nos jours, nombreuses sont les autorités fédérales pouvant recourir contre une décision cantonale. Parfois même, une décision cantonale peut être remise en cause par la hiérarchie fédérale : par exemple en droit de l'impôt anticipé (art. 52 al. 4 et 57 LIA). S'ajoute à cela les possibilités d'intervention d'office des autorités de surveillance. Cf. en outre PIERRE MOOR / ÉTIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011, 765.

⁴⁴ Recours corporatif dit idéal : cf., par exemple, les art. 55 al. 3 LPE. Cf. MOOR/POLTIER (n. 43), 769 ss.

⁴⁵ Nous pouvons également évoquer la place accordée au dénonciateur à l'art. 71 PA.

⁴⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6), 96.

⁴⁷ HENRI ZWAHLEN, Le jugement des contestations administratives dans le canton de Vaud, JdT 1939 III 34, 47 : « *Il y a contentieux objectif, lorsqu'on demande à un juge d'examiner la légalité d'un acte administratif indépendant des droits qui peuvent être en cause [...]*. » Cf. aussi MOOR/POLTIER (n. 43), 627.

⁴⁸ Quelle que soit l'époque une telle affirmation est impossible à faire sans se heurter à de fortes oppositions. Comme nous avons pu déjà le préciser plus haut, au fond tout est question de définition. Selon la conception du droit subjectif adoptée à l'effet des propos ici tenus, nous répondons par la négative, sans être pour autant péremptoire. Cf. DABIN (n. 8), 20 ss.

⁴⁹ IMHOF (n. 15), 159 (qui évoque un droit de tolérance).

⁵⁰ BOVAY (n. 42), 332 et 664 s. ; THIBAUT BLANCHARD, Le partage du contentieux administratif entre le juge civil et le juge administratif. Étude de droit vaudois historique et comparée, Thèse de doctorat, Lausanne 2005, 75 ; DENIS PIOTET, Un cas d'application de la loi vaudoise du 26 janvier 1832 sur les conflits de compétences entre pouvoirs exécutif et judiciaire, RDAF 1986, 65-78 (cité : Cas d'application), 67 ss ; ZWAHLEN (n. 47), 41.

⁵¹ ZWAHLEN (n. 47), 47 : « *Il y a contentieux subjectif, lorsqu'on invite le juge à affirmer l'existence d'un droit subjectif.* » Cf. aussi

différence entre contentieux objectif et subjectif tient ainsi dans la question posée⁵². En conséquence, la théorie du fisc attribuait au juge civil le rôle de trancher un tel litige *subjectif*⁵³.

Nous pouvons illustrer la portée de cette distinction avec l'exemple du Canton de Vaud, dans lequel se distinguent depuis 1832 – autrement dit depuis le moment où se pose la question sujette à cette contribution⁵⁴ – les deux formes de contentieux, le contentieux subjectif étant de la compétence du juge ordinaire (civil)⁵⁵. La terminologie est d'importation française⁵⁶, mais l'idée est finalement la même en droit vaudois⁵⁷. Cette distinction conserve aujourd'hui encore toute sa portée pratique⁵⁸.

Vers la fin du XIX^e siècle, à mesure que les droits privés subjectifs éveillent l'intérêt des auteurs, la structure du droit administratif suscite elle aussi de nouvelles réflexions quant à la place qu'il faudrait accorder à la figure des droits subjectifs et à l'éventuelle fonction structurante qu'ils pourraient y jouer. Selon les traditions juridiques et les enjeux politiques d'alors, les discussions sont très différentes.

En France, la discussion est houleuse⁵⁹. La problématique est la suivante : si l'on admet l'existence de droits publics subjectifs en guise de structure de l'ordre administratif, il faut alors déterminer des sujets de droit. Ceux-ci ne peuvent pas se limiter aux administrés, croit-on. L'État doit aussi être pourvu de la personnalité. Or, qui incarne l'État ? Lequel des organes de cette personne morale en

forme-t-il la tête ? La réponse est sans appel : l'exécutif (en la personne du chef de l'État ou du gouvernement collégial) et non pas le législatif. Pour cette raison, doter l'État de droits subjectifs a une grave conséquence, car, nous le savons, le droit subjectif est fondamentalement absolutiste dans la mesure de son objet. Cela revient donc à reléguer au second plan le rôle du parlement et à soumettre, par exemple, les lois à un contrôle de constitutionnalité⁶⁰. Aussi, s'il y eut certes des velléités de « *transposer les acquis de systématisation des civilistes au droit public*⁶¹ », le problème de la personnalité juridique de l'État fut finalement insurmontable^{62, 63}.

Au contraire, en Allemagne, le débat – qui accompagne les vicissitudes de l'émergence de l'État fédéral – est très prolix en raison de l'importance acquise par les droits subjectifs dans le système de réflexion des auteurs allemands⁶⁴. On se pose tant la question de la nature juridique de l'État que celle de la possibilité de trouver des droits subjectifs dans le droit public. Mais, malgré l'intensité de la discussion, les droits subjectifs n'ont encore aucun appui théorique solide dans la première moitié du XX^e siècle⁶⁵.

Dans un cas comme dans l'autre, et malgré des réflexions fort différentes, le système du droit public demeure fondamentalement objectif jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. Il en va logiquement de même pour la Suisse, qui a évidemment subi les influences de ses voisins et se fonde elle aussi sur une approche objective, nous l'avons montré par nos exemples et les références en note.

V. Manifestations contradictoires dans les droits contemporains respectifs

Les deux conceptions classiques présentées ci-dessus à grands traits ne sont évidemment pas des dogmes. Il est possible de trouver dans le droit privé et dans le droit public des principes qui ressortent plutôt aux dynamiques de

MOOR/POLTIER (n. 43), 627.

⁵² ZWAHLEN (n. 47), 47 ; PIOTET, *Influence* (n. 41), 483.

⁵³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6), 96.

⁵⁴ Le Code civil vaudois date en effet de 1819.

⁵⁵ Cf. la jurisprudence de principe de la Chambre des recours qui fixa la règle de partage : *Banque cantonale vaudoise c. Commune de Lausanne*, 23.12.1936, JdT 1937 III 70. Cf. aussi BLANCHARD (n. 50), 69 ; PIOTET, *Cas d'application* (n. 50), 65 ss ; ZWAHLEN (n. 47), 34 ss.

⁵⁶ PIOTET, *Influence* (n. 41), 483 ; LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome deuxième : la théorie générale de l'État, 3^e éd., Paris 1928, 458 s.

⁵⁷ BLANCHARD (n. 50), 103 ; PIOTET, *Influence* (n. 41), 483 s.

⁵⁸ Sauf une unique exception : art. 73 LPP par le truchement de l'art. 106 al. 1^{er} LPAVD. BOVAY (n. 42), 332 et note 983 à la même page ; BENOÎT BOVAY/THIBAUT BLANCHARD/CLÉMENTINE GRISSEL RAPIN, *Procédure administrative vaudoise*, Bâle 2012, 462, art. 106 LPA-VD.

⁵⁹ Débats politicodoctrinaux résumés par NORBERT FOULQUIER, *L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif*, in : Antoine Vauchez *et al.* (édit.), *Sur la portée sociale du droit : Usages et légitimité du registre juridique*, Paris 2005, 43-59, 44 ss. Schématiquement, les tenants des droits subjectifs en droit public sont les opposants à la République qui œuvrent pour un gouvernement plus absolu de type monarchique. L'opinion opposée l'emportera.

⁶⁰ FOULQUIER (n. 59), 55.

⁶¹ FOULQUIER (n. 59), 47.

⁶² FOULQUIER (n. 59), 48.

⁶³ Nous pouvons renvoyer à propos de la conception classique du droit public français aux écrits de DUGUIT.

⁶⁴ OLIVIER JOUANJAN, *Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg JELLINEK et la construction juridique de l'État moderne*, in : Sylvie Le Grand (édit.), *Les fondements normatifs de l'État constitutionnel moderne en Allemagne. Une approche pluridisciplinaire* (Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande 461), 2014, 51-62, N 11.

⁶⁵ Sur l'ensemble, cf. JOUANJAN (n. 64), N 10 ss ; JELLINEK (n. 35), 4 ss.

l'autre ordre que celui dans lequel elles se trouvent. Les variations nationales sont importantes, mais nous mettons l'emphase de cette seconde partie sur le droit suisse. En sus de décrire les exceptions respectives, il nous faudra tenter d'expliquer pourquoi de telles manifestations existent et quelles en sont les justifications.

A. Les « pathologies » du droit privé ou sa force pragmatique

Dans les droits occidentaux, la figure des droits subjectifs n'a pas été partout adoptée pour structurer le droit privé. Les pays de tradition de *common law* sont largement étanches aux droits subjectifs⁶⁶ – de la même façon que l'était le droit romain. Ces deux derniers ordres juridiques ont d'ailleurs pour trait commun de concentrer leur attention sur les actions judiciaires et la procédure qui les entoure. Plus proche de nous, DUGUIT affirme que la propriété moderne – incarnation du droit subjectif par excellence dans les droits modernes, nous l'avons rappelé – peut également se concevoir de manière purement objective⁶⁷. Cela étant dit, malgré des remises en causes ponctuelles, les droits subjectifs demeurent aujourd'hui encore la figure centrale et structurante du droit privé suisse, comme des droits romano-germaniques.

Toutefois, si nous devons refuser toute prétention sérieuse de concurrence de la part du modèle objectif, le droit subjectif n'en est pas pour autant omnipotent. Très vite (soit presque au même moment que les codifications), il fallut bien admettre devoir limiter les droits subjectifs par des mécanismes autres que le simple arbitrage de leur entrechoquement. La tempérance progressive de l'individualisme par d'autres considérations conduit à la relativité des droits subjectifs. Aux droits subjectifs s'ajoutent nécessairement d'autres considérations moins individualistes, telle que la limite de l'abus de droit qui ressort plutôt aux domaines de l'éthique et des bonnes mœurs⁶⁸. Bien qu'ici encore, il ne s'agit rien de moins que d'arbitrer l'usage concret d'un droit subjectif, exercé abusivement à l'encontre d'un sujet de droit déterminé, en refusant à ce droit la protection judiciaire qui lui est normalement due⁶⁹. En outre, nous voulons pour preuve de la subjectivité de cette sanction le maintien envers les tiers (c'est-à-dire tous les autres sujets de droit) de la protection du

droit abusé⁷⁰. Calqué sur le système des droits privés subjectifs, ce mécanisme découle néanmoins d'une réflexion qui leur est étrangère⁷¹.

Dès l'origine ou plus tard (selon les sensibilités doctrinales)⁷², les exceptions aux principes sont nombreuses. Nous tâchons de parcourir les plus importantes graduellement. D'abord, il y existe des droits subjectifs qui sont acquis par le seul effet de la loi, sans que la volonté du sujet de droit n'y joue aucun rôle. Nous pensons notamment à l'héritier qui est saisi des biens de la succession (« *le mort saisit le vif* »), mais peut ignorer soit sa qualité soit l'existence des biens en cause. Il se rencontre également des droits subjectifs sans action. Ce sont notamment les obligations naturelles auxquelles l'ordre juridique refuse sa protection en raison de leur contrariété aux mœurs ou illégalité ou encore de la prescription qui les atteint⁷³. Inversement, il existe des actions judiciaires qui ne reposent pas sur un droit subjectif. Tel est le cas des actions en constatation : un simple intérêt factuel suffit. De même en va-t-il des actions possessoires (art. 927 s. CC). Enfin, l'on en vient aussi parfois à vouloir incorporer une dimension sociale à certains droits subjectifs. Ainsi, la question est-elle évoquée à propos de la propriété (mais rejetée en droit positif suisse)⁷⁴. La liste pourrait s'allonger.

Un cas qui mérite encore notre intérêt est celui du droit subjectif sans sujet qu'il est possible de rencontrer en pratique. Tel est ainsi la situation qui se présente en cas de déréliction d'un bien-fonds au bénéfice d'une servitude de passage ou d'une chose sans maître objet d'un usufruit⁷⁵.

Malgré ces nombreuses exceptions, si la tonalité n'est aujourd'hui plus tout à fait la même que celles des conceptions les plus pures des doctes, la mélodie n'a pas pour autant changé. Malgré les tempéraments et exceptions que nous venons de passer en revue, il n'y a pas eu de transformation fondamentale du droit privé depuis sa codification. Certes, il existe des différences importantes, mais elles se manifestent dans la mise en œuvre des droits subjectifs, pas dans la remise en question de ceux-ci, dont on aurait grande peine à s'extraire de manière générale.

⁶⁶ Ou du moins à la controverse qui les entoure, puisqu'une distinction apparentée existe bel et bien : *law et rights*.

⁶⁷ DABIN (n. 8), 5 et 23.

⁶⁸ CR CC-CHAPPUIS, art. 2 N 24, in : Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (édit.), Code civil I, Commentaire romand, Bâle 2010. Cf. aussi HUBER (n. 26), 24.

⁶⁹ CR CC-Chappuis (n. 68), art. 2 N 23 ss.

⁷⁰ Cf. aussi l'art. 717 CC.

⁷¹ Le Tribunal fédéral considère ainsi qu'il s'agit – en droit international privé – d'une notion d'ordre public suisse : ATF 128 III 201, c. 1c. Cf. aussi CR CC-CHAPPUIS (n. 68), art. 2 N 24.

⁷² NEUMAYER (n. 13), 342.

⁷³ Cf., par exemple, les art. 66 et 127 ss CO.

⁷⁴ HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum. Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, vol. 1, 3^e éd., Berne 2007, N 570.

⁷⁵ NEUMAYER (n. 13), 342 ss.

Signalons toutefois deux points de réflexions. D'abord, l'histoire des ordres juridiques européens impose un héritage dont il n'est pas possible, ni souhaitable, de faire complètement abstraction. Face à la tâche qui fut la sienne, PORTALIS le reconnaît en expliquant avoir conçu les règles du Code Napoléon en se fondant sur « *cette tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous et qui forme l'esprit des siècles*⁷⁶. » Ensuite, l'hégémonie des droits subjectifs se limite au droit privé positif et lorsque le droit transitoire ou le droit international privé impose la reconnaissance en droit suisse d'une institution qui est à la fois étrangère et ressort à une approche objective, la nature particulière de l'institution doit être respectée. Tel est en particulier le cas des propriétés divisées de l'ancien droit ou des *trusts* de droit anglais⁷⁷.

L'évolution du droit privé présente à cet égard un intérêt moindre que le droit administratif, lequel a connu des modifications structurelles plus importantes.

B. Le dualisme croissant de la conception du droit administratif

Nous l'avons déjà évoqué, l'existence de droits subjectifs suppose par définition la reconnaissance de sujets de droits actifs et passifs. Cet obstacle (essentiellement politique et dogmatique⁷⁸) mis à part, il n'y a pas d'objection fondamentale à admettre des droits subjectifs de nature publique⁷⁹. Mais, bien que le droit administratif ait subi d'importantes transformations depuis le début du XX^e siècle, comme nous allons le voir, la progressive subjectivisation de cette matière n'a pas eu lieu de l'intérieur ou même de manière structurée.

Une première période est relativement discrète dans ses accomplissements. Ainsi, pouvons-nous remarquer les premiers échos d'une évolution subjective en Suisse lors de la révision de la Constitution fédérale en 1874 : « *Le Tribunal fédéral connaît, en outre [...] des réclamations pour*

*violation de droits constitutionnels des citoyens, [...]*⁸⁰. » La portée concrète reste toutefois modeste comme le catalogue de droits fondamentaux d'alors.

Arrive ensuite le XX^e siècle, l'État social et la modernisation de l'État de droit, rendue impérative par les événements de la Seconde Guerre mondiale⁸¹. Ainsi, intervient le rappel des droits fondamentaux et leur transformation – pour la plupart – en véritables droits justiciables⁸². L'influence sur l'activité administrative est à cet égard importante puisqu'en sus du respect des institutions du droit privé, comme sus-évoqué, les autorités se voient opposer par les administrés des prérogatives individuelles de nature publique. Concrètement, l'autorité bénéficiant d'une marge d'appréciation dans l'application d'une norme ne doit pas se limiter à considérer l'intérêt public poursuivi – par exemple, la protection des bonnes mœurs –, mais doit également prendre en compte l'intérêt privé de l'individu – par exemple l'intérêt à exprimer librement une opinion. La jurisprudence n'a de cesse dès lors d'accorder aux individus le pouvoir d'imposer à l'État une abstention, voire même un comportement actif⁸³.

Les droits fondamentaux se distancient toutefois des droits privés subjectifs dans nombre de leurs caractéristiques, notamment dans la détermination de leur contenu : contrairement aux droits subjectifs, les droits fondamentaux ne peuvent pas être définis quant à leur contenu, à défaut de quoi cela les réduirait d'autant dans leur portée⁸⁴. Autrement dit, le droit public doit se soucier tant des objets de sa législation que des sujets de droit impactés.

Les droits fondamentaux donnèrent ainsi l'impulsion initiale et principale vers une évolution subjective du droit administratif⁸⁵ ; mais celle-ci ne se limite pas à ce-là. En Allemagne en particulier, se développe la notion de droits publics subjectifs ; lesquels prennent une place de plus en plus importante aux côtés de l'intérêt général⁸⁶. Le mouvement est en réalité généralisé à tous les États d'Europe occidentale, à l'exception notable de la France

⁷⁶ JEAN-ETIENNE-MARIE PORTALIS, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, Paris 1844, 4.

⁷⁷ Cf., à titre d'exemple, DENIS PIOTET, Réflexions sur la survivance jusqu'à aujourd'hui d'un droit de justice de fief non démembré à l'exemple du droit de pêche dans le Greny, in : Maier/Rochat/Tappy (édit.), À cheval entre histoire et droit. Hommage à Jean François Poudret, Lausanne 1999, 379-396.

⁷⁸ Outre ce que nous avons déjà vu à propos de la France, il existe aussi une certaine difficulté à considérer l'État comme sujet passif d'une obligation envers un administré. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6), 96.

⁷⁹ Une théorie à cet égard consiste à scinder le droit objectif en une multitude de situations individuelles pour aboutir à la situation de chaque individu, autrement dit à des droits subjectifs.

⁸⁰ Art. 113 ch. 3 aCst. Cf. MOOR/POLTIER (n. 43), 632 s. ; FROMONT, Justice (n. 35), 198.

⁸¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6), 40.

⁸² MOOR, Théorie (n. 10), 142 ; FROMONT, Justice (n. 35), 198 ss.

⁸³ RAIMBAULT (n. 4), 97.

⁸⁴ Cf. ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013, N 790.

⁸⁵ Cf. CHARLES-ALBERT MORAND, Les droits fondamentaux en Suisse. Étude critique dans la perspective de la révision totale de la Constitution fédérale, in : Gilliard/Dutoit *et al.* (édit.), Recueil des travaux suisses présentés au IX^e Congrès international de droit comparé, Bâle 1976, 197-218, 204 ss.

⁸⁶ FROMONT, Contrôle (n. 39), 1119. DABIN (n. 8), 3, utilise lui aussi cette notion.

qui n'en vient que tardivement à la subjectivisation de son droit⁸⁷. Les évolutions n'y sont pas totalement absentes, mais bien plus « timides ». Ajoutons encore que le droit communautaire européen participe à cette évolution en attribuant aux particuliers des droits directement opposables à l'État⁸⁸.

Ces « *droits subjectifs sectoriels*⁸⁹ » se sont multipliés dans tous les domaines du droit administratif, car ils servent de socle aux politiques publiques sectorielles⁹⁰. Le législateur désignant ci et là les intérêts individuels qu'il se justifie de protéger par la figure du droit subjectif⁹¹. La justification du recours à cette institution tient à un phénomène d'individualisation de l'activité administrative dans les domaines où l'administration de masse n'est plus satisfaisante⁹². Cela se retrouve dans des lois mixtes (relevant du droit privé et du droit public), comme la LPD⁹³. Celle-ci consacre en effet aux particuliers un droit d'accès aux données personnelles détenues par le maître du fichier (notamment la Confédération) et sanctionne ce droit d'une action en justice (art. 8 et 15 al. 4 LPD)⁹⁴. Mais, c'est également le cas dans des lois de pure extraction publique, telle la LTrans qui accorde elle aussi un droit d'accès (art. 8 LTrans)⁹⁵. De plus en plus souvent, lorsque la matière traitée s'y prête, des normes de droit public accordent une préention à l'administré, un droit dont il peut se prévaloir en procédure.

De la sorte, un mouvement général vers la subjectivisation du droit public s'est produit⁹⁶.

Cette « nouvelle » approche du droit public vient donc se heurter à l'approche classique de la procédure administrative, qui consistait à distinguer contentieux objectif et subjectif, dans la mesure où le droit public place lui-même ponctuellement (mais fréquemment) une emphase particulière sur le sujet de droit ou la volonté de ce dernier⁹⁷. Ainsi, aujourd'hui en droit administratif, « [...] *la contestation naît [...] soit de la saisine d'un moyen de droit contre la décision prise (contentieux administratif objectif ou secondaire), soit de l'ouverture d'une action (contentieux administratif subjectif ou primaire)*⁹⁸. »

La subjectivisation du droit administratif se double donc d'une transformation du contentieux administratif et de la juridiction administrative⁹⁹. « *Le rapprochement de ces deux types de juridictions s'impose dès lors que l'objectif assigné à la justice administrative n'est plus le respect du droit objectif par les autorités administratives, mais la protection des individus contre l'administration*¹⁰⁰. » Nous assistons donc à une approche nouvelle de la justice administrative¹⁰¹.

Les effets concrets d'un droit administratif hybride – oscillant entre une vision générale purement objective et la prise en compte de nombreux droits publics subjectifs – sont multiples. L'effet suspensif, accordé d'office ou sur demande, permet de ménager les droits individuels¹⁰². L'attribution à l'autorité de contrôle d'un pouvoir cassatoire ou réformatoire dépend, notamment, de savoir si le respect de la marge de manœuvre de l'autorité administrative l'emporte sur l'atteinte aux droits subjectifs¹⁰³. En de nombreuses matières, la loi impose au juge de procéder à une pesée des intérêts (publics et privés) – notablement dans le domaine de l'aménagement du territoire¹⁰⁴. Par ailleurs, l'importance du respect des formes et des procédures est moindre dans un contentieux subjectif, puisque ce qui importe est de protéger les droits des individus face à l'État¹⁰⁵. Sur ce dernier point, la Suisse se rattache ainsi

87 FROMONT, Contrôle (n. 39), 1118 ; FROMONT, Justice (n. 35), 197 et 207 ; MOOR, Contentieux (n. 6), 5.

88 Par exemple, Affaire C6/90 et C9/90, 19.11.1991, *Francovich, Bonifaci et al. c. République italienne*, N 10 ss ; Affaire 8/81, 19.1.1982, *Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, N 24 s. L'attribution au droit européen d'un effet direct dépend d'ailleurs de l'existence de droits subjectifs : FROMONT, Contrôle (n. 39), 1132. RAIMBAULT (n. 4), 97. Cf. aussi RAIMBAULT (n. 4), 104.

89 RAIMBAULT (n. 4), 100.

90 Tel qu'en protection des données : PHILIPPE MEIER, Protection des données. Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, N 964 (qui cite un passage topique du Message du Conseil fédéral).

91 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6), 41.

92 RAIMBAULT (n. 4), 97.

93 MEIER (n. 90), N 355 ss.

94 MEIER (n. 90), N 961 ss et 1099 ss.

95 Ce droit d'accès LTrans est d'assise plus diffuse du fait qu'il repose sur un principe général de transparence de l'administration et se trouve à la disposition de chacun (cependant que le droit de la LPD est individualisé à la personne « *dont les données sont traitées* ») Cf. MEIER (n. 90), N 985 et 988 s. Il n'en demeure pas moins que le droit accordé par la LTrans remplit les caractéristiques d'un droit subjectif.

96 FROMONT, Contrôle (n. 39), 1133.

97 MOOR, Théorie (n. 10), 143 *a contrario*.

98 BOVAY (n. 42), 409 ; MOOR/POLTIER (n. 43), 627.

99 FROMONT, Justice (n. 35), 201 ss.

100 FROMONT, Justice (n. 35), 204.

101 FROMONT, Justice (n. 35), 205.

102 FROMONT, Justice (n. 35), 205 s. Cf., par exemple en aménagement du territoire, la pesée des intérêts qui découle de la contestation d'une autorisation de construire par un particulier : CLÉA BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, thèse de doctorat, Bâle 2014, N 830 ss.

103 FROMONT, Justice (n. 35), 206.

104 THIERRY TANQUEREL, La pesée des intérêts vue par le juge administratif, in : Charle-Albert Morand (édit.), La pesée globale des intérêts, Bâle 1996, 189-213, 189 ss.

105 Cf., en fonction des sensibilités nationales, les différences entre la France et l'Allemagne : FROMONT, Contrôle (n. 39), 1120 ss.

à la tradition allemande (plus subjective que la française) puisque l'annulabilité des décisions administratives est la règle et leur nullité réservée à des cas d'une gravité particulière¹⁰⁶. Les garanties de procédure explicitement inscrites dans le catalogue des droits fondamentaux (art. 29 à 30 Cst.) à l'aube du XXI^e siècle sont venues parachever l'amélioration de la position de l'administré en tant que partie à la procédure administrative contentieuse¹⁰⁷.

À cet égard, un exemple frappant vient à l'esprit. Les art. 25 et 25a PA permettent aux administrés de préserver leurs « droits ou obligations fondés sur le droit public » des actions de l'État qui peuvent leur être dommageables en leur permettant de recevoir une décision en constatation ; laquelle ouvre la voie à une éventuelle procédure contentieuse. Cette gymnastique de technique législative complexe s'impose par les mécanismes encore fondamentalement objectifs du droit administratif. Sans décision administrative, trop nombreux seraient les cas dans lesquels l'administré ne pourrait pas faire valoir sa situation individuelle.

En définitive, l'administré est devenu un véritable sujet de droit¹⁰⁸, mais cela n'a pas totalement gommé le rôle passif que lui désigne *a priori* le droit administratif¹⁰⁹. Notre dernier exemple le montre : le respect des mécanismes découlant de l'approche objective s'impose encore. De même, contrairement au juge civil, le juge administratif doit commencer par vérifier l'exactitude de la pesée des intérêts opérée par l'administration, mais n'y procède lui-même éventuellement que si elle s'avère être erronée, c'est-à-dire qu'il n'y procède que dans un second temps¹¹⁰.

Nous l'aurons remarqué, la subjectivisation du droit public ne s'opère qu'à l'égard de l'administré et pas envers l'État. S'agit-il d'une anomalie ? Les raisons nous sont déjà bien connues : elles nous ramènent aux débats doctrinaux français du début du XX^e siècle et les enjeux démocratiques qu'ils impliquaient. Mais même à l'heure actuelle, l'utilisation des droits subjectifs dans une législation spécifique de droit public reste très politique¹¹¹. Nous pouvons également nous interroger sur la pertinence d'une individualisation à outrance d'un domaine du droit qui a pour vocation de régir la société dans son ensemble¹¹². Du rôle de promoteur du bien-être commun, l'État descend à simple arbitre des intérêts individuels privés ou publics,

mis sur un pied d'égalité¹¹³. Or, il est nécessaire que les normes, l'ordre juridique en général, adopte une cohérence minimale vis-à-vis de la notion de droits subjectifs et la place qu'ils doivent prendre dans l'ordre juridique¹¹⁴. Cette cohérence résulte encore du maintien en toile de fond des réflexes issus d'une approche objective du droit.

Mais il faudrait également se méfier d'une trop grande dogmatique. L'État providence dérive parfois loin de la prise en compte des situations individuelles pour ne se préoccuper (paradoxalement) que de la bonne mise en œuvre des politiques publiques¹¹⁵. Cela doit nous rappeler que le manque de structure des droits publics subjectifs n'est pas fatalement un défaut du système. En effet, si les normes maîtrisaient parfaitement et complètement la notion, il en découlerait automatiquement une soumission des droits subjectifs au droit objectif¹¹⁶. Or, nous le savons à présent, l'évolution du droit public vers une subjectivisation de son approche n'a justement été rendue possible que par l'indépendance des droits fondamentaux, qui ont pu être librement façonnés par la jurisprudence. Ce serait donc aller contre nature que de vouloir parfaitement inféoder les droits publics subjectifs au sein du système normatif ; cela reviendrait à figer le droit¹¹⁷. Mais les réflexes anciens sont encore bien présents : l'article 190 Cst. féd. est, à notre sens, une norme issue d'une approche du droit de type objective puisqu'elle restreint l'emprise des droits fondamentaux et les soumet à la préséance de la loi¹¹⁸ – ce qui restreint d'autant la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité¹¹⁹.

VI. Conclusion

Ce bref parcours (subjectif) de l'évolution des structures du droit privé et du droit administratif entre les premières codifications et la fin du XX^e siècle a montré l'importance et les conséquences concrètes que peut avoir le rattachement d'une norme à une conception subjective ou objective de l'ordre juridique. La présence ou l'absence de droits subjectifs dans un domaine donné, si elle ne permet (plus)

¹⁰⁶ Cf. BOVAY (n. 42), 383. Il en va de même des décisions sociales des personnes morales de droit privé.

¹⁰⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6), 41.

¹⁰⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6), 40.

¹⁰⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6), 40.

¹¹⁰ TANQUEREL (n. 97), 198.

¹¹¹ RAIMBAULT (n. 4), 103.

¹¹² RAIMBAULT (n. 4), 103 s. et 107 s.

¹¹³ RAIMBAULT (n. 4), 108.

¹¹⁴ MOOR, Théorie (n. 10), 144.

¹¹⁵ CHARLES-ALBERT MORAND, Les nouveaux instruments d'action de l'État et le droit, in : Charles-Albert Morand (éd.), Les instruments d'action de l'État, Bâle 1991, 237-252, 251.

¹¹⁶ MOOR, Théorie (n. 10), 144.

¹¹⁷ MOOR, Théorie (n. 10), 144.

¹¹⁸ Ce qui n'est pas sans avantage au plan de la légitimation : MOOR, Théorie (n. 10), 144 s.

¹¹⁹ Dans le même sens sous la Constitution de 1874, cf. MORAND (n. 85), 216 s.

de qualifier celui-ci de privé ou public, nous donne des informations importantes quant aux dynamiques y applicables, en particulier dans un éventuel contentieux. Nombre d'enjeux théoriques, mais également pratiques en découlent.

Si nous résumons notre exposé, le droit privé est sans doute mieux structuré que le droit public. Sa structure a été réfléchie et elle repose sur des bases solides. Il existe néanmoins de multiples entorses aux principes. Les exceptions n'apparaissent plus tant comme des pathologies ou des anomalies, mais bien comme la manifestation d'un pragmatisme du droit. Ainsi, malgré les exceptions évoquées qui permettent de modérer la dogmatique entourant les droits subjectifs, nous n'observons pas de transformation fondamentale du droit privé et l'hégémonie des droits subjectifs est encore acquise.

Le droit administratif, quant à lui, est bien plus morcelé. Sa structure est à géométrie variable. Traditionnellement, il ignore la figure du droit subjectif et prétend à une vision purement objective de l'ordre juridique. Mais, par la justiciabilité des droits fondamentaux, ainsi que les fréquents droits publics subjectifs reconnus en faveur de l'administré, « *les données de l'action du juge administratif ont changé*¹²⁰. » Le changement vers un droit hybride, mettant l'accent, d'une part, sur des considérations d'intérêt général (traduites dans le principe de la légalité) et, d'autre part, sur certains intérêts individuels, tente de coordonner le meilleur des deux mondes. Et alors que l'abandon complet de l'approche objective ne nous semble ni opportun ni utile¹²¹, la conjonction des deux approches permet de grands progrès.

Par deux fois dans les derniers deux cents ans, les droits subjectifs se sont trouvés à l'épicentre de l'histoire de l'État de droit : en droit privé, car ils garantissent à chacun la protection de ses prérogatives individuelles ; en droit public, car ils symbolisent la consécration des droits fondamentaux¹²². Que nous nous penchions sur les phénomènes de subjectivisation du droit privé ou du droit public, ils se produisent en réaction à des événements humains majeurs. Dans les deux cas, le cœur du mouvement se trouve dans le souci de la défense de l'être humain et de ses attributs face aux dérives de la société de la fin du XVIII^e siècle ou de la première moitié du XX^e siècle.

¹²⁰ FROMONT, *Contrôle* (n. 39), 1132.

¹²¹ RAIMBAULT (n. 4), 109.

¹²² MOOR, *Théorie* (n. 10), 142 s.