

AJDA 2005 p.1767**Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel⁽¹⁾****Didier Truchet, Professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas Paris II****L'essentiel**

Réunir dans une seule juridiction les deux ordres, judiciaire et administratif, serait favorable à une bonne administration de la justice, mais répondrait surtout à une vision moderne de la justice et du droit dans une société telle que la nôtre. Cependant l'évolution se fait davantage vers la convergence des règles que vers celle des juges. Ce qui est sans doute regrettable, notamment pour l'avenir du droit administratif.

Il faut sans doute une étrange obstination pour revenir sur un thème cent fois traité et cent fois écarté : la réunion des juridictions judiciaire et administrative en un seul ordre de juridiction.

Leurs membres ne le souhaitent pas, les professions juridiques et judiciaires n'en voient pas l'intérêt, le justiciable n'en mesure pas les enjeux et le pouvoir politique « a d'autres chats à fouetter ». La cause est perdue, à court ou moyen terme.

Je ne me lasse cependant pas de la plaider.

C'est, me semble-t-il, l'un des rôles de la doctrine que de ne jamais rien tenir pour acquis. Elle doit sans cesse s'interroger sur la pertinence du droit positif en vigueur et envisager des solutions nouvelles qui lui paraîtraient propices au progrès de notre système juridique. Se heurter au scepticisme ou à l'incompréhension ne doit pas la décourager.

Plus que sur les inconvénients du dualisme, c'est sur une vision du droit et de la justice dans notre pays que je m'appuie : ils rempliraient mieux, à mes yeux, leur office avec un système juridictionnel unifié.

Les défauts du dualisme

Les inconvénients du dualisme sont bien connus, mais ils ne suffisent pas à le condamner, eu égard à une tradition respectable et aux services qu'il a rendus et rend encore.

En termes de bonne administration de la justice, ils tiennent principalement à la complexité de la répartition des compétences, avec son cortège de conséquences fâcheuses : relative incertitude sur le juge qu'il convient de saisir, obligation pour ce dernier de renvoyer à l'autre ordre les questions préjudicielles qu'il ne peut trancher lui-même, allongement corrélatif (au-delà du raisonnable ?) du délai de règlement définitif des affaires, surtout en cas de détour par le Tribunal des conflits. Mais, objectera-t-on, il s'agit là de circonstances rares, qui ne justifient pas à elles seules que l'on bouleverse un système qui a fait ses preuves et qui, dans l'immense majorité des cas, fonctionne bien.

J'en conviens très volontiers. Encore que l'on puisse s'interroger sur le caractère supportable des défauts du dualisme. Naguère, et aujourd'hui encore, aisément acceptés par la société, ils pourraient bientôt l'irriter. La lisibilité et l'intelligibilité sont devenues des objectifs constitutionnels..., dont, à vrai dire, on ne cesse de s'éloigner. Mais qu'un jour prochain, on les prenne vraiment au sérieux et les éléments de complexité et de lenteur inhérents au dualisme paraîtront sans doute les contredire. Les juristes professionnels en ont peut-être trop l'habitude pour en remarquer le caractère artificiel : ces inconvénients ne procèdent en effet d'aucune exigence de logique tirée de la réalité des rapports sociaux ; ils sont seulement la contrepartie, forgée par une interprétation plus que séculaire mais parfois changeante, d'un mode particulier de répartition des compétences contentieuses. Tolérés comme son corrélat inévitable aussi longtemps que ce dernier

paraît nécessaire, ils ne le seraient plus dans le cas contraire.

La contestation viendra-t-elle de l'étranger ? Alors que des dizaines de pays (même de *common law* !) se sont dotés, souvent à l'imitation de la France, de juridictions spécialement instituées pour juger l'administration, aucun (sauf très rares exceptions : la Grèce et la Colombie à ma connaissance) n'a adopté une vision du dualisme aussi radicale que la sienne. Comparaison n'est pas raison : il faut faire la part des génies nationaux et des traditions de chacun. Sous cette réserve près que, ici encore, les perceptions ne sont pas immuables : la « mondialisation » est une réalité en droit comme ailleurs ; elle s'accompagne d'une évaluation internationale nouvelle de l'efficacité des systèmes judiciaires nationaux. Naissante en France, mais très développée dans les pays anglo-saxons, l'analyse économique du droit pourrait bien s'avérer défavorable à notre dualisme.

La contestation pourrait-elle venir de nos juges eux-mêmes, et notamment de notre juridiction judiciaire ? Je suis incapable de dire si la répartition des compétences est plus ou moins complexe qu'il y a vingt, cinquante ou cent ans ; en tout cas, il n'y a pas eu de simplification manifeste ! La compétence contentieuse reste objet de dissensions entre juges : la place manque ici pour en donner des exemples récents, mais le lecteur qui s'intéresse à ce sujet n'aura guère de difficultés à en trouver. Ni à en conclure que chaque ordre de juridiction cherche toujours à « tirer la couverture à lui », notamment lorsque les libertés et la propriété sont en cause : les considérations que chacun invoque sont évidemment très solides, mais si mal agencées qu'elles alimentent leurs prétentions contradictoires. Que, malgré une si longue pratique et tant de conflits, le dualisme soit encore, dans des cas rares mais significatifs, un combat ne plaide pas en sa faveur... Qu'y gagne d'ailleurs le justiciable ?

Mais c'est assez parlé des défauts du dualisme. Absous en quelque sorte par leur caractère traditionnel, ils constituent le prix techniquement inévitable à payer d'une vision de la justice et du droit sous-tendue par notre interprétation de la séparation des pouvoirs. Mais une autre vision est aujourd'hui possible, qui inverserait l'analyse « avantages/coûts » du dualisme juridictionnel et rendrait les défauts de ce dernier insupportables.

Une vision de la justice

La justice est une. Qu'elle soit divisée dans notre pays entre le Conseil constitutionnel et les deux ordres de juridiction n'empêche pas qu'elle remplit, au nom du peuple français, la même fonction et qu'elle doit répondre aux mêmes exigences d'équité, telles qu'affirmées notamment par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat vient d'ailleurs, dans une décision d'une grande portée symbolique, de juger qu'elle « est rendue de façon indivisible au nom de l'Etat » (CE 27 février 2004, *M^{me} Popin*, AJDA 2004, p. 672, concl. R. Schwartz¹ et p. 653, chron. F. Donnat et D. Casas² ; Lebon p. 86). Indivisible !

Il est temps de mettre cette unité en oeuvre. Plus encore pour des raisons symboliques que pour des raisons pratiques.

Il ne serait pas réaliste d'envisager un bouleversement complet de notre organisation juridictionnelle, lequel ne serait d'ailleurs pas souhaitable : on peut laisser en l'état les tribunaux, cours et conseils qui la composent et ne pas toucher aux différents corps entre lesquels se répartissent les juges. Il faudrait « seulement » proclamer que la juridiction française est unique et omni-compétente et instituer une cour suprême qui réunirait la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Ce qui serait déjà une révolution !

Pour quels bénéfices ? La simplification des compétences contentieuses et la disparition du Tribunal des conflits, en premier lieu. Mais aussi la fin des incompétences prononcées au motif que l'autre ordre est compétent pour trancher l'affaire : celle-ci serait simplement et sans délai attribuée par une procédure interne à la « bonne » juridiction. Et encore la disparition des questions préjudicielles, ou leur meilleur agencement. On pourrait aussi effacer de notre législation diverses bizarreries telles que l'illogique transfert à la cour d'appel de Paris du contentieux de certaines décisions de quelques autorités de régulation. Ce dernier point montre que la fusion ne serait aucunement dirigée contre l'actuelle juridiction administrative et qu'elle pourrait être profitable au Conseil d'Etat dans la configuration nouvelle que j'envisage. Ces bénéfices ne sont pas négligeables, mais je doute qu'ils suffisent à emporter la conviction, d'autant qu'il est possible de les obtenir par des moyens moins radicaux que la disparition du dualisme.

Celle-ci en revanche faciliterait, sur tous les plans, le dialogue des juges nationaux. Car il est aujourd'hui paradoxal que ce dialogue soit plus intense et mieux organisé entre les juges français et les juges

européens (ceux de Luxembourg comme ceux de Strasbourg) qu'entre les différentes juridictions françaises elles-mêmes ! Que, par exemple, l'application uniforme d'une règle communautaire soit mieux garantie en France que celle d'une règle française, toujours susceptible d'interprétations différentes par nos deux ordres de juridiction.

Une justice unifiée aurait plus de force et de visibilité dans le concert des juges qu'une justice divisée, plus de lisibilité, voire de légitimité aux yeux des justiciables français et étrangers.

Elle mettrait en outre fin aux soupçons de partialité de la juridiction administrative en tant qu'ordre de juridiction propre. Soupçons aussi déplaisants et évidemment injustifiés que récurrents et partagés par de trop nombreuses personnes, notamment dans le monde des affaires. Mais en un temps où l'impartialité est autant affaire d'apparence que de réalité, il faut convenir que l'existence d'un juge réputé proche de l'administration au point d'en être l'un des meilleurs conseillers, paraîtra de plus en plus étrange (en France, comme à la Cour européenne des droits de l'homme), quelques précautions que prenne le Conseil d'Etat pour dissiper toute ambiguïté.

La question n'est pas purement rhétorique : la conception française de la séparation des pouvoirs justifie-t-elle encore que la juridiction administrative constitue un ordre séparé ? Je pense que le moment approche où l'opinion n'admettra plus que l'Etat (et les autres personnes publiques) ait son juge, entièrement différent de celui des personnes privées. Ses défenseurs auront beau argumenter, en droit et au nom de nos traditions, rien n'y fera : on criera au privilège inacceptable ! Qui ne voit en effet que la tendance, alimentée par nombre de considérations parmi lesquelles le discrédit actuel de l'Etat et du pouvoir politique pèse malheureusement lourd, va vers une sorte d'anthropomorphisme qui refuse aux personnes morales en général, et aux personnes publiques en particulier, tout traitement qui, parce qu'il est particulier, est aussitôt perçu comme de faveur ?

Devant une question aussi sommaire que : « Et pourquoi l'Etat n'est-il pas jugé comme n'importe quel citoyen ou n'importe quelle entreprise ? », nous aurons bien du mal à défendre le dualisme et sa sophistication. Mieux vaudrait prendre les devants en le supprimant. Car derrière cette question, s'en profilera une autre, plus redoutable encore, car elle portera sur le droit administratif lui-même.

Il faut y insister : la fin du dualisme se recommande moins de la bonne administration de la justice au sens étroit que d'une conception, politique au sens noble du terme, de ce que devrait être une justice, unique, simple et forte, dans la société française de demain.

Une vision du droit

Le dualisme juridique est, en grande partie, le fruit du dualisme juridictionnel, l'un ayant historiquement conforté l'autre. Mais les temps ont changé : on peut aujourd'hui craindre que le dualisme juridictionnel ne devienne une menace pour le dualisme juridique, et plus particulièrement pour l'existence du droit administratif.

Ce propos peut surprendre. Il n'est cependant paradoxal qu'en apparence.

Chacun sait que l'évolution des sources du droit va vers une érosion de la distinction droit privé/droit public. Le droit constitutionnel, le droit international (du moins économique et pénal), le droit communautaire, le droit européen conventionnel et la jurisprudence de « leurs » conseils, cours et tribunaux produisent de plus en plus de règles applicables en France dans les deux droits : ils ne condamnent pas nos dualismes ; ils l'ignorent !

Notre législateur n'est pas en reste, qui produit de manière croissante des règles dont le champ d'application englobe ou recoupe le droit privé et le droit public.

Les droits de la concurrence et de la consommation, de la santé, de la communication, mais aussi celui des biens, des contrats, de la responsabilité ou du travail en offrent les illustrations nombreuses que chacun sait. Le phénomène est plus marqué quand les personnes publiques sont en position d'opérateurs sur un marché, mais il joue aussi lorsqu'elles sont en situation de régulateurs.

Cette situation pose au droit français un défi : comment concilier l'homogénéisation des sources et, partiellement des règles, avec leur adaptation aux spécificités légitimes des personnes privées et des personnes publiques ? Je ne suis pas certain que nous le relevions bien.

Car, en premier lieu, le dualisme juridictionnel est un obstacle à la bonne réception des règles nouvelles en droit français et à la qualité de ce dernier.

Intégrer ces règles communes dans nos deux ensembles juridiques suppose en réalité une double intervention du juge judiciaire et du juge administratif. C'est compliqué : une complication un peu artificielle puisqu'elle tient seulement à notre organisation juridictionnelle, et non au contenu de ces règles ou à la volonté de leurs auteurs. C'est aussi déconcertant pour les sujets de droit, car le hasard des rôles produit souvent un décalage dans le temps entre l'application de la règle en droit privé et son application en droit public. Enfin, rien n'assure que cette application sera uniforme dans les deux droits : il arrive en effet qu'elle ne le soit pas.

On peut penser que dans une juridiction unifiée, la réception serait plus rapide et uniforme : notre droit y gagnerait en cohérence et en lisibilité, donc en efficacité, voire en conformité européenne.

En outre, le Conseil d'Etat est contraint de « récupérer » de plus en plus fréquemment des règles dont le contentieux menace de lui échapper lorsqu'elles sont appliquées par ou à l'administration. Qu'il le fasse en s'appropriant la règle ou seulement les principes dont elle s'inspire, on doit souligner son audace et son habileté. Mais aussi, relever qu'il donne ainsi le sentiment de protéger sa compétence plus que la structure du droit français.

Enfin, dans le même temps, le juge judiciaire est tenté (ou le sera) de s'appuyer sur certaines de ces règles de fond (au nom, en particulier, de la liberté individuelle ou de la nature des rapports économiques en cause) pour prétendre juger l'administration sans égard pour ses prérogatives.

Car, en second lieu, le dualisme juridictionnel peut devenir un obstacle à l'existence du droit administratif. Dans l'affaire, c'est en effet la spécificité du droit administratif qui est menacée : si les mêmes règles sont appliquées par les deux juges, à quoi bon des règles spéciales pour l'administration ? Il ne faudrait pas donner l'impression que l'existence du droit administratif tienne surtout à l'existence d'un juge spécial et non à des considérations substantielles ! En d'autres termes, ma crainte est que le caractère trop voyant du dualisme juridictionnel ne fasse oublier, chez les utilisateurs du droit, la nécessité du dualisme juridique.

Or nous avons toujours besoin d'un droit propre à l'administration. Certains n'en voient plus la nécessité ou la légitimité. Ils ont tort. Les personnes publiques ont des missions et doivent disposer de moyens qui les rendent inassimilables aux personnes privées : dans une démocratie, la puissance publique doit être distinguée de la puissance privée et avoir son droit. Je pense d'ailleurs qu'après une période de doute, appuyé sur la vague « libérale », le balancier revient vers un nouveau droit administratif, épuré peut-être, recentré sur les missions de sécurité (à tous égards) de l'Etat. Mais l'idée de règles spéciales pour l'administration sera d'autant mieux admise que cette dernière n'aura plus son juge, entendu comme un ordre juridictionnel propre. Sans pouvoir - évidemment ! - le prouver, j'affirme que l'avenir du droit administratif supposera une juridiction unifiée.

En somme, cette dernière assurerait mieux que le dualisme la part d'unité et la part de diversité dont notre droit a besoin.

Une évolution décourageante

« Cause perdue » ai-je écrit.

L'évolution récente ne va pas dans le sens que je souhaite.

En termes trop schématiques, on peut dire que la tradition française est celle du double dualisme, juridique et juridictionnel : « deux droits, deux juges », cette structure forte a dessiné un modèle historique qui nous a beaucoup apporté, sans pourtant atteindre jamais une cohérence parfaite.

Aucune voix officielle n'a déclaré qu'il n'était plus porteur d'avenir, mais la législation et la jurisprudence font comme si tel était le cas. On voit s'installer dans des secteurs du droit de plus en plus nombreux (qui sont aussi les plus modernes) un autre modèle : « un droit, deux juges ». Les mêmes règles s'appliquent aux personnes publiques et privées, mais le sont par les deux ordres de juridiction, en fonction de critères de répartition des compétences toujours aussi complexes. Cet autre modèle, en pleine expansion, doit beaucoup à l'intelligence tactique du Conseil d'Etat, qui sauvegarde ainsi sa compétence « autonome »,

mais il me semble menaçant pour l'avenir du droit administratif. Avec d'ailleurs, à terme lointain, cette conséquence qui ne manquerait pas d'une amère ironie : la disparition du juge administratif !

Persuadé, à tort ou à raison, que le double dualisme n'est plus adapté aux besoins de droit et de justice de la société française contemporaine et que les questions de fond doivent logiquement l'emporter sur les questions de compétence, je préférerais un troisième modèle : « deux droits, un juge ». Ce serait le scénario le plus efficace pour les évolutions en douceur qui paraissent s'imposer dans un système qui n'est plus juridiquement clos, mais, que l'on s'en réjouisse ou qu'on le regrette, est ouvert sur l'Europe et sur le monde.

On n'en prend pas le chemin. On lui tourne même le dos. C'est dommage....

Mots clés :

CONTENTIEUX * Compétence * Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction * Dualisme juridictionnel

(1) L'AJDA a publié un dossier consacré au dualisme juridictionnel qui, outre la présente contribution, comprend les articles suivants :

Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité, par Agathe Van Lang, p. 1760 .

L'avenir du dualisme juridictionnel, par Daniel Labetoulle, p. 1770 .

Le dualisme juridictionnel en 2005, par Marie-France Mazars, p. 1777 .

Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel, par Jacques Caillosse, p. 1781 .