

Les Cahiers de droit

Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle

Jean-Louis Autin



Volume 42, Number 3, 2001

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043673ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043673ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Autin, J.-L. (2001). Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle. *Les Cahiers de droit*, 42(3), 765–782. <https://doi.org/10.7202/043673ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2001

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle

Jean-Louis AUTIN*

	<i>Pages</i>
1 La dualité juridictionnelle est source de complexité	767
1.1 Le défaut de simplicité	768
1.1.1 L'introuvable critère de répartition des compétences	768
1.1.2 La parcellisation du contentieux de l'Administration	770
1.2 La persistance de l'instabilité.....	771
1.2.1 Les remèdes utilisés	771
1.2.2 Des efforts infructueux	773
2 La dualité juridictionnelle n'est pas source d'iniquité.....	775
2.1 Les garanties de la procédure administrative	775
2.1.1 Les garanties d'accès	775
2.1.2 Les garanties de traitement	777
2.2 Le rapprochement des jurisprudences	778
2.2.1 La convergence des moyens	778
2.2.2 L'équivalence des solutions	780

L'hésitation est perceptible en doctrine lorsqu'il s'agit de caractériser le système juridictionnel français. Faut-il parler de dualisme ou de dualité ? Le second terme sera préféré au premier, car la notion de dualité renvoie

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montpellier I.

au constat d'une situation que le terme « dualisme » a tendance à cristalliser et à valoriser. Or le propos n'est pas ici de défendre un système ni de préjuger de son avenir mais d'établir un diagnostic de son fonctionnement, d'effectuer en quelque sorte un « bilan coût-avantages » de l'organisation juridictionnelle que nous connaissons depuis bientôt deux siècles. Le bicentenaire du Conseil d'État est célébré à la fin de l'année 1999 et l'histoire de la dualité juridictionnelle est essentiellement celle du développement — à côté de la justice ordinaire — d'un ordre spécialisé dans le traitement des litiges administratifs.

La dualité juridictionnelle qui caractérise le système français est le produit combiné d'un refus et d'une nécessité. Le refus fut celui qui a été exprimé par les autorités publiques dès le début de la Révolution de voir le juge ordinaire connaître des affaires de l'Administration. Rejetant le souvenir des parlements provinciaux de l'Ancien Régime qui avaient fait souvent obstacle aux réformes administratives instaurées par le pouvoir royal, le législateur révolutionnaire allait consacrer par la *Loi des 16-24 août 1790* le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires qui demeure au fondement de l'organisation juridictionnelle française. La nécessité fut celle — qui ne s'imposa que peu à peu — de doter l'administration d'un juge spécialisé mais indépendant pour faire pièce à l'incompétence proclamée de l'ordre judiciaire à connaître du contentieux administratif.

L'émergence de l'ordre juridictionnel administratif ne se réalisa en effet que progressivement. Pendant près d'un siècle (1790-1872) a régné un système administratif de « justice retenue » dans lequel les autorités publiques elles-mêmes (chef de l'État, ministres, préfets) étaient appelées à statuer directement sur les litiges suscités par le fonctionnement des administrations, tandis que les fonctionnaires bénéficiaient de garanties procédurales empêchant de fait toutes poursuites personnelles à leur encontre. Le caractère exorbitant de cette situation ne fit l'objet que d'un modeste correctif sous Napoléon avec l'instauration de conseils-conseil d'État et conseils de préfecture — qui étaient chargés à l'époque, comme leur dénomination l'indique, d'assister les administrateurs actifs dans le règlement des litiges administratifs en leur fournissant des avis éclairés sur les questions de droit soulevées. C'est seulement au début de la III^e République avec la *Loi du 24 mai 1872* que fut assuré le passage à la « justice déléguée », le Conseil d'État et les conseils de préfecture étant désormais habilités à statuer souverainement sur les recours dont ils étaient saisis, sans avoir à en référer aux autorités relevant de l'administration active. De cette époque date la véritable naissance d'un ordre juridictionnel administratif au sens moderne de l'expression.

Ce bref rappel historique induit une réflexion critique qui, du point de vue du justiciable, comporte deux aspects. Le premier a trait à l'*efficacité* du système mis en place. Toute organisation duale suppose qu'un critère soit établi permettant de s'orienter facilement entre les deux branches qui la composent. Pour ce faire, un dispositif institutionnel existe, instauré dès 1872, pour régler les conflits de compétences entre les deux ordres juridictionnels et qui s'appuie sur le Tribunal des conflits, instance composée de manière paritaire de conseillers d'État et de conseillers à la Cour de cassation. Force est de reconnaître toutefois que, malgré les efforts déployés à travers une abondante jurisprudence, cette instance n'est pas parvenue à dégager un corpus de règles simples et pratiques, de nature à faciliter — dans les arcanes de la procédure — l'orientation du justiciable ; le système juridictionnel français est à l'évidence source d'une grande complexité¹.

Le second aspect fait référence à l'*équité* des solutions dégagées par chacun des deux ordres et qui prêtent évidemment à comparaison. Il est naturel de se demander si le justiciable reçoit un accueil identique devant les deux juridictions et si ses prétentions y sont traitées de manière équivalente. Le doute est légitime au regard de l'étroite proximité qui a longtemps existé entre l'Administration et son juge et qui persiste dans une certaine mesure. Le juge administratif ne se comporte-t-il pas davantage comme le défenseur des prérogatives de la Puissance publique que comme le protecteur des intérêts des administrés ? S'il faut admettre que dans le passé certaines jurisprudences administratives ont pu nourrir un tel soupçon, celui-ci n'est plus de mise ; la dualité n'est pas aujourd'hui synonyme d'iniquité².

1 La dualité juridictionnelle est source de complexité

La justice doit être considérée comme un service public. Rendue au nom du peuple français, elle est au service du public, c'est-à-dire des justiciables. Une bonne justice doit aller au-devant des préoccupations du justiciable et le premier souci de ce dernier est de connaître facilement le juge compétent pour trancher son litige. Les règles de répartition des compétences doivent ainsi être simples et stables ; simples, car le justiciable n'est pas nécessairement un juriste avisé, et stables, car des changements trop

-
1. *Loi des 16-24 août 1790*. Quelques années plus tard, le *Décret du 16 Fructidor an III* confirme : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit. »
 2. Jurisprudence instaurée par l'arrêt suivant : Cons. d'État 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, dans M. LONG et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 154.

fréquents nuisent à la compréhension et à la maîtrise du dispositif en vigueur. Or le système français ne répond à aucune de ces deux exigences.

1.1 Le défaut de simplicité

En 1790, interdiction a été faite au juge judiciaire de « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs » et de citer devant lui « les administrateurs pour raison de leurs fonctions » (1.1.1). Cependant, cette prohibition n'a jamais revêtu un caractère absolu ; si elle a été à peu près respectée à l'époque de l'État-gendarme, le développement de l'intervention publique puis l'avènement du dirigisme étatique en ont considérablement relativisé la portée. Peu à peu la frontière s'est brouillée ; les motifs d'intervention du juge judiciaire dans les affaires administratives se sont multipliés et l'interrogation sur la ligne de partage entre les deux ordres de juridictions n'a fait que se complexifier avec le temps.

1.1.1 L'introuvable critère de répartition des compétences

Une bonne administration de la justice aurait supposé qu'un principe simple soit édicté permettant au justiciable de reconnaître facilement le juge compétent pour connaître du différend qui l'oppose à l'administration. Tel n'est pas le cas : le critère de répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions reste introuvable.

Le critère n'est pas organique, car la qualité de la personne juridique n'est pas un élément décisif de détermination de la compétence. Il serait trop simple d'imaginer que celle du juge administratif est strictement commandée par la présence d'une personne publique en cause dans le litige. En réalité, les personnes publiques ont souvent à répondre de leurs agissements devant le juge judiciaire ; chaque fois en fait qu'elles se dépouillent de leurs attributs de puissance pour se comporter comme des sujets de droit ordinaires : par exemple, en passant des contrats dans les conditions du droit commun (1.1.2). Inversement, il n'est pas rare que des personnes privées soient citées à comparaître devant le juge administratif : s'agissant ainsi du contentieux, il est vrai en particulier des contraventions de grande voirie (sanctionnant les atteintes à l'intégrité du domaine public) ou plus largement des litiges concernant les marchés publics, ou encore dans les hypothèses de gestion par une personne privée d'un service public au moyen de prérogatives de puissance publique (cas des caisses d'assurances sociales par exemple)³.

3. Jurisprudence instaurée par l'arrêt suivant : Cons. d'Ét. 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, dans M. LONG et autres, *op. cit.*, note 2, p. 332.

Toutefois, le critère n'est pas pour autant d'ordre matériel, car si la nature de l'activité à l'origine du litige n'est pas indifférente, sa prise en considération n'a pas d'effet automatique sur la compétence juridictionnelle. L'extension de l'intervention publique dans le champ des activités sociales a contribué de ce point de vue au brouillage des pistes. Ainsi, certaines tâches prises en charge par des personnes publiques sont néanmoins considérées comme des activités privées de l'Administration, donc relevant du contentieux du juge ordinaire⁴. En outre, la qualification de service public attribuée à certaines activités n'entraîne pas nécessairement la compétence du juge administratif, car il y a lieu alors de distinguer entre services publics administratifs (correspondant aux prérogatives régaliennes) et services publics industriels et commerciaux (les activités économiques proprement dites) pour lesquels la compétence est en principe judiciaire⁵.

Enfin, le recours au critère formel n'est que d'un faible secours. Certes, il est de principe que la compétence suit le fond. L'arrêt *Blanco* exprime d'ailleurs ce principe fondamental : c'est parce que la responsabilité de la puissance publique est soustraite à l'application des règles établies par le *Code civil* que son contentieux est confié au juge administratif. À l'inverse, lorsque des situations sont régies par des rapports de droit privé, leur contentieux relève logiquement de la juridiction judiciaire. Outre que le principe admet des exceptions qui ne sont pas négligeables, la question du régime juridique applicable est en réalité l'une des inconnues du litige à régler ; si bien que, le plus souvent, la règle mise en œuvre pour résoudre la question de droit soulevée sera une conséquence de la saisine du juge et non sa cause initiale.

Force est de reconnaître au total que la répartition des compétences entre les deux ordres ne résulte pas de l'application d'un critère unique et explicite, mais qu'elle s'opère de manière pragmatique par la combinaison, variable selon les cas, des trois critères mentionnés.

-
4. Il en va ainsi par exemple pour la gestion du domaine privé qui n'est pas considérée comme une activité de service public (Trib. confl. 3 novembre 1950, *Cons. Giudicelli, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 534) ; ou encore de la gestion de certaines entreprises publiques dont l'activité n'est pas constitutive d'un service public (Renault avant sa privatisation par exemple).
 5. Jurisprudence instaurée par l'arrêt suivant : Trib. confl. 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, dans M. LONG et autres, *op. cit.*, note 2, p. 223 ; Cons. d'Ét. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 434.

1.1.2 La parcellisation du contentieux de l'Administration

L'absence de principe directeur susceptible de régler simplement la question de la compétence du juge induit inévitablement une extrême parcellisation du contentieux intéressant l'Administration. Deux exemples tirés de contextes différents permettront d'illustrer le propos.

Le premier concerne les atteintes au droit de propriété privée, dont les juristes considèrent traditionnellement qu'il doit être placé sous la protection du juge judiciaire⁶. Pourtant, sans parler des textes législatifs ponctuels qui aménagent des régimes particuliers d'indemnisation en cas de dépossession d'un bien par voie administrative, trois lignes jurisprudentielles modulent l'application du principe. D'abord, la théorie de l'emprise irrégulière veut que le caractère irrégulier de la dépossession ou de l'occupation temporaire d'un immeuble par des services administratifs soit constatée par le juge administratif avant que la réparation des dommages en résultant soit ordonnée par le juge judiciaire. Ensuite, la théorie de la voie de fait donne au contraire pleine compétence au juge ordinaire pour constater et réparer les atteintes graves à la propriété privée (mobilière ou immobilière) mais dans les seuls cas où l'action de l'Administration est manifestement illégale, c'est-à-dire nonsusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir lui appartenant. Enfin, le contentieux proprement dit de l'expropriation pour cause d'utilité publique donne lieu à un partage très subtil des compétences entre les deux ordres. En principe, la répartition s'effectue simplement : au juge administratif le soin d'apprécier la légalité des mesures administratives (déclaration d'utilité publique et arrêté de cessibilité) ; au juge judiciaire la responsabilité d'évaluer la juste et préalable indemnité à servir au propriétaire visé. En pratique, les choses se révèlent plus compliquées. Ainsi, le juge judiciaire peut être amené, au moment de rendre l'ordonnance d'expropriation, à exercer un contrôle indirect de la procédure administrative paralysant finalement l'opération⁷. Inversement, la compétence du juge administratif resurgit au stade de l'indemnisation, s'agissant de réparer les dommages imputables à des lenteurs de la procédure administrative, ou encore les préjudices liés à l'exécution de travaux publics consécutifs à la prise de possession des biens expropriés.

6. La compétence du juge judiciaire pour assurer l'indemnisation en cas de dépossession d'un bien constitue un « principe de valeur constitutionnelle » (Cons. constit. 13 déc. 1985, Décision n° 85-198 DC, A.J.D.A., 1986.171).

7. C'est ainsi par exemple que la Cour de cassation a cassé pour vice de forme, le 7 mai 1980, 66 ordonnances d'expropriation intéressant l'extension du Camp du Larzac qui ne s'est finalement jamais produite (D. 1980.J.523).

Le second exemple a trait à la protection de la liberté individuelle dont l'« autorité judiciaire » est « gardienne », selon les termes de l'article 66 de la Constitution. Or cet énoncé apparemment catégorique n'empêche pas que resurgissent au profit du juge administratif des titres de compétence particuliers. Ainsi, s'agissant des mesures de placement d'office dans les hôpitaux psychiatriques, la jurisprudence est désormais fixée dans le sens où le juge judiciaire est certes seul compétent pour apprécier la *nécessité* de l'hospitalisation d'office, mais où la *régularité* de la procédure de placement est placée sous le contrôle du juge administratif⁸. Il est de même notable que, en matière de police des étrangers, les mesures administratives de reconduite à la frontière ou d'expulsion voient leur légalité contrôlée par le juge administratif, la loi ayant aménagé le dispositif en vigueur avec l'aval du Conseil constitutionnel⁹. Il ne saurait être question bien entendu d'inférer de ce simple constat que le juge administratif assure une moindre protection de la liberté individuelle que le juge judiciaire ; mais, au stade de la compréhension du système de répartition des compétences, force est de conclure à l'extrême complexité de l'état du droit français.

1.2 La persistance de l'instabilité

Évidemment, les inconvénients de cette situation qui se sont amplifiés au fil des ans ont été maintes fois soulignés et dénoncés ; des mécanismes correcteurs ont été imaginés pour y remédier, tant la récurrence des occasions de conflits nuit à l'efficacité et à la crédibilité de l'organisation juridictionnelle française. Cependant, les efforts déployés aussi bien par voie législative que par voie jurisprudentielle ne constituent que des palliatifs insuffisants. L'incertitude est au cœur du système qui se révèle réfractaire à toute tentative de réforme.

1.2.1 Les remèdes utilisés

Devant des hypothèses d'imbroglie juridique, et dès lors que la difficulté éprouvée est d'ordre structurel, deux réactions sont concevables en méthode. Soit traiter les contentieux au cas par cas et tenter de les résoudre de manière pragmatique par une combinaison circonstancielle des différents paramètres déjà mentionnés ; soit tenter de définir — à défaut d'une impossible solution globale — des réponses sectorielles et cohérentes par

8. Trib. confl. 6 avril 1946, *Maschinot*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 326 ; Cons. d'Ét. 11 mars 1996, *Commune de Saint-Herblain*, J.C.P. 1996.II.22743.

9. Cons. constit. 28 juil. 1989, Décision n° 89 261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*.

rapport à la question lancinante du mode de répartition des compétences juridictionnelles. L'une et l'autre des deux techniques ont été mises en œuvre tant par le juge que par le législateur.

L'adoption de solutions ponctuelles est le lot du Tribunal des conflits puisqu'il est précisément chargé de régler les difficultés de compétence qui s'élèvent entre les deux ordres de juridictions. Si le nombre des affaires qu'il a à traiter est désormais réduit (une quarantaine par an en moyenne), plusieurs de ses interventions récentes ont défrayé la chronique et souligné l'intérêt qui continue de s'attacher à sa jurisprudence¹⁰. De son côté, le législateur intervient de temps à autre pour des raisons d'opportunité et notamment pour corriger des solutions jurisprudentielles peu satisfaisantes. Ainsi, de nombreux textes législatifs particuliers ont été adoptés pour déterminer la juridiction compétente aux fins d'indemniser les propriétaires en compensation de l'institution de servitudes grevant leurs immeubles : compétence du juge judiciaire pour les servitudes intéressant les distributions d'énergie (loi de 1906) ou pour celles qui résultent du classement d'un immeuble comme monument historique (loi de 1913) ou encore pour celles qui concernent le passage des pistes de ski et les remontées mécaniques (loi de 1985) ; compétence du juge administratif en revanche pour l'indemnisation des propriétaires dont les immeubles sont assujettis à une servitude d'occupation temporaire liée à l'exécution de travaux publics (loi de 1892). Dans un autre ordre d'idées peut être aussi notée l'intervention de la *Loi du 5 avril 1937* relative à la responsabilité de l'État du fait des accidents scolaires : les parents des victimes n'ont d'autre action que contre l'État, dont la responsabilité est substituée à celles des « enseignants fautifs », sachant que l'action relève toujours de la compétence des tribunaux judiciaires.

Plus intéressante est la technique dite des blocs de compétence, permettant au-delà du cas concret résolu de dégager une solution de principe applicable à un ensemble significatif de questions contentieuses analogues ou voisines. Le législateur y recourt parfois : ainsi la *Loi du 31 décembre 1957* a unifié le régime de responsabilité du fait des accidents causés « par un véhicule quelconque » en confiant l'ensemble de ce contentieux au juge judiciaire, que le véhicule soit privé ou administratif ; dans un autre domaine, la même solution a été retenue — compétence exclusive des tribunaux judiciaires — s'agissant de la responsabilité civile des exploitants publics et privés d'installations nucléaires civiles et militaires (*Loi du 30 octobre 1968*). L'élaboration de blocs de compétences résulte aussi

10. Trib. confl. 12 mai 1997, *Préfet de police c. Ben Salem et Taznaret*, A.J.D.A., 1997.575.

fréquemment de positions jurisprudentielles intéressant tel ou tel secteur de l'action administrative. Ainsi, de longue date, la matière des travaux publics — en relation avec la vieille loi du 28 pluviose an VIII interprétée de manière extensive — est considérée comme un domaine de compétence privilégié de la juridiction administrative, qu'il s'agisse de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou encore de la garantie décennale des entrepreneurs et architectes. Dans un autre domaine, souvenons-nous que c'est à la jurisprudence du tribunal des conflits que l'on doit la célèbre théorie du service public industriel et commercial dont la principale conséquence est d'assujettir en principe les activités en relevant au régime de droit privé sous le contrôle du juge judiciaire.

Sans doute bienvenues, ces initiatives ne pallient que très imparfaitement les aléas de la dualité juridictionnelle.

1.2.2 Des efforts infructueux

Chacun ne peut évidemment que se réjouir de constater que dans des cas précis des solutions claires sont apportées au problème de la détermination du juge compétent. Toutefois, ces hypothèses — aussi importantes qu'elles apparaissent en pratique — ne concernent qu'une fraction minime du contentieux de l'Administration. Par ailleurs, la théorie des blocs de compétences, qui serait de nature à simplifier de manière radicale les données de la répartition des compétences, n'aboutit qu'à des résultats médiocres pour des raisons qui méritent d'être explicitées. Trois exemples illustreront le propos.

Il est tout d'abord des situations où l'Administration tente de résister à l'application de la loi. Tel fut le cas avec celle du 31 décembre 1957 : l'Administration se braquant contre l'attribution de compétence au juge judiciaire pour connaître des dommages causés par les véhicules administratifs, une abondante jurisprudence a été nécessaire pour préciser ce qu'était un véhicule au sens de la loi. Le Tribunal des conflits a eu ainsi l'occasion de préciser qu'un véhicule est tout engin susceptible de se mouvoir par le moyen d'un dispositif propre, sans pour autant résoudre toutes les questions pratiques... Il a fallu attendre encore quelques arrêts pour apprendre que « la qualité de véhicule était refusée aux conteneurs d'ordures ménagères, en dépit des roulettes dont ils sont agrémentés. Le sort des charrettes à bras a été différent : ce sont des véhicules. Celui des brouettes reste en suspens¹¹. »

11. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 13^e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1999, p. 852.

Ensuite et inévitablement des situations contentieuses surgissent mettant aux prises deux blocs de compétences d'origine jurisprudentielle donc d'égale valeur, entre lesquels l'un doit nécessairement l'emporter sur l'autre. Par exemple, le fonctionnement des ouvrages publics est susceptible de provoquer des accidents dont le contentieux relève en principe du juge administratif en application de la théorie des dommages de travaux publics. Cependant, un tel ouvrage peut parfois être utilisé dans la gestion d'un service public industriel et commercial (s'agissant par exemple des équipements ferroviaires et des gares), dont la connaissance appartient normalement au juge judiciaire. L'un des deux blocs doit donc céder. En l'espèce, c'est d'ailleurs une solution intermédiaire qui a été retenue, liée à la qualité de la victime du dommage. Lorsque la victime est un usager du service public gestionnaire de l'ouvrage, la compétence sera judiciaire ; en revanche si elle utilise l'ouvrage public sans revêtir la qualité d'usager du service, la compétence restera administrative¹². La solution est sans doute logique au regard des schémas théoriques en présence, mais force est de reconnaître, d'une part, qu'elle ouvre sur de nouvelles difficultés pratiques (il n'est pas toujours facile de préciser la qualité de la victime) et, d'autre part, qu'elle fragilise la notion même de bloc de compétences.

Enfin, et la question est d'importance pour l'avenir, la volonté législative de constituer un bloc de compétences peut de fait être battue en brèche pour des raisons pratiques. Ainsi, le souci légitime manifesté par l'*Ordonnance modifiée du 1er décembre 1986* et avalisé par le Conseil constitutionnel¹³ d'unifier le contentieux de la concurrence au profit de l'ordre juridictionnel principalement intéressé, c'est-à-dire l'ordre judiciaire, est progressivement remis en cause par l'évolution de la jurisprudence administrative depuis cette date. En effet, l'extension régulière du droit de la concurrence à un nombre croissant d'activités, y compris administratives, phénomène lié aux progrès de l'intégration communautaire, conduit peu à peu le Conseil d'État, dans le cas du contentieux administratif ordinaire, à en faire une application systématique et donc à s'ériger en interprète autorisé de ses dispositions au même titre que la Cour de cassation.

Preuve supplémentaire, s'il en était besoin, que la dualité juridictionnelle n'a pas épuisé son potentiel de difficultés pour le justiciable.

12. Trib. confl. 24 juin 1954, *Dame Galland*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 717 ; Cons. d'Ét. 13 janvier 1961, *Département du Bas-Rhin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 38.

2 La dualité juridictionnelle n'est pas source d'iniquité

Une lourde hypothèque pèse sur le système juridictionnel français : elle tient aux modalités controversées qui ont présidé à la naissance de la justice administrative et que nous avons rappelées en introduction. Incontestablement, la juridiction administrative a été conçue sur le mode d'un privilège de juridiction concédé à l'Administration ; et malgré les aménagements de toutes sortes intervenus depuis l'origine qui lui ont permis de trouver toute sa place dans le régime français de démocratie libérale, le Conseil d'État — car c'est de lui qu'il s'agit au premier chef — continue de faire l'objet de critiques récurrentes liées à sa trop grande proximité du Pouvoir et à sa faveur supposément trop marquée pour les intérêts de l'Administration. Tout en reconnaissant qu'il n'était pas jadis dénué de fondement, nous estimons que ce soupçon doit être désormais dissipé. Le justiciable qui se présente aujourd'hui au prétoire administratif bénéficie de solides garanties procédurales ; il a, de plus, l'assurance que sa cause sera entendue au fond de manière équitable, compte tenu du rapprochement qui s'opère entre les jurisprudences des deux ordres.

2.1 Les garanties de la procédure administrative

Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance que revêt, en vue d'un procès équitable, la procédure qui sera suivie devant la juridiction saisie. Or, quitte à surprendre, l'appréciation à porter sur la procédure administrative contentieuse s'avère très positive. Les garanties offertes au justiciable de nos jours sont tout à fait satisfaisantes et, par certains aspects, plus favorables que celles dont il disposerait devant le juge judiciaire, que la personne se place sur le terrain de l'accès à la juridiction ou sur celui de l'instruction des recours.

2.1.1 Les garanties d'accès

L'accès au prétoire administratif est extrêmement aisé, dépourvu de formalisme et souvent peu onéreux. Sans examiner toutes les règles inhérentes à la présentation des requêtes, quelques points essentiels méritent d'être soulignés :

- une simple lettre rédigée sur papier libre et en langue française suffit pour introduire valablement un recours ; elle doit contenir l'exposé des faits litigieux et les moyens invoqués par le requérant à l'appui de sa

13. Cons. constit. 23 jan. 1987, Décision n° 86-224 DC, dans M. LONG et autres, *op. cit.*, note 2, p. 704.

demande ; doit accompagner la requête la décision attaquée ou la pièce justifiant du dépôt d'une demande lorsque c'est une décision implicite de rejet qui est attaquée. On ne saurait faire preuve d'un plus grand libéralisme ;

- le coût d'accès à la juridiction administrative est des plus réduits. Jusqu'à une époque récente, il pouvait même se révéler totalement nul ; mais depuis le 1^{er} janvier 1994 et pour dissuader les requérants intempestifs, la recevabilité de la requête est subordonnée au paiement d'un droit de timbre de 100FF dont seules sont dispensées les personnes bénéficiaires de l'aide juridictionnelle. Dans un ordre d'idées voisin, il faut ajouter que le ministère d'avocat n'est pas exigé en matière d'excès de pouvoir dans le contentieux des impositions, celui des pensions, celui des élections et dans certains aspects du contentieux de la responsabilité (dommages de travaux publics), du moins devant les juridictions inférieures. Si la nécessité de recourir à un avocat devant les juridictions de l'ordre judiciaire renchérit considérablement le coût de la justice et décourage dans certains cas l'action des justiciables, la facilité d'accès au juge administratif est d'autant plus remarquable ;
- enfin, l'intérêt à agir du requérant est entendu de manière très libérale par le juge administratif. Sauf en matière de plein contentieux où le recours est fondé sur l'existence d'un droit subjectif lésé aisément reconnaissable, le requérant n'a pas nécessairement à démontrer qu'une atteinte a été portée à l'un de ses droits pour être recevable à agir devant le juge administratif. Ainsi, sans faire du recours pour excès de pouvoir « une action populaire » offerte à tout citoyen contre n'importe quelle décision, le juge en admet largement l'ouverture, ce qui est d'autant plus significatif qu'il est dispensé du ministère d'avocat. Il suffit au requérant de prouver qu'il détient un intérêt personnel au redressement d'une situation irrégulière, que cet intérêt soit matériel ou moral, individuel ou collectif, dès lors qu'il est légitime. Du droit lésé à l'intérêt méconnu, c'est en passant de l'un à l'autre que le juge administratif a bâti, avec le contentieux de l'annulation des actes, l'un des plus solides remparts qu'il soit possible d'imaginer contre l'arbitraire administratif ;
- reste que les recours contentieux doivent être introduits dans des délais très brefs : le délai de droit commun est de deux mois à compter de la notification d'une décision individuelle ou de la publication d'un acte réglementaire. Lorsque l'Administration a été saisie d'une demande à laquelle elle ne répond pas, le délai de deux mois court à compter de l'expiration du délai de quatre mois à l'issue duquel inter-

vient une décision implicite de rejet. Il existe en outre de nombreux délais spéciaux généralement plus courts, notamment en matière de contentieux électoral. La brièveté de ces délais, nécessaire à la sécurité des relations juridiques, pourrait constituer une gêne pour les justiciables. Cependant, un décret de 1983 a prévu que les délais de recours ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours possibles, dans la notification de la décision.

Au total, personne ne prétend aujourd'hui qu'il existe pour le justiciable des obstacles réels à faire valoir sa cause devant le juge administratif.

2.1.2 Les garanties de traitement

Pour être organisée et se dérouler de manière très différente de la procédure civile, la procédure administrative contentieuse n'en offre pas moins des garanties très sérieuses au justiciable qui, pour de multiples raisons aisément imaginables, risque de se trouver dans une position d'infériorité devant une administration dont il conteste la prétention ou à laquelle il demande réparation.

Évidemment, la procédure administrative est pleinement contradictoire ; et c'est bien par l'organisation de la contradiction qu'il est possible de remédier au mieux à l'inégalité naturelle des parties. Ainsi, le juge ne se prononcera que sur la base d'un échange argumenté des positions des parties en présence, au cours duquel les moyens invoqués par chacune d'entre elles sont communiqués à l'autre afin de faire l'objet d'un débat approfondi, qu'il finira par trancher. Toutefois, les autres traits de la procédure administrative la différencient nettement de la procédure judiciaire.

La procédure suivie devant les juridictions administratives est essentiellement écrite : mémoire introductif, mémoire en réplique, ordonnance du chef de juridiction, rapport du magistrat spécialisé, conclusions du commissaire de gouvernement. Cette exigence confère au procès administratif un caractère objectif qui ne peut que servir les intérêts du justiciable ; celui-ci obtiendra en effet communication de tous les documents produits par la partie administrative et pourra par écrit en discuter la pertinence ou la validité. La partie orale du débat lors de l'audience publique joue un rôle marginal. Certes, le justiciable ou son avocat — comme d'ailleurs l'Administration — peuvent se faire entendre à cette occasion, mais les observations orales et les plaidoiries ne peuvent que développer le contenu des mémoires écrits et en pratique elles interviennent rarement.

Enfin, cette procédure revêt un caractère inquisitorial très marqué, en opposition totale avec la procédure civile de type accusatoire. Alors que

devant le juge judiciaire ce sont les parties qui conduisent l'instance, le procès administratif est dirigé exclusivement par le juge. C'est à lui que sont adressés les mémoires et documents écrits et c'est lui qui organise leur échange en même temps qu'il impartit à chacun les délais de réponse appropriés. Le trait le plus significatif réside toutefois dans la possibilité que s'est reconnue le juge administratif lui-même de répartir la charge de la preuve entre le requérant et l'Administration. Sans doute n'a-t-il pas formellement renversé la règle selon laquelle la charge de la preuve incombe normalement au demandeur, mais, passant outre l'interdiction faite au juge civil de « suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve », il s'est conféré le pouvoir dans une affaire restée célèbre « d'exiger de l'administration la production des documents susceptibles d'établir sa conviction¹⁴ » puis la communication des « raisons de fait ou de droit¹⁵ » pour lesquelles a été prise la décision contestée.

Ce faisant, et en marge des textes, le juge administratif a su établir l'égalité des armes dans des conditions dont chacun s'accorde aujourd'hui à reconnaître le caractère satisfaisant.

2.2 Le rapprochement des jurisprudences

La procédure est une chose, le fond en est une autre. À cet égard, force est de reconnaître que le grief souvent adressé au juge administratif de ne pas tenir la balance égale entre les prérogatives de la Puissance publique et les intérêts du justiciable a pu se nourrir historiquement de solides arguments ; dès lors, la comparaison établie entre les jurisprudences judiciaire et administrative tournait inévitablement au détriment de la seconde. Dans des situations voisines ou comparables, le juge judiciaire se montrait plus soucieux que le juge administratif de protéger les droits individuels et les intérêts patrimoniaux des personnes privées. Ce temps est désormais révolu, et le justiciable n'a plus à regretter de devoir s'adresser au juge administratif ; celui-ci est maintenant doté de moyens similaires de contrôle et les solutions qu'il adopte sont tout à fait équivalentes à celles qui sont dégagées par le juge de droit commun.

2.2.1 La convergence des moyens

L'office du juge comporte deux aspects. Il doit bien sûr trancher le litige qui lui est soumis : c'est sa mission intrinsèque qui correspond précisément à la *jurisdictio* du droit romain. Cependant, pour assurer l'autorité

14. Cons. d'Ét. 28 mai 1954, *Barel*, dans M. LONG et autres, *op. cit.*, note 2, p. 507.

15. Cons. d'Ét. 26 janvier 1968, *Société Maison Génestal*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 62.

de la chose jugée, il doit aussi disposer de tous les moyens nécessaires au rétablissement de la légalité. La solution est bien admise en droit privé, car le commandement (*l'imperium* du droit romain) est une manifestation à part entière de la fonction de juger. En revanche, elle ne s'est imposée qu'avec difficulté en droit administratif français, car l'idée de contraindre l'Administration s'accordait mal avec la tradition juridique de la France. Ces préventions sont en passe d'être définitivement levées. Si le juge administratif n'a pas estimé possible de passer outre le silence de la loi et de transgresser les interdits qu'il s'était lui-même assignés, des textes législatifs — déjà adoptés ou sur le point de l'être — lui confèrent désormais dans ce domaine des pouvoirs analogues à ceux dont dispose traditionnellement le juge judiciaire.

S'astreignant à un devoir de réserve à l'égard de l'Administration qu'aucun texte ne lui imposait explicitement, le juge administratif s'est toujours interdit d'assortir spontanément ses décisions de mesures de contrainte destinées à surmonter la résistance ou l'inertie de l'Administration¹⁶. Il en résultait trop souvent des situations choquantes pour le juriste et inadmissibles pour le justiciable qui, détenteur d'un titre de justice, n'obtenait que difficilement ou tardivement sa bonne exécution. Les progrès de l'esprit public ont fini par provoquer une réaction législative en deux temps — la *Loi du 16 juillet 1980* et la *Loi du 8 février 1995* — qui ont établi la plénitude de juridiction du juge administratif. Sans entrer dans le détail d'une législation complexe dont toutes les potentialités n'ont pas encore été explorées, deux points essentiels méritent de retenir l'attention.

D'une part, sur demande expresse du requérant introduisant sa requête principale, tout juge administratif peut désormais assortir sa décision d'une injonction d'exécution, dans le cas où la chose jugée implique nécessairement qu'une mesure déterminée soit prise.

D'autre part, en cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative quelconque, le seul Conseil d'État peut prononcer contre l'Administration récalcitrante une astreinte (condamnation à payer une somme d'argent déterminée par jour de retard) destinée à provoquer cette exécution et dont la liquidation sera opérée ultérieurement.

Même si le juge n'utilise pour le moment ses nouveaux pouvoirs qu'avec une certaine retenue, son office se trouve ainsi parfaitement établi.

S'agissant des mesures d'urgence qui peuvent être ordonnées à titre conservatoire ou pour éviter la survenance de situations irrémédiables, la

16. Voir, à titre exceptionnel, Cons. d'Ét. 26 décembre 1925, *Rodière*, dans M. LONG et autres, *op. cit.*, note 2, p. 262.

panoplie du juge administratif était aussi traditionnellement moins pourvue que celle dont dispose le juge judiciaire. Il n'était certes pas privé de moyens pour pallier la longueur des procédures, mais ces moyens étaient assortis de restrictions qui en limitaient considérablement l'efficacité. C'est ainsi que, pour s'en tenir aux techniques de droit commun, le président d'un tribunal administratif pouvait certes en cas d'urgence « ordonner toutes mesures utiles » mais « sans faire préjudice au principal et sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative » (*Loi du 28 novembre 1955*). Quant au sursis à exécution, il a toujours été considéré en jurisprudence comme une simple facilité pour le juge, qui soumettait en outre son octroi à une double condition : l'une tenant aux conséquences irréversibles de la décision dont le sursis est demandé, l'autre tenant à l'existence d'au moins un moyen sérieux d'annulation. Existaient par ailleurs des procédures spéciales de sursis ou d'urgence, mais limitées dans leur champ d'application et finalement peu usitées.

Un projet de loi soumis au Parlement le 18 mars 1999 et qui a été adopté en première lecture devrait remédier à ces carences, en instituant un juge administratif de l'urgence analogue au juge civil des référés et en transformant le sursis à exécution en un « référé suspension » à l'octroi plus facile et à des conditions simplifiées.

2.2.2 L'équivalence des solutions

Il n'est pas aisé d'établir un bilan comparé des jurisprudences administrative et judiciaire, ne serait-ce que pour une raison de bon sens : si un litige a été porté et réglé devant un ordre de juridiction, il est impossible par définition de connaître la solution qui aurait été adoptée si une juridiction de l'autre ordre avait été appelée à le trancher.

Au-delà de cette appréciation élémentaire, la tentation de comparer surgit de l'observation que la séparation des deux ordres n'a jamais été synonyme d'ignorance réciproque entre les juridictions. Le principe selon lequel compétence juridictionnelle et fond du droit appliqué sont liés connaît de longue date plusieurs dérogations. Ainsi, le Conseil d'État se réfère sans difficulté à des règles édictées par le *Code civil*, par exemple aux articles 1153 et 1154 sur les intérêts moratoires et sur leur compensation ou encore aux articles 1792 et 2270 sur la garantie décennale des entrepreneurs en matière de travaux publics ; mais il précise alors que, ce faisant, il applique moins les dispositions édictées que les principes dont elles s'inspirent. À l'inverse, le juge judiciaire recourt parfois au régime et aux mécanismes du droit administratif pour résoudre certains litiges : par exemple, lors de la mise en cause de la responsabilité de l'État en raison de l'activité

des services judiciaires¹⁷ ou de certaines autorités administratives indépendantes¹⁸ ; de même, le juge pénal qui a pleine compétence pour apprécier la légalité des actes administratifs servant de fondement aux poursuites le fait en appliquant les mêmes normes et en exerçant le même contrôle que le juge administratif¹⁹.

Le besoin de confronter les deux approches et leurs résultats s'impose d'autant plus dans certains domaines où les enjeux patrimoniaux et financiers sont importants et où les questions à régler sont identiques ou voisines mais soumises à deux juridictions différentes, à raison des exigences du principe de la séparation. Il en va ainsi dans le domaine de la responsabilité où, pour des dommages que rien ne différencie fondamentalement, la compétence sera selon les cas soit administrative, soit judiciaire.

Or le régime de responsabilité appliqué par les juridictions administratives a longtemps été moins avantageux pour les justiciables que celui qui est mis en œuvre devant les juridictions judiciaires. Depuis l'instauration de la justice déléguée, le Tribunal des conflits avait estimé en effet que les dispositions du *Code civil* (art. 1382 et suiv.) devaient être écartées et que la responsabilité de l'Administration « n'est ni générale ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés²⁰ », ce qui trop souvent revenait à sacrifier les intérêts des justiciables au souci de préserver les deniers publics.

Cette époque est désormais révolue et le régime indemnitaire garanti devant le juge administratif est maintenant équivalent, voire plus favorable que celui qui est pratiqué par le juge ordinaire. Il en va ainsi pour les règles d'évaluation des dommages de travaux publics²¹ mais aussi et surtout dans le domaine de la responsabilité médicale au sein des services publics hospitaliers. Alors que pendant une longue période le Conseil d'État n'engageait la responsabilité de ces services que sur le terrain de la faute lourde difficile à démontrer, il a abandonné cette exigence à propos des actes médicaux²² et a décidé, suivant la même logique, de soumettre les actes non

17. Cass. civ. 23 novembre 1956, *Trésor public c. Giry*, dans M. LONG et autres, *op. cit.*, note 2, p. 537.

18. Voir, s'agissant de la Commission des opérations de bourse (COB), Paris, 6 avril 1994, D. 1994.J.511.

19. Trib. confl. 16 juin 1923, *Septfonds*, dans M. LONG et autres, *op. cit.*, note 2, p. 249.

20. Trib. confl. 8 février 1873, *Blanco*, dans M. LONG et autres, *op. cit.*, note 2, p. 1.

21. Cons. d'État. 8 juillet 1998, *Département de l'Isère*, A.J.D.A., 1998.797.

22. Cons. d'État. 10 avril 1992, *Époux V.*, dans M. LONG et autres, *op. cit.*, note 2, p. 760.

médicaux liés aux interventions d'urgence au régime de la faute simple²³. Parallèlement, le juge administratif s'est engagé dans la voie de la reconnaissance d'une responsabilité administrative sur la base du risque encouru par les patients. Certes, les conditions mises à la réparation d'un préjudice causé par une intervention non fautive sont très strictes, mais l'aléa thérapeutique est désormais pris en considération²⁴, de même que l'absence de but thérapeutique à l'origine d'un acte chirurgical²⁵. Ainsi, de manière spectaculaire, le Conseil d'État a créé au cours des années 90 un régime de responsabilité sans faute du service public hospitalier qui est sans équivalent dans les établissements de soins privés selon le régime appliqué par le juge judiciaire.

En tout état de cause, le différentiel d'appréciation entre les deux ordres de juridictions n'est plus tel aujourd'hui qu'il puisse fonder une mise en cause sérieuse de la jurisprudence administrative.

Au total, certains se demanderont s'il est bien raisonnable de pérenniser un système d'une telle complexité, alors que les jurisprudences élaborées dans chacun des deux ordres ont tendance à se rapprocher sinon à se confondre. Nous ferons remarquer dans cette optique que sur le plan organique également — avec la mise en place des cours administratives d'appel — les deux ordres sont désormais organisés selon des modalités voisines sinon identiques. Faut-il donc unifier le système juridictionnel français ? Une réponse affirmative serait certainement prématurée ; elle méconnaîtrait ce trait caractéristique de la culture administrative française qui continue de faire du Conseil d'État l'élément de régulation indispensable à l'activité des pouvoirs publics.

23. Cons. d'Ét. 20 juin 1997, *Theux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 254.

24. Cons. d'Ét. 9 avril 1993, *Bianchi*, *Rev. fr. dr. adm.* 1993.573.

25. Cons. d'Ét. 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, *Rev. fr. dr. adm.* 1998.90.