

RFDA 2008 p.456**Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats** (1)

Magali Jorat, Docteur en droit public, Université Pierre Mendès France - Grenoble II, Membre du CERDHAP

Supprimer la justice administrative peut sembler aujourd'hui anachronique. Elle est désormais perçue comme « une exigence universelle de toute démocratie constitutionnelle » (2) ; les Etats européens ont mis en place des mécanismes particuliers de contentieux administratif, associés à un ordre juridique distinct ou non (3). Le débat apparaît donc comme dépassé, celui d'un autre temps, lorsqu'il était ravivé régulièrement au XIX^e siècle par les libéraux, les monarchistes et les républicains radicaux, même si une faible partie de la doctrine a continué à l'alimenter durant le siècle suivant. Cependant, il ne faut pas oublier que « traiter de la justice administrative, c'est d'abord rappeler que l'existence de la justice administrative ne va pas de soi, qu'elle est le produit de l'histoire, d'une histoire qui lui a imprimé sa marque » (4).

La suppression de la justice administrative supposerait la disparition d'un droit spécifique et de mécanismes particuliers pour traiter les contentieux entre les personnes privées et les administrations publiques. Or ce serait négliger toutes les avancées législatives et jurisprudentielles en faveur d'une véritable justice, telles que la loi du 24 mai 1872 permettant le passage d'une justice retenue à une justice déléguée, l'audace du juge administratif dans certaines décisions, comme dans la jurisprudence *Cadot* (5) en faisant du Conseil d'Etat le juge de droit commun du contentieux administratif, ou encore *Canal* (6) en marquant son indépendance à l'égard du gouvernement. Tous ces éléments convergent dans le sens que la suppression de la justice administrative serait peu probable, d'autant plus que la mise en cause récurrente de son existence n'a fait, au contraire, que contribuer à sa consolidation (7). Mais l'histoire de cette thèse contestatrice ne peut se limiter à ce seul constat, car elle a aussi encouragé des réflexions sur la Justice. En fait, l'impact de la proposition de suppression dépend de la manière dont elle s'est illustrée dans la réflexion doctrinale. Ainsi, se pose la question de l'approche sous laquelle elle a été abordée dans les débats au cours de ces deux derniers siècles, plus précisément celle de la manière dont la doctrine s'est saisie de cette proposition radicale face aux évolutions de la justice administrative et au contexte historique.

Supprimer la justice administrative est avant tout un débat de principe récurrent car les réformes ne vont jamais jusqu'à leur terme, comme la rupture des liens entre le juge administratif et l'administration. Bien que ce débat doctrinal soit classique, il apparaît que les contestations se sont renouvelées au gré des réformes et du contexte pour finalement repenser la Justice dans son ensemble, au-delà de la seule conséquence de la suppression stricte de la justice administrative. Tout un système peut être remis en cause, comme les rapports entre l'exécutif et le juge administratif, régulièrement contestés par des libéraux dont la préoccupation fondamentale est l'individu et ses droits. Or la justice administrative est une justice « au service de l'administration » (8). Il faut aussi voir, derrière sa contestation, celle du dualisme juridictionnel, son corollaire. L'existence de ce dernier repose sur la distinction droit public - droit privé, dont l'organisation n'est nullement consensuelle et les faiblesses sont régulièrement dénoncées (9). En fait, c'est surtout un débat politique, car derrière le juge administratif, c'est une certaine conception de l'Etat qui est en jeu, débat lié à la configuration politique du moment ou au contexte idéologique.

Autant de paramètres - habituels - alimentent le débat doctrinal, mais la proposition de la suppression de la justice administrative ne se pose pas aujourd'hui dans les mêmes termes qu'au XIX^e siècle, même si elle reste toujours plus ou moins idéologique. Si le débat initial était fortement politisé, sous une influence libérale, ses contours ont été redéfinis avec plus de nuances aux siècles suivants, sous une approche plus technique.

Un débat politique au XIX^e siècle

Le débat sur la suppression de la justice administrative était essentiellement un débat libéral. Deux courants composaient le libéralisme, d'une part celui issu de l'idéologie de Madame de Staël et de Benjamin

Constant, c'est-à-dire un libéralisme de tendance individualiste, privilégiant l'individu ; d'autre part, celui d'esprit étatiste fondé par François Guizot, assujettissant l'individu à un esprit de corps qui le discipline. L'opposition entre le droit de la particularité et le droit de l'Etat prit toute son importance dans la controverse sur la justice administrative⁽¹⁰⁾. Les libéraux de tendance individualiste revendiquaient sa suppression, en raison de l'insuffisance de garanties apportées à l'individu. Cette justice était fortement liée à l'existence d'une juridiction administrative, née et développée au sein de l'administration elle-même, ce qui pouvait présenter une entorse au principe de séparation des pouvoirs qui impliquait l'indépendance du juge à l'égard des autres pouvoirs. Les opposants accusaient cette justice de partialité, mais ce fut surtout à la fin du XIX^e siècle que le refus de la justice administrative atteignit son paroxysme, motivé par une crainte de l'étatisme. L'administration ne pouvait être que soumise à la justice civile, qui se présentait comme une véritable justice avec toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité. Cela conduisait à rejeter la défaite du « pouvoir » judiciaire.

Le soupçon de la partialité de la justice administrative

Le débat sur la justice administrative au XIX^e siècle était fortement lié aux conditions historiques de la création ou « recréation » du Conseil d'Etat. Créé par la Constitution du 22 frimaire an VIII, ce dernier a été chargé du conseil juridique du gouvernement et du service contentieux de l'Etat. Il s'agissait plus ou moins d'une résurrection du Conseil du Roi⁽¹¹⁾, ce qui avait suscité de vives critiques. C'est dans ce contexte que le terme même de libéralisme est né, c'est-à-dire dans le cadre d'une « attitude de vigilance critique envers les pouvoirs, d'une menace de retour à l' « ancien », qui a précédé la Révolution française, et d'un combat contre les forces politiques et les doctrines qui s'appuyaient sur ces réactions »⁽¹²⁾. Ainsi, Benjamin Constant - fervent défenseur d'un libéralisme de sujet - s'était écrié le 5 pluviôse an IX : « Ouvrez, je ne dirai pas seulement les cahiers des Etats généraux de 1789, mais toutes les doléances précédentes, à chaque époque où elles ont fait entendre leur faible voix, vous y verrez que la nation entière a toujours réclamé contre la création des tribunaux différents des tribunaux ordinaires »⁽¹³⁾. Le système de justice, auquel était soumis l'Etat en ce début de XIX^e siècle, était particulier : le Conseil d'Etat était consulté par l'administration sur les réclamations présentées par les administrés, et le Chef de l'Etat se réservait l'exercice de la justice. Il s'agissait d'un système de justice retenue, dans lequel l'administration se présentait comme juge et partie. De ce fait, le Conseil d'Etat n'était pas perçu comme une véritable juridiction ; il ne disposait d'aucun pouvoir de décision. Néanmoins, la justice retenue était une pure fiction puisque le chef de l'Etat avait presque toujours homologué ses propositions en matière contentieuse, et la loi du 24 mai 1872 n'avait fait que lui apporter une reconnaissance officielle en tant que juridiction⁽¹⁴⁾. Cependant, ce système de juge et partie était fortement critiqué par les adversaires de la justice administrative. Gaétan de La Rochefoucauld répondit à la maxime « juger l'administration, c'est encore administrer », attribuée à Nicolas Henrion de Pansey⁽¹⁵⁾, que « lorsqu'on juge, on n'administre pas, et lorsqu'on administre, on ne juge pas »⁽¹⁶⁾. Cette critique était liée en partie au choix problématique des conseillers, d'autant plus qu'à l'époque il s'effectuait parmi les partisans du système et les amis des ministres. Bonaparte avait déclaré à Pierre-Louis Roederer, ex-constituant⁽¹⁷⁾ : « N'acceptez pas votre nomination au Sénat ; qu'est-ce que vous feriez là. Il vaut mieux entrer au Conseil d'Etat : il y a de grandes choses à faire ; c'est là que je prendrai les ambassadeurs et les ministres »⁽¹⁸⁾. Ce lien étroit avec l'exécutif n'avait pas pour autant assuré la pérennité des membres du Conseil d'Etat, qui ne bénéficiaient pas du principe d'immovibilité. Leur renouvellement incessant⁽¹⁹⁾ ne permettait donc pas de consacrer une jurisprudence certaine⁽²⁰⁾, d'autant plus que celle-ci se révélait déjà limitée. Par exemple, le Conseil d'Etat n'hésitait pas à faire usage de l'article 49 du décret du 22 juillet 1806 qui menaçait d'amende et de suspension les avocats qui introduisaient des recours téméraires « notamment s'ils présentaient comme contentieuses des affaires qui ne l'étaient pas »⁽²¹⁾.

Malgré la réhabilitation du Conseil d'Etat sous la Restauration, en partie grâce aux clarifications apportées par la doctrine⁽²²⁾, la question des bases constitutionnelles⁽²³⁾ revenait de manière récurrente dans les discours du début du XIX^e siècle. Béranger faisait observer que le Conseil d'Etat était « un corps tout à la fois politique et judiciaire⁽²⁴⁾ [qui n'était] point reconnu par la Charte »⁽²⁵⁾ et constituait une menace pour les libertés publiques. Dans la Charte du 14 avril 1814, aucune disposition ne faisait effectivement référence au Conseil d'Etat, ce qui permettait aux libéraux de dire qu'il n'avait aucune base légale et qu'il ne tirait son existence que d'une Constitution impériale abrogée. Sans pour autant être un adversaire à la justice administrative, Cormenin lui-même contestait le rôle juridictionnel de l'institution, et de ce fait, rejoignait les critiques apportées par les opposants⁽²⁶⁾ : « en principe, la juridiction du Conseil d'Etat est inconstitutionnelle »⁽²⁷⁾. Il faut noter qu'à l'époque, diverses initiatives laissaient présager la disparition du Conseil d'Etat, par exemple la lettre du 27 avril 1814 de Loqué - secrétaire général du Conseil d'Etat -

adressée au baron de Vitrolles, au sujet de la destination ultérieure du mobilier de l'institution^[1](28). Mais d'autres mesures montraient au contraire son maintien, comme l'ordonnance du 29 juin 1814 qui subordonnait l'institution aux ministres^[2](29), laissant présager sa partialité lors des contentieux. Il en était de même avec l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, qui précisait que « les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux »^[3](30). La justice administrative était donc considérée comme favorable à l'administration ; de ce fait, il fallait la supprimer.

Les magistrats s'élevaient eux-aussi contre le Conseil d'Etat, en raison de l'empiètement de l'autorité administrative sur leurs compétences. La définition du terme « conflit » donnée par F.-N. Bavoux est assez éclairante sur l'appréciation des rapports du Conseil d'Etat avec l'autorité judiciaire sous la Restauration : « empiètement de l'autorité administrative sur l'ordre judiciaire, au moyen duquel un préfet ou un ministre arrache aux tribunaux les affaires qui lui sont soumises, on soustrait à leur exécution celles qui sont décidées, pour les représenter à une autorité dont ils disposent »^[4](31), ce qui revenait à dire que la justice ordinaire pouvait devenir impuissante selon le bon vouloir d'un agent de l'administration. F.-N. Bavoux confirma sa position en 1838 en retenant que le Conseil d'Etat devenait, sous la Restauration, un « pouvoir menaçant pour l'ordre judiciaire, comme pour l'exercice des droits politiques »^[5](32), à travers le constat qu'« avec des leviers pareils et la faculté donnée à l'administration de dépouiller les tribunaux par un conflit devant lequel ils devaient s'arrêter immédiatement, le gouvernement pouvait en toute occasion pénétrer dans le sanctuaire de la justice pour diriger ou paralyser son action »^[6](33) ; et il ajouta que « la liberté du citoyen fut de toute part inquiétée, enchaînée au nom de la liberté même ; la propriété privée, pour peu qu'on pût la rattacher à un acte administratif, eut le même sort ; les tribunaux, de cette manière, furent déshérités de leur attribut principal »^[7](34). En raison de l'atteinte à leurs compétences et à la garantie judiciaire des droits individuels, les magistrats ne pouvaient qu'être opposés à la justice administrative. A cela s'ajoutait le fait que le conflit avait été pendant une très longue période jugé par le Conseil d'Etat, ce qui avait été le cas avec la Constitution de l'an VIII et la loi du 5 nivôse, jusqu'à la Constitution de 1848 qui avait établi le tribunal mixte^[8](35).

L'autorité judiciaire n'était pas restée passive face à cet empiètement. Au contraire, 1820 marqua le début de son offensive. Plusieurs fois, elle refusa de reconnaître et d'appliquer une pénalité établie par les soins du Conseil d'Etat et rendit des décisions en opposition avec son interprétation de la loi^[9](36). Cela s'inscrivait dans un contexte de crises entre les deux juridictions, né de l'attribution du contentieux de l'inscription sur les listes électorales : le juge judiciaire, en principe compétent, avait été dessaisi. En 1827, la Cour de Nancy refusa de reconnaître l'existence du Conseil d'Etat en tant que juridiction contentieuse. Paradoxalement, il dut son salut à la Cour de cassation qui cassa cet arrêt pour illégalité, excès de pouvoir et atteinte à la séparation des pouvoirs. L'ordonnance du 1^{er} juin 1828 relative aux conflits d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative vint apaiser les rapports avec les magistrats^[10](37).

La question de la répartition des compétences n'était pas pour autant réglée. L'année 1828 avait été marquée par des débats forts animés par la doctrine sur la définition du contentieux administratif et du mot « administration », cette dernière intervenant dans les rapports entre l'individu et le pouvoir exécutif. Cela amenait à voir à travers ces débats deux enjeux fondamentaux, celui de la liberté d'action du pouvoir exécutif et celui de l'autonomie des droits de l'individu. Dans un sens favorable à celui-ci, Victor de Broglie proposait, après avoir qualifié la justice administrative de « justice de cadî et de pacha »^[11](38), qu'une partie du contentieux administratif fût déferée aux tribunaux civils^[12](39), c'est-à-dire toute plainte se fondant sur « les termes exprès d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'un arrêté »^[13](40). Pour sa part, Gaétan de La Rochefoucauld proposait à la Chambre des députés de fixer les attributions du Conseil d'Etat par une loi^[14](41) apportant plus de garanties à l'individu, ce qui fut rejeté. Cela provoqua une nouvelle controverse en 1829 chez certains députés, lors de la discussion du budget : ils marquèrent leur mécontentement par le refus d'accorder les crédits demandés par le Conseil d'Etat, lesquels furent finalement acceptés après l'engagement pris par le gouvernement de présenter un projet de loi organisant le Conseil d'Etat^[15](42). Mais Louis-Philippe et le ministre de la Justice Dupont de l'Eure n'étaient guère favorables à son maintien^[16](43). En mettant son avenir entre les mains du ministre des Cultes et de l'Instruction publique - Victor de Broglie -, ils pensaient qu'il était voué à disparaître. Au contraire, le Conseil d'Etat fut consolidé. Et Benjamin Constant, lui-même opposant à un moment donné à cette institution, fut nommé à la tête de la commission de réforme en 1830, et ne préconisa plus la suppression de la justice administrative^[17](44), ce qui montrait que l'opposition dépendait du régime politique - essentiellement autoritaire - et des perspectives de réformes libérales apportant des garanties à l'individu.

La Monarchie de Juillet apporta des garanties aux libertés publiques et privées à travers l'amélioration des règles d'organisation du Conseil d'Etat, dont l'absence de garanties procédurales et statutaires avait été

dénoncée par les libéraux et les ultras - la précarité des délais, la clandestinité des débats, l'incertitude des formes et des déchéances qui ne reposaient que sur des textes muables à volonté. Ainsi, l'ordonnance du 2 février 1831 assura la publicité des audiences et les observations orales des avocats des parties, et l'ordonnance du 12 mars 1831 créa un ministère public⁽⁴⁵⁾. Quelques années plus tard, un statut légal fut donné au Conseil d'Etat avec la loi du 19 juillet 1845. A cette occasion, la composition ainsi que les fonctions de l'institution avaient été légalisées⁽⁴⁶⁾. En outre, la Constitution du 4 novembre 1848 régla, dans un chapitre spécialement consacré à l'institution, la désignation et le rôle des conseillers d'Etat dans la procédure d'adoption des projets de loi et de règlements. Et la II^e République fit du Conseil d'Etat un organe de justice déléguée par deux lois des 3 mars 1849 et 4 mai 1850. L'objectif était d'empêcher que le gouvernement fût juge et partie. Les contestations des opposants à la justice administrative auraient dû s'amoinrir en raison des différentes réformes entreprises, mais le Second Empire marqua le retour du Conseil d'Etat napoléonien.

La crainte de l'étatisme

A partir du Second Empire, les adversaires du dualisme juridictionnel rejetaient la justice administrative à tous ses niveaux, en raison d'un refus total de tout étatisme, d'un rejet de l'Etat-providence⁽⁴⁷⁾. Elle était le « symbole d'une puissance quasi-divine d'un Etat »⁽⁴⁸⁾ refusant d'être soumis aux mêmes règles et aux mêmes juges que les simples particuliers. Les conseils de préfecture, créés par la loi du 28 pluviôse an VIII, n'étaient donc pas épargnés⁽⁴⁹⁾. La principale raison venait de leur association avec l'administration du département amenant à une confusion des pouvoirs. Les décentralisateurs opposés à la politique interventionniste avaient ainsi souvent marqué leur hostilité à l'encontre de la justice administrative⁽⁵⁰⁾. A ce titre pouvait être cité le projet de décentralisation de 1865, plus connu sous le nom de Programme de Nancy : « Comme rien ne nous semble justifier l'existence d'une juridiction spéciale pour les affaires administratives, nous proposons de renvoyer purement et simplement aux tribunaux, maintenant beaucoup moins occupés que jadis, les décisions en matière de contentieux judiciaire que prennent aujourd'hui les conseils de préfecture »⁽⁵¹⁾. La proposition du légitimiste Claude-Marie Raudot en 1871 allait dans le même sens. En 1872, la Commission de décentralisation avait pour projet de supprimer les conseils de préfecture, transférant le contentieux aux tribunaux ordinaires, sauf exceptions⁽⁵²⁾. La même année, Amédée Lefèvre-Pontalis soulevait la question économique : « C'est une vérité élémentaire, dans un Etat bien réglé, qu'on ne doit pas instituer de fonctions publiques au-delà du nécessaire. Question de dépenses... Les conseils de préfecture sont-ils utiles ? »⁽⁵³⁾. Mais l'absence de discussions devant l'Assemblée nationale montrait le caractère isolé de toutes ces contestations.

Lors de la chute du Second Empire, le Conseil d'Etat faillit disparaître. Léon Gambetta et Jules Simon avaient requis sa suppression auprès du Gouvernement de la Défense nationale, au cours de la séance du 7 septembre 1870. Le Conseil d'Etat avait seulement été suspendu et une Commission provisoire avait été créée afin d'en remplir les fonctions jusqu'à la réorganisation du corps. Le décret du 18 septembre 1870 institua une Commission chargée d'étudier la question de la suppression de la juridiction administrative ; c'était en ce sens que la Commission s'était prononcée à l'unanimité. Mais l'Assemblée nationale, élue en 1871, ne l'adopta pas. Au contraire, elle étudia un projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'Etat, ce qui ne manquait pas de soulever des protestations. Odilon Barrot - qui devint par la suite le premier vice-président du Conseil d'Etat ! - , marqua son hostilité à la juridiction administrative : « La conscience publique se révolte à l'idée qu'il existe deux justices différentes en France... il faut donc supprimer celle des deux justices qui offre le moins de garanties »⁽⁵⁴⁾. La même année, dans « La magistrature française », Oscar de Vallée ajoutait que « la fameuse règle de la séparation des pouvoirs, établie pour la liberté, n'a guère servi qu'à étendre l'exécutif sous le nom d'administration et de justice administrative »⁽⁵⁵⁾. Lors de la discussion sur le maintien de la juridiction administrative, les adversaires avaient essayé d'insérer des amendements présentant des réserves pour l'avenir, mais ces derniers avaient été rejetés. Par exemple, M. Savary proposait d'ajouter à l'article 9 de la loi, relatif aux attributions contentieuses du Conseil d'Etat : « jusqu'à ce qu'il ait été statué par une loi sur l'ensemble de la juridiction contentieuse ». Mais le libéralisme de tendance individualiste était en perte de vitesse ; le libéralisme d'esprit étatiste qui envisageait les libertés du point de vue de la puissance publique s'imposait, courant auquel s'étaient ralliés les républicains, dont Léon Gambetta qui déclarait le 19 février 1872 : le Conseil d'Etat « est une création française et c'est une des meilleures de la monarchie française »⁽⁵⁶⁾ ! Au final, la loi du 24 mai 1872 consolida le Conseil d'Etat ; on passa d'une justice retenue à une justice déléguée⁽⁵⁷⁾.

Le refus d'une défaite du « pouvoir » judiciaire

Malgré le passage à la justice déléguée, certains auteurs persistaient à préférer la justice ordinaire, d'autant

plus qu'Eugène Poitou avait averti en 1869 que : « le pouvoir administratif tuera la liberté civile, si elle n'est pas sauvée par le pouvoir judiciaire »⁽⁵⁸⁾. Dans le souci du justiciable, Gaston Privat, ancien magistrat, avocat à Alexandrie, notait en 1894 que « le plus grand bienfait de la Justice, c'est d'être simple et à la portée de tous, c'est de se présenter sous la forme la plus intelligible et la plus répandue, c'est d'éviter au justiciable les formalités compliquées en le laissant soumis aux juges qu'il connaît et dans lesquels il a confiance »⁽⁵⁹⁾. Il proposait donc comme solution l'unité juridictionnelle au sein de la justice civile⁽⁶⁰⁾. On retrouve ici la notion de méfiance vis-à-vis de la justice administrative. Pour certains auteurs, le juge judiciaire était toujours celui le plus à même de juger le contentieux administratif, d'autant plus que l'existence du juge administratif allait à l'encontre de la séparation des pouvoirs⁽⁶¹⁾ ; dans ce cas, la proposition d'une chambre administrative au sein de cet unique ordre juridictionnel était exclue. Néanmoins, l'administration pouvait garder quelques compétences, comme dans le cadre de contentieux relatifs aux établissements incommodes et insalubres. Edouard Fuzier-Herman, Procureur de la République, estimait que le Conseil d'Etat pouvait conserver les recours pour excès de pouvoir, « qui garantissaient le maintien d'une sorte de police intérieure nécessaire au sein du pouvoir exécutif »⁽⁶²⁾. Il n'était donc pas question pour lui de supprimer les créations considérées comme positives de cette justice administrative.

Au regard de ces propositions et de celles des années antérieures, la suppression de la justice administrative impliquait que le juge judiciaire se prononçât sur des litiges entre des personnes privées et des administrations publiques, mais était-ce possible ? Face à la proposition de la dévolution du contentieux administratif au juge judiciaire, les partisans du dualisme juridictionnel avaient toujours opposé le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. La loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire énonçait dans son titre II, article 13, que « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrations pour raison de leurs fonctions ». Cette loi marquait une grande méfiance vis-à-vis des Parlements de l'Ancien Régime : ceux-ci avaient mené une guerre sournoise et acharnée contre l'administration. L'Assemblée constituante avait décidé de les supprimer, mais afin d'éviter que de nouvelles juridictions continuassent leur opposition⁽⁶³⁾, elle avait mis en place une véritable interdiction aux juges judiciaires de s'immiscer dans l'administration active⁽⁶⁴⁾, sans pour autant préjuger de l'attribution du contentieux administratif. Sur ce dernier point, la loi avait été interprétée dans un sens très largement favorable à la compétence du juge administratif⁽⁶⁵⁾.

Pour les opposants à la justice administrative - marqués par une rancœur par rapport à la défaite du pouvoir judiciaire, la dévolution du contentieux administratif au juge judiciaire ne présentait pas d'incompatibilité avec le principe de séparation des autorités. M. Dramart, juge au tribunal civil de Béthune, expliquait en 1873 que contrôler et juger étaient deux choses tout à fait différentes : « le contrôle s'exerce d'office, dans l'intérêt général ; le jugement s'applique seulement aux cas particuliers qui sont expressément soumis aux juges »⁽⁶⁶⁾. Pour lui, le pouvoir judiciaire n'avait plus cette faculté de contrôler en raison de la séparation des pouvoirs et de l'article 5 du code civil qui interdisait aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur étaient soumises. Ces éléments l'amenaient à considérer que le juge judiciaire était apte à juger les actes de l'autorité administrative, en rejetant toute hypothèse d'un droit spécial car l'administration qui représentait l'intérêt public ne pouvait se distinguer des autres justiciables⁽⁶⁷⁾. Raoul de la Grasserie proposait une autre garantie pour la séparation des pouvoirs : le recours à la question préjudicielle, étant donné que le juge judiciaire ne pouvait interpréter un acte administratif⁽⁶⁸⁾. Ces auteurs faisaient référence de manière indifférente à la séparation des pouvoirs - leitmotiv pour les partisans de l'unité et les magistrats - et à la séparation des autorités ; il faut noter que le Conseil constitutionnel a précisé dans sa décision du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*⁽⁶⁹⁾, que « les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle », ce qui implique que ce principe n'est pas le corollaire du principe de séparation des pouvoirs proclamé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ainsi, nonobstant le passage à la justice déléguée, certains auteurs continuaient d'envisager la dévolution de l'ensemble des contentieux au juge judiciaire, sans que le principe de séparation des pouvoirs fût atteint. Cependant, la décision *Blanco*⁽⁷⁰⁾ du Tribunal des conflits vint renforcer un critère de compétence juridictionnelle spécifique, en écartant les principes établis par le code civil et en affirmant le caractère spécial des règles applicables aux services publics. Elle légitimait ainsi le pouvoir normatif du Conseil d'Etat, ce qui « marquait la défaite du libéralisme centré sur les droits individuels »⁽⁷¹⁾.

Au cours du XIX^e siècle, la proposition de la suppression stricte de la justice administrative relevait ainsi d'abord d'un courant libéral de tendance individualiste. Cette opposition était importante tant qu'il y avait un despotisme à combattre, sinon elle tendait à s'essouffler, et à laisser la place à un libéralisme d'esprit

étatiste, c'est-à-dire « un libéralisme par l'Etat, et non contre ou hors l'Etat »⁽⁷²⁾. Transformée parallèlement à la libéralisation du régime politique, la juridiction administrative commençait à devenir une des pièces essentielles d'un régime libéral. Un certain nombre de facteurs y avaient contribué : les réformes sur les garanties procédurales et statutaires, le passage à une justice déléguée et la jurisprudence dans laquelle le Conseil d'Etat avait affirmé sa compétence⁽⁷³⁾ et étendu le recours pour excès de pouvoir⁽⁷⁴⁾. Dans ce contexte, la thèse de la suppression devenait de moins en moins réalisable. C'est pourquoi L. Michoud nota en 1897 : « si l'idée d'en venir à l'unité de juridiction trouve encore des partisans, il semble bien cependant que l'idée de la suppression pure et simple (de la justice administrative) ait plutôt perdu que gagné du terrain »⁽⁷⁵⁾. De ce fait, si l'on retrouve encore l'idée de sa suppression, le débat doctrinal s'éloigne quelque peu des critiques libérales originelles.

Un débat plus technique aux XX^e et XXI^e siècles

Au XX^e siècle, il n'est plus question de contester la légitimité de la justice administrative, mais la pertinence de son maintien. Le débat s'est donc recentré sur les dysfonctionnements liés au dualisme juridictionnel. Les conséquences de l'unité juridictionnelle se trouvent ainsi changées : au XIX^e siècle, elle supposait nécessairement la suppression de la justice administrative car elle était rattachée à un Conseil d'Etat critiquable ; aujourd'hui, la question du devenir de la justice administrative se pose en d'autres termes, dans le cadre d'une proposition de restructuration, sous une approche plus technique. Cela ne signifie pas pour autant une disparition des critiques libérales ; elles évoluent aussi au regard du contexte qui n'est plus celui d'un régime autoritaire. De ce fait, la désidéologisation du débat n'est souvent qu'apparente. Les critiques techniques se mêlent aux critiques politiques. Si la thèse de la suppression a progressivement été remplacée par celle de la transformation du système - au début par dépit - cette évolution du débat a pu être remise en cause à un moment donné par une dénonciation virulente des faiblesses de la justice administrative, marquant le retour de critiques politiques du siècle précédent. Certaines sont encore présentes à la fin XX^e et au début XXI^e siècle, mais l'approche doctrinale de la suppression devient plus modérée dans une optique de réorganisation de la Justice.

La préférence d'une transformation de la justice

Même si l'existence de la justice administrative semblait enfin admise par une grande partie des libéraux avec la mise en place de la justice déléguée, certains auteurs de la fin du XIX^e siècle continuaient à considérer les arguments en faveur de la suppression de la juridiction administrative, et de la justice administrative, nettement supérieurs à la doctrine du maintien du dualisme juridictionnel. Mais ils concevaient aussi toute la difficulté d'une mise en application et, de ce fait, finissaient malgré tout par la rejeter. Par exemple, Ernest Dubois convint du caractère irréalisable de ce projet en 1873 et proposa donc une transformation tenant compte de la nécessité d'un droit spécial pour les autorités publiques⁽⁷⁶⁾ : les conseils de préfecture auraient constitué une chambre administrative du tribunal de première instance, et le Conseil d'Etat une chambre administrative de la Cour de cassation⁽⁷⁷⁾. Quant aux conflits entre les différentes chambres, ils auraient toujours été jugés par le Tribunal des conflits⁽⁷⁸⁾.

René Jacquelin partageait l'intérêt d'Ernest Dubois pour la suppression de la justice administrative, et la jugeait lui aussi irréalisable⁽⁷⁹⁾ : la disparition du recours pour excès de pouvoir aurait occasionné des conséquences désastreuses⁽⁸⁰⁾, et surtout l'unité juridictionnelle n'avait jamais fonctionné en France : « pour qu'un système soit bon, il ne suffisait pas qu'il soit conforme à la justice et à la raison, il fallait encore qu'il soit approprié aux moeurs du peuple auquel il est destiné »⁽⁸¹⁾, ce qui montre l'importance des traditions. Il est important de rappeler que René Jacquelin était le plus « iconoclaste »⁽⁸²⁾ des professeurs de droit jusqu'au début du XX^e siècle ; il dénonçait l'atteinte portée au principe de séparation des pouvoirs et mettait en doute l'impartialité et l'indépendance du juge administratif⁽⁸³⁾. Malgré cela, il reconnaissait le caractère irréalisable de la suppression, même si l'unité juridictionnelle répondait à sa principale crainte, c'est-à-dire la mise en place d'une justice allant à l'encontre des justiciables : « la coexistence de deux ordres de juridictions séparées et n'ayant à leur tête aucun supérieur hiérarchique commun constitue un danger social des plus graves »⁽⁸⁴⁾. L'auteur s'était appuyé sur l'exemple d'un déni de justice qui concernait la répartition des responsabilités dans le naufrage d'un bateau, lors de la guerre de Crimée : les deux juridictions s'étaient déclarées incompétentes en raison de leur qualification divergente des faits, l'une considérant qu'il s'agissait d'un risque de guerre, l'autre d'un risque de mer. Ainsi, la proposition de Georges Picot en 1881 d'un Tribunal suprême réunissant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ne pouvait que le séduire ; ce serait « le juge incontesté des compétences et du droit »⁽⁸⁵⁾, proposition que l'on retrouve aujourd'hui dans les écrits de Didier Truchet⁽⁸⁶⁾.

Au début du XX^e siècle, les propositions de suppression de la justice administrative étaient plus rares. Bien que les mérites de cette justice commençassent à apparaître, René Frileux concevait malgré tout la suppression totale^[1](87). La prédominance de l'administration active avait progressivement disparu ; dans certains cas, le Conseil d'Etat marquait une véritable indépendance à l'égard de l'exécutif^[2](88). Alors pourquoi donc vouloir sa suppression ? René Frileux reprit les arguments habituels tels l'inamovibilité des juges, condition essentielle de leur indépendance. Mais, malgré l'absence de cette caractéristique, il admettait qu'ils n'avaient presque jamais été révoqués. La crainte de l'auteur était qu'un gouvernement plus audacieux que les précédents fût moins respectueux des traditions^[3](89), ce qui expliquait principalement son intérêt pour la suppression de la justice administrative. Il rejetait une suppression radicale qui aurait été irréalisable ; il la voulait donc progressive, en prenant pour point de départ celle des conseils de préfecture, car le Conseil d'Etat donnait à l'individu le maximum de garanties malgré ses défauts : « la violation du principe de séparation des pouvoirs n'est pas tempérée chez eux par les avantages et les qualités introduites progressivement par le législateur dans l'organisation du haut tribunal administratif. Ils sont restés tels qu'ils ont été créés en l'an VIII, leurs membres n'ont jamais eu de ces velléités d'indépendance comme on peut en citer pour le Conseil d'Etat, leur jurisprudence n'a rien créé de nouveau comme le recours pour excès de pouvoir »^[4](90). Il proposait donc la séparation de la fonction juridictionnelle de leurs autres fonctions. Le Conseil d'Etat aurait été maintenu « jusqu'au moment propice où, sans aucun danger pour l'organisme social, la juridiction contentieuse [aurait pu] être attribuée à la Cour de cassation »^[5](91). Mais la proposition de René Frileux se révélait isolée au sein de la doctrine ; même sa contestation était pleine de nuances.

Les rares opposants à la justice administrative se tournaient dès lors vers la transformation du système, ce qui ne signifiait pas pour autant l'absence de critiques à l'encontre des conseils de préfecture. Par exemple, Gaston Jèze relevait en 1919 que « Mal recrutés, mal payés, sans prestige, sans indépendance, les conseils de préfecture ne participent qu'en apparence au service public de justice et n'aident en aucune façon le Conseil d'Etat »^[6](92). Des amendements relatifs à leur suppression avaient donc été proposés par des députés et des sénateurs, mais sans succès - comme les propositions de M. Emile Bender le 1^{er} juillet 1919, de MM. Barthe et Félix le 19 mars 1920, de M. Servain le 25 mars 1922. Elles avaient provoqué peu d'échos au Parlement. Pour Julien Laferrière, c'était plus par acquit de conscience, pour n'omettre aucun aspect du débat, que par conviction^[7](93). Ainsi les critiques politiques semblaient s'estomper.

Une dénonciation des faiblesses de la justice administrative

Le début des années 1950 a été marqué par une recrudescence des critiques sur la justice administrative, davantage sous la forme de réquisitoires^[8](94). Dans un courant ouvert aux idées politiques et sociales^[9](95), les insuffisances ont été dénoncées, sans pour autant réclamer la suppression. Marcel Waline soulignait que le droit administratif était, « par certains aspects, une oeuvre essentiellement aristocratique élaborée pour et par le salon du Palais-Royal »^[10](96) ; par conséquent, il fallait le simplifier pour le rendre applicable par l'ensemble des juridictions administratives. Jean Rivero rappelait aussi, dans son célèbre article « Le Huron ou Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », la faible portée de ces recours^[11](97).

Certaines critiques portaient sur des aspects de la jurisprudence administrative concernant, d'une part le contentieux administratif de la responsabilité - en référence au faible volume des indemnités accordées par rapport à celui des tribunaux judiciaires, dans des circonstances identiques ; d'autre part aux « applications jurisprudentielles du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire »^[12](98), d'autant plus que la lenteur de l'examen des recours pouvait avoir pour origine le caractère « anachronique de la répartition juridictionnelle entre tribunaux administratifs et judiciaires »^[13](99). Cela a amené à contester l'existence même de la juridiction administrative, et donc de sa justice. Alain Le Tarnec^[14](100), avocat à la Cour de Paris, s'était montré particulièrement ironique, dans son article « Faut-il supprimer les juridictions administratives ? », quant aux raisons de leur maintien considérées d'un autre temps^[15](101), pour en conclure que, « la force d'inertie' mise à part, il ne [lui restait] guère de fondement »^[16](102) ! La controverse s'était poursuivie au sein de l'Assemblée nationale. Les députés avaient en effet déposé en 1957 un amendement sur l'article 3 du nouveau code de procédure pénale - adopté presque sans débat mais rejeté par le Conseil de la République - qui disposait que « L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Cette juridiction est compétente pour connaître de l'action en réparation du préjudice matériel, corporel ou moral, quelle que soit la personne physique ou la personne morale de droit privé ou de droit public à qui incombe cette réparation ». Cette controverse fut finalement contenue par différentes mesures, tout d'abord la loi du 31 décembre 1957, instituant une attribution légale

de compétence au profit des tribunaux judiciaires à propos des accidents de véhicule, puis le décret du 25 juillet 1960 qui élargissait la procédure du conflit négatif par l'institution d'un renvoi direct devant le Tribunal des Conflits, enfin la jurisprudence *Douïeb c/ Stokos* du 13 juin 1960⁽¹⁰³⁾ de ce dernier, instituant une option de juridiction pour la réparation des conséquences pécuniaires du délit pénal commis par un agent public en matière de travaux publics. Ce fut seulement un bref répit qui prit fin avec l'arrêt *Canal*⁽¹⁰⁴⁾ du Conseil d'Etat, qui avait reposé la question du rôle politique de cette juridiction, et se trouva ainsi de nouveau menacé par le gouvernement⁽¹⁰⁵⁾. Cet événement avait rappelé « l'emprise virtuelle du pouvoir exécutif sur la juridiction administrative »⁽¹⁰⁶⁾ ; il était reproché à cette dernière d'avoir négligé ses devoirs de collaborateur de l'administration en sacrifiant la défense de l'ordre public à celle des droits individuels. Finalement, les décrets du 30 juillet 1963⁽¹⁰⁷⁾ ne réalisèrent qu'une réforme partielle du fonctionnement du Conseil d'Etat, visant à rapprocher la juridiction administrative de l'administration active.

On aurait pu penser que les tensions à l'égard des conseils de préfecture allaient s'estomper à la suite de la réforme de 1953 instituant les tribunaux administratifs ; au contraire, l'observation de la décennie 1973-1983⁽¹⁰⁸⁾ a amené le constat d'une crise des tribunaux administratifs⁽¹⁰⁹⁾. Il était essentiellement favorisé par le problème préoccupant de l'encombrement des juridictions administratives. A cela, s'ajoutait le malaise existant dans leur organisation qui trouvait en partie leur origine dans les faibles relations entretenues avec le Conseil d'Etat⁽¹¹⁰⁾. De ce fait, une des grandes transformations radicales proposées du système restait la suppression du dualisme juridictionnel, et posant ainsi la question de la pertinence de la justice administrative. En 1972, Danièle Lochak s'interrogeait « si le système entier ne [devait] pas faire l'objet d'une remise en cause »⁽¹¹¹⁾ en raison des lacunes du contrôle juridictionnel de l'administration. Marc Gjidara avait également estimé que « de plus en plus le droit administratif [aurait fort bien pu] être utilisé par les tribunaux judiciaires car l'incompatibilité du droit civil et de l'action administrative n'[impliquait] pas l'exclusion obligatoire du juge ordinaire dont la fonction [était] de dire le droit quel qu'il soit »⁽¹¹²⁾, argument que l'on retrouvait déjà au XIX^e siècle. Il notait aussi que « les conditions [semblaient] réunies pour mettre un terme à un système juridictionnel qui n'[était] plus que la survivance d'un passé révolu et pour mettre enfin d'accord le droit commun et le fait administratif »⁽¹¹³⁾, et comme il était de « de moins en moins possible d'isoler l'intérêt public et les intérêts privés », il fallait appliquer un seul et même droit⁽¹¹⁴⁾. Ces propos n'avaient pas fait l'unanimité. Par exemple, lors du colloque de Grenoble sur le vingtième anniversaire des tribunaux administratifs, de jeunes membres de la juridiction administrative avaient rejeté, pour absence d'argument décisif⁽¹¹⁵⁾, la suppression des tribunaux administratifs et leur attachement à l'ordre judiciaire. Bien que la thèse leur parût séduisante, elle aurait impliqué de traiter l'administration comme un particulier, faisant ainsi abstraction de sa nature et de sa finalité. A cet argument, pouvaient être opposés les propos de Georges Liet-Veaux pour lequel la fusion de la responsabilité de la puissance publique avec les règles de responsabilité civile n'impliquait pas une appréciation identique des fautes de l'administration et de celles d'un particulier⁽¹¹⁶⁾. Pour cela, il admettait une spécialisation des magistrats, sans séparation des juridictions⁽¹¹⁷⁾, ce à quoi les jeunes membres de la juridiction administrative rétorquaient que l'insertion des magistrats administratifs dans l'appareil judiciaire de droit commun les aurait privés de la possibilité de rester au contact des réalités administratives⁽¹¹⁸⁾. Alain Le Tarnec contestait déjà en 1957 cet argument : il observait qu'il n'était pas forcément nécessaire « d'être en contact permanent avec l'une des parties au procès pour juger correctement son affaire »⁽¹¹⁹⁾. Mais la doctrine, de manière générale, rejetait la réunification de la justice administrative et judiciaire. Jean-Marie Auby et Roland Drago évoquaient au début des années 1980 l'aspect irréaliste d'une telle proposition, comme celle d'Henri Ferretti⁽¹²⁰⁾, député.

Une réorganisation de la Justice

A l'heure actuelle, les partisans de l'unité juridictionnelle ne proposent pas forcément la suppression stricte de la justice administrative, mais plutôt une réorganisation de la Justice, ce qui conduit parfois à s'intéresser à l'expérience des pays étrangers. Par exemple, l'Institut Montaigne évoque en 2004 la dualité « presque singulière » à la France⁽¹²¹⁾. Cette comparaison a toujours été présente chez les contestataires. La suppression de la justice administrative en Italie et en Espagne au milieu du XIX^e siècle avait ravivé l'opposition française. Amédée Lefèvre-Pontalis s'appuyait sur l'exemple de l'Angleterre et des Etats-Unis en faveur de l'unité des juridictions⁽¹²²⁾ - il en était de même pour Raoul de la Grasserie en 1911⁽¹²³⁾, M. Dramart sur celui de la Belgique⁽¹²⁴⁾ qui avait supprimé la justice administrative au cours du XIX^e siècle. Certes, la Belgique n'avait pas créé de nouveau Conseil d'Etat à la suite de son accession à l'indépendance, mais c'était essentiellement pour des raisons politiques : le Conseil d'Etat présentait deux défauts, à savoir un instrument de l'oppression napoléonienne et une institution étrangère imposée par la France⁽¹²⁵⁾. Cependant, il s'était avéré avec le temps que la Cour de cassation belge n'exerçait pas le contrôle juridictionnel de l'administration prévu par la Constitution ; le Conseil d'Etat fut donc recréé en 1946⁽¹²⁶⁾. Quant aux pays anglo-saxons et à la plupart des pays de l'Europe de l'Est, le modèle moniste est

principalement adopté : aucun privilège de juridiction pour l'administration, même droit applicable comme tout autre justiciable. Mais, comme le note Guy Braibant, c'est un système qui a connu des atténuations au cours de ce XX^e siècle, par l'existence de quasi-juridictions ou de chambres spécialisées^[127], ce qui équivaldrait à une « juridiction spécialisée qui ne serait plus soumise au contrôle de la Cour suprême puisqu'elle en ferait partie »^[128]. En outre, le modèle de la justice administrative est en plein essor, comme dans les pays de l'Europe de l'Est, car il est souvent le signe d'un progrès de l'Etat de droit, ce qui permet à Yann Aguila de le qualifier de « modèle majoritaire en Europe »^[129].

La justice administrative n'apparaît pas comme propre à la France, mais son évolution soulève des questions pour son avenir. Certains auteurs mettent en avant sa banalisation en raison d'une uniformisation des ordres de juridictions, influencée par le libéralisme. Le contenu de ce courant de pensée a évolué depuis le XIX^e siècle ; deux tendances l'alimentent aujourd'hui, montrant ainsi toute sa complexité : « d'une part, la survalorisation de la logique économique du marché, qui substitue ses valeurs individualistes au souci de l'intérêt général incarné par l'Etat ; d'autre part, la promotion de l'idéologie des droits de l'homme favorise une approche subjective du droit, en posant le primat des droits individuels sur la puissance publique »^[130]. Pour cela, il faut se référer aux droits communautaires et européens^[131]. Par exemple, les traités des Communautés européennes ne reconnaissent pas toujours la distinction personnes publiques - personnes privées, leur imposant ainsi les mêmes règles, essentiellement dans le domaine de la concurrence. Néanmoins, des exceptions aux règles du marché ont été prévues par les traités communautaires, en vertu de l'idée de puissance publique^[132]. C'est ainsi que, dans sa décision *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol* ^[133], la Cour de justice des Communautés européennes a posé le principe et les conditions de l'exclusion des activités de puissance publique de l'application des règles de concurrence. Le mouvement de la globalisation des échanges entraîne paradoxalement celui de l'affaiblissement et de renforcement de l'Etat^[134]. Le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme exerce aussi une influence^[135], comme au regard de l'application de l'article 6 §1 relatif au droit à un procès équitable, dont le champ d'application concerne les « contestations sur les droits et obligations de caractère civil » et les « accusations en matière pénale ». La Cour européenne en a donné une interprétation large puisqu'elle a estimé que le contentieux des actes administratifs n'échappait pas aux exigences de cet article, ainsi que les litiges concernant la responsabilité de l'Etat^[136]. Par conséquent, sous l'influence extérieure, les personnes publiques peuvent être soumises aux mêmes règles que les personnes privées. De plus, le juge administratif et le juge judiciaire sont tous deux investis d'une mission prioritaire de protection des individus, comme le note Norbert Foulquier : « les droits fondamentaux sont devenus des éléments incontournables des procès tant administratifs que civils »^[137]. De ce fait, les requêtes de plus en plus semblables ; « une forme 'd'espace juridique commun' applicable indifféremment à l'action privée et au secteur public »^[138] tend à se développer.

Les logiques économiques du marché et la promotion de l'idéologie des droits de l'homme renforcent la pratique des emprunts croisés^[139], et donnent ainsi lieu à des critiques relevant de l'ordre technique. Le juge administratif fait des emprunts au droit privé, comme le droit de la concurrence^[140], le droit pénal^[141], le code civil^[142] ainsi que le code de la consommation^[143], ce qui ne signifie pas pour autant une réception totale de ces règles. Au contraire, le juge administratif les adapte au regard des nécessités publiques et de l'intérêt général. Ce rapprochement relatif des juridictions est accentué par l'intervention du législateur, par exemple, avec la loi du 8 février 1995 relative au pouvoir d'injonction et celle du 30 juin 2000 portant sur les référés, renforçant le parallélisme entre les deux ordres : le juge administratif est doté d'outils aussi puissants que le juge judiciaire pour assurer la protection des individus face aux agissements illégaux de l'administration, bien que les conditions d'application soient parfois plus restrictives, comme avec le référé liberté. Yves Gaudemet observe ainsi que « l'avenir du juge administratif en fera toujours davantage un juge, et de moins en moins un juge administratif ; ce qui peut contribuer, à très long terme, à poser la question de son identification et d'une intégration aux structures juridictionnelles ordinaires »^[144].

Le rapprochement ne se fait pas que du côté du juge administratif ; le juge judiciaire applique lui aussi le droit administratif, sauf dans le cadre de contentieux des actes réglementaires^[145]. Dans son arrêt *Giry* ^[146], la Cour de cassation affirme que le juge a « le pouvoir et le devoir de se référer [...] aux règles de droit public » dans les litiges concernant le service judiciaire. Cette jurisprudence a eu des prolongements dans des contentieux que le législateur a transférés aux juridictions judiciaires alors même qu'ils portaient sur des questions d'ordre administratif^[147]. De plus, le juge judiciaire répressif peut apprécier la légalité des actes administratifs, en exerçant le même contrôle que le juge administratif^[148]. Cela conduit à une dualité de la justice administrative.

Ce n'est donc pas la justice administrative qui est directement contestée, mais l'organisation dont elle découle, qui peut la rendre plus confuse. Ainsi, le principe de dualité des ordres de juridictions relèverait

essentiellement du fantasme pour Roland Drago et Marie-Anne Frison-Roche⁽¹⁴⁹⁾ : « nous vivons non pas sous l'empire du principe de dualité des ordres de juridictions mais presque sous celui d'un unique ordre de juridictions, répété deux fois, d'un ordre dupliqué, redondant »⁽¹⁵⁰⁾, ce qui favorise la thèse de la fusion des deux ordres⁽¹⁵¹⁾. Jean Arthuis propose comme solution de rationaliser leur coexistence en transférant le contentieux contractuel et celui de la responsabilité au juge judiciaire, appliquant le droit commun ; par contre le juge administratif conserverait le contentieux de l'excès de pouvoir⁽¹⁵²⁾. Pour d'autres auteurs, comme Laurent Cohen-Tanugi, il faut aller plus loin, c'est-à-dire réunifier la justice administrative et judiciaire pour dynamiser la Justice⁽¹⁵³⁾ et émanciper véritablement le judiciaire⁽¹⁵⁴⁾. C'est la Justice dans son ensemble qui devrait être réformée, idée qui commençait à apparaître dès les années 1950⁽¹⁵⁵⁾. Cela reviendrait à faire du pouvoir judiciaire un véritable pouvoir, mais comme le note Laurent Cohen-Tanugi, « c'est moins le retour en force des principes du libéralisme politique que l'impérieux besoin pratique de renforcer la fonction juridictionnelle, en l'unifiant, qui la commande »⁽¹⁵⁶⁾. Il ne s'agit pas pour autant d'une substitution aux critiques politiques, comme en témoigne le discours de François Bayrou lors d'un colloque sur la Justice en 2006. Il a pu déclarer à cette occasion : « Il faut que l'Etat trouve sa justice, lui aussi. Le Conseil d'Etat, qui n'est pas composé de magistrats⁽¹⁵⁷⁾, ne saurait être juge et partie, associer les fonctions de juge et de conseil du gouvernement⁽¹⁵⁸⁾. C'est un grand sujet pour le sommet de l'Etat en France - cela va de pair avec la volonté d'indépendance de la société française »⁽¹⁵⁹⁾.

On trouve là exprimée - une fois de plus - la question de la pertinence du Conseil d'Etat en tant que juge. Il faut noter que la question de l'influence politique est récurrente au regard de la composition du Conseil d'Etat, ce qui ne remet pas totalement en cause la justice administrative car le recrutement des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel satisfait dans l'ensemble aux exigences de recrutement impartial et professionnel. Le système est différent pour les membres du Conseil d'Etat - « classe à part de juristes d'Etat » selon les termes de Laurent Cohen-Tanugi⁽¹⁶⁰⁾ : certains sont nommés parmi les élèves de l'Ecole nationale d'administration, d'autres choisis discrétionnairement par le gouvernement. Face à cette situation et à l'existence d'un droit exorbitant du droit commun, certains députés réclament de véritables contre-pouvoirs contre l'administration toute puissante, d'autant plus que certains discours laissent penser que « juger, c'est encore administrer ». C'est le cas de celui du Garde des Sceaux, Pascal Clément, prononcé le 7 février 2007 à l'occasion de la réunion annuelle des chefs de juridictions administratives : « L'existence d'une juridiction administrative et d'un droit administratif se justifient, historiquement, par cette capacité à sanctionner en prenant en compte les exigences publiques. Bien sûr, l'Etat doit être soumis au droit. Mais sans un Etat responsable, il n'est pas possible d'organiser le vouloir vivre collectif. Pour ce faire, il faut laisser à l'Etat la capacité d'agir et de décider. Vous devez également être les garants de cet intérêt général. » Mais il ajoute aussi être « parfois dubitatif face à certaines jurisprudences, qui [lui] semblent traduire une prise en compte insuffisante des réalités et des contraintes de l'administration ». Cela montre que les juridictions administratives se doivent d'être proches de l'administration active, ce que rejette le député Arnaud Montebourg, favorable à la suppression de la dualité juridictionnelle dans la 25^e proposition du projet de Constitution de la VI^e République : « La fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat est supprimée. La Cour de cassation est la juridiction suprême de recours de toutes les juridictions de première et seconde instance »⁽¹⁶¹⁾.

A travers des critiques politiques et techniques, certains auteurs prônent l'unité juridictionnelle, sans que cela conduise nécessairement à la suppression de la justice administrative, mais est-elle juridiquement réalisable si l'on se réfère à la décision du Conseil constitutionnel *Conseil de la concurrence* ⁽¹⁶²⁾ ? Elle consacre au regard de « la conception française de la séparation des pouvoirs » le domaine d'intervention du juge administratif en matière « d'annulation et de réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique » par les autorités administratives, mis à part « les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », c'est-à-dire les libertés individuelles, la propriété privée, l'état et la capacité des personnes ainsi que le fonctionnement des services judiciaires.

A cela, le Conseil constitutionnel apporte une nuance subordonnée à l'intérêt d'une bonne administration de la justice qui autorise le législateur à « unifier les règles de compétences juridictionnelles au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »⁽¹⁶³⁾. Il érige ainsi au rang de « principe fondamental reconnu par les lois de la République » la compétence de la juridiction administrative. Et de ce fait, il consacrerait l'existence de cette juridiction. Il apparaît ainsi que cette décision ne va pas dans le sens d'une unité de juridictions, celle-ci ne pouvant être réalisée que par une révision de la Constitution⁽¹⁶⁴⁾.

Mais Didier Truchet apporte quelques nuances⁽¹⁶⁵⁾. Pour lui, cette décision n'affirme pas l'exigence « d'un ordre juridictionnel administratif autonome »⁽¹⁶⁶⁾ : il ne faudrait pas déduire trop vite de la reconnaissance constitutionnelle de la compétence celle de l'existence, et d'admettre l'existence d'un ordre

juridictionnel « autonome » à partir de celle des juridictions administratives. L'auteur rappelle que « la fin du dualisme juridictionnel ne signifierait pas leur disparition, mais seulement leur réunion aux juridictions judiciaires »¹⁶⁷ et n'irait pas à l'encontre de la décision du Conseil constitutionnel. Il propose ainsi une restructuration de l'organisation juridictionnelle, sans pour autant conduire à la suppression de la justice administrative¹⁶⁸. Sa démonstration s'appuie sur la décision du Conseil d'Etat *M^{me} Popin* ¹⁶⁹ : la justice « est rendue de façon indivisible au nom de l'Etat ». Afin de donner pleine valeur à ce principe, « 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 »¹⁷⁰. Cela aurait pour conséquence de supprimer le Tribunal des conflits, de simplifier les problèmes de compétence, la recherche du juge par le justiciable et surtout de faciliter le dialogue des juges nationaux. Mais la principale crainte de Didier Truchet serait que soit oubliée la nécessité d'un dualisme juridique.

Or tous les partisans de l'unité ne partagent pas cette motivation. Par exemple, Patrice Maynial, conseiller à la Cour de cassation, met en cause l'évolution de la production normative qui tend à émietter le droit : « La fonction juridique [de l'Etat] est affectée par le dualisme droit public - droit privé qui se projette dans le dualisme juridictionnel »¹⁷¹. Il est donc favorable à l'unification du droit qui aurait nécessairement pour conséquence l'unité juridictionnelle ; ce serait la fin de l'existence d'un droit exorbitant du droit commun. Quelles que soient les motivations, le débat technique et politique continue d'être ouvert, soulevant encore de nombreux enjeux.

L'analyse de la doctrine montre que le débat sur la suppression de la justice administrative est un débat avant tout récurrent, sous influence libérale, néo-libérale. La libéralisation des régimes politiques et le fait que le Conseil d'Etat soit désormais considéré comme une institution libérale, a introduit quelques nuances dans la proposition de suppression de sa justice : la restructuration du système juridictionnel s'est substituée à une proposition de suppression stricte ; il est question du maintien de la justice administrative - sous une approche plus technique - et non plus celle de sa légitimité.

Même si la suppression se révèle aujourd'hui peu probable en référence aux nombreuses transformations qu'elle impliquerait, par exemple, dans les règles de fonctionnement en vigueur dans les sphères de la haute administration, elle pose la question de savoir si, dans le système actuel, la justice administrative répond aux besoins de notre société, et de ce fait, s'il est nécessaire de réfléchir à d'autres formes d'organisation afin de mieux l'adapter à un environnement en mutation. Ainsi, malgré leurs propositions isolées, les partisans de l'unité juridictionnelle continuent d'alimenter un débat sur les dysfonctionnements de la dualité. Ce débat dépasse la seule sphère du juge administratif ; il concerne aussi les faiblesses de la juridiction judiciaire. C'est peut-être cette évolution en faveur d'une réorganisation de la Justice qui fragilise le plus la justice administrative dans son système actuel, pouvant parfois expliquer la volonté du Conseil d'Etat de la banaliser par une instrumentalisation du droit comparé, en insistant sur son rayonnement dans d'autres pays¹⁷².

Annexe

Derniers avatars, débat ou combat ?

1) Commission des lois de l'Assemblée nationale. Examen du projet de loi constitutionnel de la modernisation des institutions de la V^e République (n° 820)

Amendement présenté par M. Jean-Luc Warsmann, rapporteur au nom de la commission des lois

Article 11

Avant l'alinéa 1 de cet article, insérer l'alinéa suivant :

« Dans le cinquième alinéa de l'article 34 de la Constitution, après les mots : « l'amnistie », sont insérés les mots : « la répartition des contentieux entre les ordres juridictionnels, sous réserve de l'article 66 ».

Exposé sommaire

Cet amendement permet de faciliter l'exercice de la faculté offerte au législateur de créer des blocs «

contentieux » sans considération de la dualité des ordres juridictionnels, dans le respect du principe de l'autorité judiciaire gardienne de la « liberté individuelle » proclamé à l'article 66 de la Constitution.

La dualité des ordres de juridiction forme un système complexe, où le risque de déni de justice n'est pas nul, où le risque de conflits de décision ne l'est pas non plus. Mais le problème se situe sans doute moins dans la solution que finit par trouver tout litige (mais à quel prix, dans tous sens du terme, pour le justiciable !) que dans l'accès au juge et au bon juge. Par ailleurs, il faut relever que le corpus de règles applicables est constitué de plus en plus des règles qui relèvent du droit privé : ainsi le juge administratif applique de plus en plus des règles de droit privé (droit de la concurrence, code pénal, code de la consommation...).

Les exemples de complexité peuvent être multipliés à l'envi. Par exemple, lorsqu'un pourvoi formé contre l'ordonnance d'expropriation est fondé sur l'irrégularité de la déclaration d'utilité publique ou de l'arrêté de cessibilité, la Cour de cassation procède au retrait de l'affaire du rôle jusqu'à ce que les juridictions administratives aient statué sur la nullité de ces actes. L'absence de diligences dans les deux années suivant la décision de la juridiction administrative entraîne la péremption de l'instance devant la Cour de cassation.

Le contentieux sportif est particulièrement confronté à la dualité des juridictions et à la difficulté de définir parfois le bon juge. L'acquisition d'un logiciel par la ligue de football auprès d'une société privée peut être regardée comme une convention passée entre personnes privées, mais la décision d'unifier, par ce logiciel, la billetterie informatique des clubs participant au championnat organisé par la ligue, ressortit aux prérogatives de puissance publique qui ont été confiées à ce groupement et la contestation de cette décision relève du juge administratif. Autre exemple, le juge administratif est compétent pour connaître des conditions de délivrance d'une licence qui imposent au licencié de bénéficier de contrats d'assurance conclus par la Fédération et d'avancer la somme d'argent correspondante, mais c'est le juge judiciaire qui est compétent pour juger de l'appel d'offres pour les droits de retransmission radio des matchs de football.

La matière fiscale peut faire du point de vue du partage des contentieux les délices du juriste. A l'origine, la compétence juridictionnelle en matière de responsabilité a été établie au profit du juge administratif pour les opérations d'assiette quel que soit l'impôt en cause et au profit du juge judiciaire pour les opérations de recouvrement. Progressivement, des évolutions se sont dessinées et la compétence du juge administratif est aujourd'hui écartée dans quatre hypothèses : procédure devant la juridiction pénale, recouvrement forcé de l'impôt, opérations d'assiette de certains impôts pour les impôts confiés au juge judiciaire, perquisitions fiscales. Dans cette hypothèse, le juge judiciaire est compétent même si les irrégularités de la visite entachent la régularité de la procédure d'imposition. Le juge de l'impôt ne peut pas être saisi.

De la même façon, il est difficilement compréhensible qu'un justiciable victime d'un accident, selon qu'il a été soigné par un médecin exerçant à titre libéral au sein d'un cabinet, d'une clinique ou d'un hôpital (tribunal de grande instance) ou qu'il l'a été par un praticien hospitalier (tribunal administratif), ne puisse obtenir réparation du préjudice subi dans des conditions strictement identiques en raison de la dualité des compétences juridictionnelles liées au statut de l'établissement dans lequel l'accident est survenu.

Il serait donc utile de permettre au législateur, par-dessus le principe de dualité de juridiction, de simplifier au nom de la bonne administration de la justice et du droit à l'accès au juge la répartition des contentieux.

2) Examen en commission des lois

Séance du 14 mai 2008

Article 11 (art. 34 de la Constitution) : Extension du champ d'intervention des lois de programmation à tous les domaines de l'action de l'Etat :

M. Jean-Claude Sandrier a présenté un amendement tendant à supprimer les restrictions pesant actuellement sur le champ de compétence du législateur, afin de renforcer le pouvoir du Parlement en matière de vote de la loi. Il a souligné que cet amendement était d'autant plus justifié que l'article 15 du projet, s'il est adopté, resserrera davantage encore la contrainte de recevabilité pesant sur les initiatives des parlementaires, puisqu'un amendement ou une proposition de loi pourront être déclarés irrecevables s'ils ne relèvent pas du domaine de la loi, non plus seulement à l'initiative du Gouvernement mais aussi à celle du Président de l'assemblée saisie.

Après que le rapporteur eut émis un avis défavorable, la Commission a rejeté cet amendement.

Après l'adoption d'un amendement rédactionnel du rapporteur, la Commission a été saisie d'un amendement du même auteur tendant à étendre le domaine de la loi à la constitution de blocs de compétence que la jurisprudence du Conseil constitutionnel rend aujourd'hui aléatoire. L'objectif de l'amendement est de permettre au législateur de simplifier, au nom de la bonne administration de la justice et du droit à l'accès au juge, la répartition des contentieux entre les deux ordres de juridiction, dans le respect de la compétence du juge judiciaire pour la protection des libertés individuelles.

Après avoir indiqué qu'il approuvait la volonté du rapporteur de remédier aux difficultés d'accès au juge compétent pour le justiciable, M. Arnaud Montebourg a estimé que la question de la modernisation de la justice administrative devait être posée à l'occasion de la réforme des institutions. Le défaut d'indépendance des magistrats administratifs, qui sont avant tout des fonctionnaires, ainsi que la double compétence du Conseil d'Etat, à la fois conseiller du Gouvernement sur la rédaction des actes administratifs et juge de la légalité de ces mêmes actes, a conduit ces dernières années à une multiplication de recours contre la France devant la Cour européenne des droits de l'homme qui ridiculisent notre pays. A cet égard, et sans même évoquer la question des nominations au tour extérieur, les fonctions du commissaire du gouvernement, qui ne représente pas le Gouvernement mais s'exprime devant les juridictions en dernier sans qu'il soit possible de lui répondre, sont révélatrices de l'anomalie que constitue aujourd'hui le fonctionnement de la justice administrative française.

Il s'est donc déclaré en faveur d'une clarification du rôle et de la situation du Conseil d'Etat dont la fonction juridictionnelle ne doit pas être consacrée par la Constitution.

Après avoir rappelé les critiques dont faisait l'objet la justice administrative de la part de nombre de parlementaires, notamment en raison du fait que le Conseil d'Etat, dans le domaine de la protection de l'environnement, n'a rendu dans les vingt-cinq dernières années aucune décision favorable aux associations de défense de l'environnement, M. Noël Mamère a estimé que la confusion du rôle de contrôleur et de contrôlé qui caractérise le Conseil d'Etat était particulièrement nocive et devait amener à s'interroger sur le maintien de sa section du contentieux.

Mis aux voix, l'amendement a été adopté à l'unanimité.

Note : L'amendement proposé par la commission des lois a été adopté par l'Assemblée nationale au cours de la 3^{ème} séance du 27 mai 2008.

La commission des lois du Sénat a proposé de supprimer cette disposition (rapport de M. Jean-Jacques Hyst, n° 387, 2007-2008). Le Sénat l'a effectivement supprimée lors de la séance du juin 2008.

Incohérences

L'amendement au projet de révision constitutionnelle, adopté par la commission des lois de l'Assemblée nationale pour introduire dans l'article 34 de la Constitution un alinéa confiant à la loi « la répartition des contentieux entre les ordres juridictionnels, sous réserve de l'article 66 », présente des défauts majeurs : il est inutile ; il procède d'inexactitudes ; il méconnaît l'intérêt général.

Depuis longtemps, la jurisprudence concordante du Conseil d'Etat, du Tribunal des conflits et du Conseil constitutionnel reconnaît que la répartition des compétences entre l'ordre administratif (avec à sa tête le Conseil d'Etat) et l'ordre judiciaire (coiffé par la Cour de cassation) relève des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, dont il appartient à la loi de fixer les règles. Il est acquis depuis longtemps aussi que, selon l'article 66, c'est à l'autorité judiciaire qu'il revient de décider ou de contrôler les arrestations, les internements, les détentions, les perquisitions.

L'amendement est présenté comme destiné à offrir au législateur la « faculté de créer des 'blocs de contentieux' sans considération de la dualité des ordres juridictionnels » pour « simplifier au nom de la bonne administration de la justice et du droit à l'accès au juge la répartition du contentieux ». Le Conseil constitutionnel admet depuis plus de 20 ans (23 janvier 1987) qu'« il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ». Il ne sert à rien d'ajouter quoi que ce soit à la Constitution à ce sujet.

En réalité, l'amendement, tel qu'il est justifié par son exposé et par les débats qui, en commission, ont accompagné son adoption, procède de plusieurs erreurs.

L'une est générale : elle porte sur la prétendue complexité résultant de la dualité des ordres de juridiction et sur la confusion dans l'application des différentes branches du droit.

Or, d'une part, ce n'est pas tant l'existence de deux ordres juridictionnels qui peut rendre difficile l'identification de la juridiction compétente, que l'existence d'une pluralité de juridictions : il est évidemment nécessaire d'avoir de nombreux tribunaux pour que tous les justiciables puissent accéder au juge, y compris au sein d'un même ordre ; cela peut faire hésiter sur celui qu'il faut saisir (par exemple conseil de prud'hommes ou tribunal de commerce). Aujourd'hui les problèmes de répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels sont surmontés ; lorsqu'il s'en rencontre, ils sont aisément résolus par des procédures rapides et efficaces. D'autre part, si le juge administratif est amené à appliquer des branches du droit comme ceux de la concurrence, de la consommation ou le droit pénal, qui apparaissent d'abord comme régissant les personnes privées, c'est pour en faire assurer le respect par les autorités administratives : c'est évidemment de sa compétence. Il peut y avoir matière à amélioration et simplification ; on ne peut aboutir à une uniformisation.

D'autres erreurs ont été particulièrement proférées en commission. Il est faux que, dans le domaine de la protection de l'environnement, le Conseil d'Etat n'a rendu dans les 25 dernières années aucune décision favorable aux associations de défense : il suffit de rappeler celles qui ont annulé les arrêtés ouvrant exagérément les périodes de chasse, prescrit au gouvernement de faire revenir le Parlement sur semblables mesures (3 décembre 1999), suspendu l'exportation du *Clemenceau* pour désamiantage (15 février 2006), annulé la déclaration d'utilité publique d'un projet de ligne électrique dans les gorges du Verdon (10 juillet 2006), pour apporter un démenti. Il est faux que le Conseil d'Etat soit conseiller du gouvernement pour la rédaction d'actes administratifs et juge de la légalité de ces mêmes actes : si un Etat a été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme en une telle occurrence, c'est le Luxembourg, non la France (28 septembre 1995) ; au Conseil d'Etat français, ont été prises en fait et en droit (décret du 6 mars 2008) les dispositions nécessaires pour que les membres ayant participé à la préparation de certaines mesures ne participent pas ensuite au jugement des recours dirigés contre elles. S'il est exact que la France a été condamnée en raison de certains aspects du rôle du commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat (7 juin 2001) et pour la lenteur de la justice administrative, la Cour européenne a expressément reconnu l'indépendance du commissaire du gouvernement (qui ne représente pas celui-ci) ; les réformes du contentieux administratif ont aménagé son intervention et ont abouti à des jugements dans des délais qui sont aujourd'hui raisonnables.

Il n'y a pas dans le Conseil d'Etat de « confusion du rôle de contrôleur et de contrôlé » : il est toujours contrôleur de l'administration, indirectement dans les avis qu'il donne au gouvernement, directement dans les arrêts qu'il rend sur recours des administrés ; il n'est contrôlé par quiconque.

L'affirmation contraire, rapprochée de celle du « défaut d'indépendance des magistrats administratifs, qui sont avant tout des fonctionnaires » est plus qu'une inexactitude. L'indépendance de la juridiction administrative est un principe fondamental reconnu par les lois de la République, comme l'a constaté le Conseil constitutionnel (22 juillet 1980). Les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel exercent des « fonctions de magistrats » ; ils ne peuvent recevoir de nouvelle affectation, même en avancement, sans leur consentement ; l'avancement des membres du Conseil d'Etat, selon une règle non écrite mais d'application constante, se fait exclusivement à l'ancienneté ; l'apport du tour extérieur n'a jamais fait de ceux qui en font l'objet les serviteurs du gouvernement.

Ce que le Conseil d'Etat sert, c'est l'intérêt général. Il le fait dans ses formations consultatives (que vient de renover le décret du 6 mars 2008) en répondant à des questions sur des problèmes administratifs et en participant à la préparation de textes, notamment des lois dont le gouvernement a l'initiative (et même à celles d'initiative parlementaire si le projet de révision constitutionnelle est adopté). Il le fait dans ses formations contentieuses. Depuis plus de 200 ans, par de grands arrêts qui ont marqué sa jurisprudence, il a accueilli largement, même lorsque la loi voulait y faire obstacle (17 février 1950), les recours des administrés tendant à l'annulation des actes des autorités administratives et à la réparation des dommages qu'elles leur causent : il censure les atteintes au principe d'égalité (28 mai 1954), à la liberté de réunion (19 mai 1933), à la liberté de la presse (24 juin 1960) ; il reconnaît la responsabilité de la police (10 février 1905), du législateur (14 janvier 1938), élargit la responsabilité du fait des activités médicales et chirurgicales (10 avril 1992) ; il protège la dignité de la personne humaine (27 octobre 1995). En même temps, il tient compte des besoins du service public et des exigences de l'ordre public. Il assure ainsi la nécessaire conciliation des droits de l'Etat et des droits privés.

Ce n'est certainement pas à cet édifice que la commission des lois a voulu s'en prendre.

Pierre Delvolvé

Mots clés :

JUSTICE * Juridiction administrative

(1) La RFDA, dans son n° 3/2008, a publié un dossier intitulé « Droit administratif et justice administrative » qui, outre la présente contribution, comprend les articles suivants :

Principes de base d'une réforme du droit administratif, par E. Schmidt-Assman, p. 427  ;

Evolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ?, par F. Bérroujon, p. 449 .

(2) Citation de Jeffrey Jowell reprise par J.-B. Auby, Le juge administratif, objet d'étude *in* Droit administratif, août-septembre 2007. 2. V. J. Jowell, *The Universality of Administrative Justice ? in The transformation of Administrative law in Europe. La mutation du droit administratif en Europe*, Matthias Ruffert (dir.), Sellier : *European Law Publishers*, 2007.

(3) V. M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, PUF, Thémis droit, 2006, 362 p.

(4) D. Lochak, *La justice administrative*, Paris, Montchrestien, Clefs, 3^e éd., 1998. 8.

(5) CE 13 déc. 1889, *Cadot*, Lebon 1148  ; GAJA, 16^e ed., n° 5, 2007. 37 ; S. 1892. 3. 17, note Hauriou ; J. Chevallier, *Réflexions sur l'arrêt Cadot in Droits*, n°9, 1989. 78.

(6) CE, Ass., 19 oct. 1962, *Canal, Robin et Godot*, Lebon 552  ; GAJA, 16^e ed., n° 84, 2007. 564 ; AJ 1962. 612, chron. de Laubadère ; JCP 1963. II. 623, note C. Debbasch.

(7) V. F. Monnier, A propos du Conseil d'Etat : les leçons de l'histoire *in* Rev. adm. n° 313, 2000. 13.

(8) L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997. 351. V. Y. Laidie, Les libéraux et la justice administrative au XIX^e siècle, un mariage de raison ? *in* : Rev. adm. 2001. 5.

(9) V. F. Julien-Laferrrière, La dualité de juridiction, un principe fonctionnel? *in* *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996. 423. A. Van Lang, *Le dualisme juridictionnel, limites et mérites*, Paris, D., Thèmes et commentaires, 2007. 3 (ouvrage issu du colloque à La Rochelle, du 30 au 1^{er} oct. 2005).

(10) L. Jaume, *op. cit.*, p.352.

(11) B. Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2003. 7.

(12) L. Jaume, *op. cit.*, p.14.

(13) Citations reprises par R. Frileux, *La question de la suppression de la justice administrative*, thèse, Paris, Jouve, 1903. 98.

(14) F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995. 86 ; M. Waline, *Droit administratif*, 9^e éd., Paris, Sirey, 1963. 30.

(15) V. B. Pacteau, Vicissitudes (et vérification... ?) de l'adage « juger l'administration, c'est encore administrer » in *Mouvement du droit public. Du droit administratif constitutionnel, du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz 2004. 317 s.

(16) G. de La Rochefoucauld, *Des attributions du Conseil d'Etat*, Paris, Tétot frères, 1829. 184. Pour certains auteurs, c'est justement la définition des fonctions juridictionnelles et administratives qui fonde l'existence d'une juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire, car « si juger l'administration c'est administrer, alors le contentieux administratif doit échapper au pouvoir judiciaire ; si c'est d'abord juger, il doit au contraire en relever », M. Troper, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?* in, *Pouvoirs*, n°16, 1981. 6.

(17) Pierre-Louis Roederer devint le premier Président de la Section de l'intérieur.

(18) Citation reprise dans *Le Conseil d'Etat de l'an VIII à nos jours*, Paris, Société Adam Biro, 1999. 20.

(19) Les changements de régime accentuaient cette tendance. Le Conseil d'Etat a ainsi connu différentes périodes d'épuration au XIX^e siècle : 1814-1815, 1830, 1848, 1852 et 1879.

(20) G. Raissac, *Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la II^e République*, Sirey, 1937. 116-117. L'auteur rappelait les propos sévères de Gaétan de Larocheffoucauld sur les contradictions du Conseil d'Etat : « les commentateurs des décisions du Conseil d'Etat étaient contraints de noter et de nombrer en bas de page les décisions en sens contraire rendues sur des litiges similaires ». A cela, il faut ajouter que la législation administrative était très confuse. V. L.-M. de Lahaie Cormenin, *Question de droit administratif*, Paris, A. Guyot et Scribe, Alex-Gobelet, 1837. 530 p.; L.-A. Macarel, *Tribunaux administratifs, ou l'introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, J. Proret, 1828. 581 p.

(21) G. Raissac, *op. cit.*, p.117 ; par exemple, le Conseil d'Etat avait rendu un arrêt de rejet le 13 mars 1822 car la réclamation du sieur Couso, ayant pour cause ou pour objet la concession de grades et emplois militaires, n'était susceptible d'être introduite par la voie contentieuse. L'avocat avait donc été condamné à 10 francs d'amende.

(22) Exemple d'ouvrages importants : L.-M. de Lahaie Cormenin, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction*, Paris, Hérisson Le Doux, 1818 ; J.-B. Sirey, *Du Conseil d'Etat selon la Charte constitutionnelle aux notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Cours du Harlay, 1818 ; Macarel, *Éléments de jurisprudence administrative*, Paris, 1818.

(23) V. G. Bigot, *Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875* in RFDA 2003. 218^{III} ; G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Paris, EDCE, 1954. 21.

(24) Les termes utilisés sont proches de ceux de Napoléon, lorsqu'il fut question pour la première fois en 1806 d'organiser les compétences contentieuses du Conseil d'Etat : « je veux instituer un corps demi

administratif, demi judiciaire, qui réglera l'emploi de cette portion d'arbitraire nécessaire dans l'administration de l'Etat ; on ne peut laisser cet arbitraire dans les mains du prince, parce qu'il l'exercera mal ou négligera de l'exercer ». Cité dans M. Long, L'état actuel de la dualité des juridictions *in* RFDA 1990. 689¹⁰.

(25) J. Beranger, *De la justice criminelle en France*, Paris, L'Huillier, 1818. 55.

(26) Cormenin admettait le rôle de conseil de gouvernement du Conseil d'Etat, mais contestait celui de juge. Sur ce dernier point, il fallait des réformes importantes. *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction*, Paris, Hérisson Le Doux, 1818.

(27) L.-M. de Lahaie Cormenin, *op. cit.*, p.88.

(28) Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974, éd : CNRS, 1974.- p.205.

(29) C. Auzanneau, La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc *in Regards sur l'histoire de la justice administrative, sous la direction de Grégoire Bigot et Marc Bouvet*, Journées d'études du Centre d'histoire de Rennes I, Lexis-nexis, Litec, 2006. 112.

(30) Alexis de Tocqueville contestait vivement l'utilisation de cet article 75 qui avait été conservé dans les Constitutions suivantes. V. A. de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Robert Laffont, coll. Bouquins, Livre II, Chapitre IV : « Que la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'Ancien Régime ». V. J. Krulic, Alexis de Tocqueville et la judiciarisation : contrepoids « aristocratique » dans la société ou phénomène « démocratique » de très longue durée ? *in* : JCP Adm. 2005. 1185 : l'auteur relève que « Tocqueville n'a connu de la justice administrative que sa phase la moins juridictionnelle » (p.1186).

(31) F.-N. Bavoux, *Des conflits ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, Paris, Chez J.-P. Aillaud, 1828. 43.

(32) F.-N. Bavoux, *Conseil d'Etat, conseil royal, chambre des pairs, vénalité des charges, duel et peine de mort*, Paris, J.-P. Aillaud, 1838. 4.

(33) *Ibid.*, p.53.

(34) *Ibid.*, p.65.

(35) En 1852, le Tribunal mixte fut supprimé. Il fallut attendre 1872 pour qu'il fût de nouveau instauré.

(36) *Ibid.*, p.120.

(37) B. Pacteau, *op. cit.*, p. 75 s.

(38) V. de Broglie, Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, Contenant un examen critique de l'organisation de la justice administrative et quelques vues d'amélioration par L. A Macarel *in* : Revue française, 1828, vol. 6, p. 61.

(39) *Ibid.*, p. 64s.

(40) *Ibid.*

(41) Cité dans L. Jaume, *op. cit.*, p.358.

(42) *Ibid.*, p.285.

(43) En 1830, Louis Philippe avait vivement souhaité la suppression de la justice administrative : il avait perdu d'importants procès concernant le patrimoine de sa famille. Sous la Restauration, le Conseil d'Etat était en butte à l'hostilité des nobles rentrés en France, lors du retour des Bourbons, et cela à l'occasion de la restitution des biens des émigrés, d'autant qu'il s'était vu attribuer les contentieux correspondants.

(44) V. F. Rolin, Les projets de réforme du Conseil d'Etat établis par Benjamin Constant en 1830 *in Rev. adm.*, n° 317, sept.-oct. 2000. 463.

(45) Les premières conclusions sont apparues sur l'arrêt du 9 janvier 1832, *Truelle-Mullet c/ Petit Durieu*. Le ministère public affirmait son indépendance en concluant contre le ministre des Finances, le 24 mars 1832, dans l'affaire d'Annebaul. V. M. Long, L'état actuel de la dualité des juridictions *in RFDA* 1990. 689 s. 

(46) C. Auzanneau, *op. cit.*, p. 118-119.

(47) Danièle Lochak relève que c'est au contraire « le développement de l'Etat-providence qui a entraîné l'atténuation du régime exorbitant auquel obéissait l'action de l'administration, et la soumission d'une part croissante de ses activités au droit privé et à la compétence du juge judiciaire », Quelle légitimité pour le juge administratif ? *in Droit et politique*, CURAPP, Paris, PUF, 1993. 143.

(48) F. Burdeau, Les crises du principe de la dualité de juridictions *in RFDA* 1990. 728 . V. Dénonciation de « l'idolâtrie administrative » par E. Poitou, *Liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Paris, Charpentier et Cie, 1869. XIII.

(49) Cormenin critiquait vivement l'absence de procédure dans les conseils de préfecture : « En réglant l'instruction des affaires contentieuses devant le Conseil d'Etat, on a oublié d'organiser la procédure administrative de première instance : c'était oublier les fondements de l'édifice », citation dans M. Dramart, De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative *in Revue pratique de droit français*, vol. 35, 1873. 469.

(50) V. F. Burdeau, *op. cit.*, p.729.

(51) Un projet de décentralisation, 3^e éd., Nancy, Vergnes, Paris, Dentu, 1865. 43. V. F. Burdeau, *op. cit.*, p.730.

(52) Les exceptions avaient été estimées nécessaires : supprimer les conseils de préfecture et transporter en bloc toutes les attributions aux tribunaux civils auraient été impraticables étant donné que certaines attributions auraient été incompatibles avec la juridiction ordinaire. C'était le cas des litiges relatifs aux logements insalubres et incommodes. L'administration chargée de veiller à la salubrité ainsi qu'à la sécurité publique devait être en mesure d'apprécier librement. De ce fait, l'article 7 du projet de réforme disposait que : « les recours formés par les tiers contre les arrêtés des préfets autorisant les ateliers dangereux, insalubres

et incommodes de la première et de la seconde classe, seront portés devant le ministre, qui statuera après avoir pris l'avis du Conseil d'Etat. [...] ». V. L. Milcent, *De la réforme des conseils de préfecture, Mémoire adressé à la Commission de décentralisation, extrait de la Revue critique de la législation et de jurisprudence*, Paris, Cotillon et Fils, éd. Libraires du Conseil d'Etat, 1872. 12 s.

(53) A. Lefevre-Pontalis, annexe n° 1217, JO 22 juin 1872. 4209.

(54) Cité par B. Pacteau, *op. cit.*, p.185 ; V. O. Barrot, *De l'organisation judiciaire en France*, Paris, Didier, 1872, 247 p. ; S. Gilbert, *Le juge judiciaire gardien de la propriété immobilière, Etude de droit administratif*, Thèse de droit public, Université de Nantes, 2006. 308.

(55) Cité dans S. Gilbert, *op. cit.*, p. 309.

(56) L. Gambetta, *Discours et plaidoyers politiques*, Paris, Charpentier, 1886. II. 210-211.

(57) Certains auteurs ne furent guère rassurés par la mise en place de la justice déléguée, de peur qu'elle ne mît en danger l'indépendance de l'administration ; V. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1 970. 200-201.

(58) E. Poitou, *op. cit.*, p. 336.

(59) G. Privat, De l'unité de juridiction ou de la suppression des tribunaux administratifs *in* Revue catholique des institutions et du droit par une société de jurisconsultes et de publicistes, 1894, XXII^e année, 2nd semestre, 2^e série, 13^e vol., p. 427.

(60) *Ibid.*, p. 431.

(61) E. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs*, Paris, Librairie de A. Maresq Aîné, 1880. 484.

(62) *Ibid.*

(63) Les Parlements s'opposaient régulièrement aux réformes proposées par le pouvoir royal pour abaisser ou supprimer les privilèges fiscaux. Leur principal souci était de défendre leurs privilèges nobiliaires.

(64) Pour un rappel du sens exact de cette loi, V. J. Chevallier, Du principe de séparation au principe de dualité *in* RFDA 1990. 712^{III}. L'interdiction aux juges de se mêler aux affaires de l'administration a été renouvelée par le décret du 16 fructidor an III : « Les juges ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient ».

(65) *Ibid.*, p.719-723.

(66) M. Dramart, *op. cit.*, p.445.

(67) *Ibid.*, p.446. On retrouve ici l'idée que l'Etat devait être soumis au même droit que les particuliers. Les adversaires de la justice administrative prônaient le respect du droit et l'exigence d'honnêteté, tandis que les

défenseurs du système évoquaient l'intérêt général.

(68) R. de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit public*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1911. 236 ; V. interprétation des actes administratifs : T. confl. 16 juin 1923, *Septfonds*, Lebon 498 ^{III}, GAJA, 16^e ed., n° 40, 2007. 248 ; S. 1923. 3. 49, note M. Hauriou ; D. 1924. 3. 41, concl. P. Matter.

(69) Cons. const., n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, GAJA, 16^e ed., n° 93, 2007. 664 ; AJ 1987. 345, note J. Chevallier ; JCP 1987. II. 20854, note J.F. Sestier ; LPA 12 février 1987, note Sélinisky ; Gaz. Pal. 1987. Doctr. 209, comm. C. Lepage-Jessua ; RFDA 1987. 287, note B. Genevois ; RFDA 1987. 301, note L. Favoreu ; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet ; D. 1988. 117, note F. Luchaire ; Rev. adm. 1988. 29, note G. Sorel.

(70) T. confl. 8 févr. 1873, *Blanco*, Lebon 61, concl. David ^{III} ; D. 1873. 3. 20, concl. David ; S. 1873. 3. 153, concl. David ; GAJA, 16^e ed., n° 1, 2007. 1.

(71) L. Jaume, *op. cit.*, p.371.

(72) L. Jaume, *op. cit.*, p.11.

(73) CE 13 déc. 1889, *Cadot*, Lebon 1148 ; GAJA, 16^e ed., n° 5, 2007. 37 ; S. 1892. 3. 17, note M. Hauriou ; J. Chevallier, *Réflexions sur l'arrêt Cadot in Droits*, n° 9, 1989. 78.

(74) Par exemple, CE 26 nov. 1875, *Pariset*, Lebon 934 ^{III} ; CE 29 mars 1901, *Casanova*, Lebon 333 ^{III}, S. 1901. 3. 73, note M. Hauriou.

(75) L. Michoud, *Les conseils de préfecture et la justice administrative in Rev. pol. parl.*, 12, 1897. 269.

(76) E. Dubois, *Le contentieux administratif en Italie et la loi du 20 mars 1865, étudiés à l'occasion des projets de suppression des conseils de préfecture actuellement soumis à l'Assemblée nationale*, Paris, Cotillon et fils, éd. Libraires du Conseil d'Etat, 1873. 53.

(77) Cette proposition est très proche de celle contemporaine de Didier Truchet. V. *infra*, p. 11.

(78) *Ibid.*

(79) R. Jacquelin, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, thèse, Paris, A. Giard, 1891. 451.

(80) Quelques nuances ont été apportées quant à l'efficacité du recours pour excès de pouvoir. V. J. Rivero, *Le Huron ou Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir in D.* 1962. 329.

(81) R. Jacquelin, *op. cit.*, p.451. Il est possible de faire un parallèle avec la question des préjugés. Fuzier-Herman note que « si des hommes savants, droits, éminents, dépensent leur talent à la soutenir, c'est surtout, croyons-nous, en raison de la puissance des habitudes prises et de cette force de résistance qui donne des institutions le temps qui souvent consolide avant d'user », citation dans la thèse de René Frileux, *op. cit.*, p.99.

- (82) F. Burdeau, Du sacre au massacre d'un juge, La doctrine et le Conseil d'Etat statuant au contentieux *in La terre, la famille, le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, 1990. 312.
- (83) R. Jacquelin, L'évolution de la procédure administrative *in* RD publ., 1903, T. XIX et XX. Ses idées ont été reprises par André Tardieu (*La Révolution à refaire. I. Le souverain captif*, Paris, Flammarion, 1936. 152)
- (84) R. Jacquelin, *op. cit.*, p. 447.
- (85) G. Picot, *La réforme judiciaire en France*, Paris, Librairie Hachette et Cie, 1881. 226.
- (86) D. Truchet, Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel *in* AJDA 2005. 1768 .
- (87) R. Frileux, *La question de la suppression de la justice administrative*, thèse, Paris, Jouve, 1903. 55.
- (88) Le 20 mai 1887, le Conseil d'Etat accueillait les recours en excès de pouvoir formés par des membres de dynasties déchues contre des arrêtés ministériels approuvés par un ordre du jour favorable de la Cchambre des députés.
- (89) R. Frileux, *op. cit.*, p. 52.
- (90) *Ibid.*, p.65.
- (91) *Ibid.*, p.123.
- (92) G. Jèze, Le Conseil d'Etat au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative *in* RD publ., 1919. 73. V. S. Gilbert, *op. cit.*, p.339 ; R. Jacquelin, *Les cours de droit*, 1927-1928, p.162. Préférence pour les recours devant le Conseil d'Etat, A. Tardieu, *La Révolution à refaire. I. Le souverain captif*, Paris, Flammarion, 1936. 152.
- (93) Réaction de Julien Laferrière à la suite de la proposition de M. Saget relative à la réforme des conseils de préfecture, Chambre des députés, 5 juill. 1920 (Débats, p. 2757) : J. Laferrière, *L'organisation de la juridiction administrative, Réformes et projets de réforme in* RD publ. 1920. 554.
- (94) F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, Thémis, 1995. 482.
- (95) *Ibid.*, p.481-482.
- (96) M. Waline, Situation actuelle du droit administratif en France *in* JCP 1957. II. 4-10.
- (97) J. Rivero, Le Huron ou Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir *in* D. 1962. 329-334.
- (98) La doctrine reprochait au Conseil d'Etat et au Tribunal des conflits leur excessive subtilité en matière de

répartition des compétences. J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, T1, 1984. 188. V. G. Liet-Veaux, *Réflexions sur la séparation des contentieux* in Rev. adm. 1956. 369.

(99) R. Guillien, Essai sur une réforme générale du contentieux administratif in D. 1955, chron. XIX. 97 ; V. R.-E. Charlier, La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? in EDCE 1951. 47 ; J.-C. Groshens, Réflexions sur la dualité de juridiction in AJ 1963. 536.

(100) A. Le Tarnec, Faut-il supprimer les juridictions administratives ? in La vie judiciaire, n°574, 8-13 avril 1957. 1-5.

(101) *Ibid.*, p.1.

(102) *Ibid.*, p.5.

(103) T. confl. 13 juin 1960, *Douïeb c/ Stokos*, Rev. adm. 1960, note G. Liet-Veaux, p.276.

(104) CE, Ass. 19 oct. 1962, *Canal, Robin et Godot*, Lebon 552 ; AJ 1962. 612, chron. de A. Laubadère ; JCP 1963. II. 13068, note C. Debbasch ; Rev. adm. 1962. 623, note G. Liet-veaux.

(105) Communiqué officiel publié à l'issue du Conseil des ministres, 24 octobre 1962, in Articles et documents, La Documentation française, n°01308.

(106) D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972. 57.

(107) V. R. Drago, Autour de la réforme du Conseil d'Etat in AJDA 1963. 524 ; P. Sandevor, Le Conseil d'Etat et la réforme de 1963 in Rev. adm. 1963. 455-460 ; V. Silvera, La réforme du Conseil d'Etat in S. 1963. 51.

(108) V. *Les tribunaux administratifs, vingt ans après la réforme de 1953, bilan et perspectives*, Actes du Colloque de Grenoble, 14-15 mars 1974, Faculté de droit. 207 p. ; *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs, Grenoble 15-16 mars 1984*, éd. CNRS, 1986.- 377p. ; J.-M. Woehrling, Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins in Mélanges R.-E. Charlier, 1981. 341-368.

(109) V. P. Ordonneau, Les problèmes posés au cours des 10 dernières années par l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs in EDCE 1977-1978. 111-116 ; J. Léger, Le constat in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, *op. cit.*, p. 19-28.

(110) J. Morand-Deville, Tribunaux administratifs et Conseil d'Etat in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, *op. cit.*, p. 201.

(111) D. Lochak, *op. cit.*, p.323.

(112) M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse : étude de science administrative*, Paris, LGDJ, 1972. 323.

(113) *Ibid.*

(114) *Ibid.*, p.364.

(115) G. Anton, L'avenir des tribunaux administratifs, travail collectif de jeunes membres de la juridiction administrative in *Les tribunaux administratifs, vingt ans après la réforme de 1953, bilan et perspectives*, *op. cit.*, p.137.

(116) G. Liet-Veaux, Réflexions sur la séparation des contentieux in *Rev. adm.*, 1956. 371.

(117) *Ibid.*, p.372.

(118) G. Anton, *op. cit.*, p.137.

(119) A. Le Tarnec, *op. cit.*, p.5.

(120) H. Ferretti, Proposition de loi portant suppression de l'ordre administratif et attribution de compétences en matière administrative à l'ordre judiciaire in *JOAN CR*, n° 288, séance du 25 mai 1978. 2069.

(121) Institut Montaigne, Pour la Justice, *op. cit.* p.46.

(122) A. Lefevre-Pontalis, Rapport fait au nom de la Commission de décentralisation chargée d'examiner la proposition de loi de M. Raudot sur la décentralisation en ce qui concerne la suppression des conseils de préfecture, *JO*, 23 juin 1872. 4232.

(123) R. de la Grasserie, *op. cit.*, p. 235-236.

(124) M. Dramart, *op. cit.*, p. 475. M. Dramart prenait en exemple la Belgique pour montrer que la suppression de la justice administrative n'avait produit aucun des inconvénients qui étaient redoutés.

(125) G. Braibant, La juridiction administrative en droit comparé in *Rev. adm.*, numéro spécial 9, 1999. 208.

(126) *Ibid.*

(127) *Ibid.*, p.205.

(128) *Ibid.* Réflexion faite à partir de l'évolution mexicaine.

(129) Y. Aguila, La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe, Le mythe de l'exception française à l'épreuve des faits in *AJDA* 2007. 293-294¹⁰. *ndlr : v. : aussi le dossier sur la justice administrative en Europe, RFDA 2008. 225 s.*¹¹

(130) A. Van Lang, *Le dualisme juridictionnel, limites et mérites*, *op. cit.*, p.3.

(131) V. B. Pacteau, Constitutionnalisation ou européanisation de la justice administrative : faut-il choisir ? *in Mélanges P. Pactet*, Dalloz 2003. 793.

(132) Art. 39 § 4, 45 et 55 du Traité CE.

(133) CJCE 19 janvier 1994, aff. C-364/92, Rec. CJCE I-43.

(134) A.-J. Arnaud, De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation, quelques observations critiques *in Droit et société*, 35, 1997. 11-35.

(135) J.-F. Flauss, Dualité des ordres de juridictions et Convention européenne des droits de l'homme *in Gouverner, administrer, juger, Mélanges Waline*, 2002. 524 ; A. Van Lang, Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité *in AJDA* 2005. 1762 .

(136) CEDH 24 oct. 1989, *H. c/ France*, série A, n° 162-A ; CEDH 26 mars 1992, *Editions du Périscope c/ France*, série A, n°234-B.

(137) N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, Dalloz, 2003. 494.

(138) A. Van Lang, *op. cit.*, p. 1766.

(139) V. C. Debbasch, Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? *in Mélanges R. Chapus*, Paris, Montchretien, 1992. 127 ; B. Ferrari, Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité *in AJDA* 2006. 1021 s. .

(140) CE, sect., 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, Lebon 406, concl. J. H. Stahl  ; GAJA, 16^e ed., n° 103, 2007. 758 ; AJDA 1997. 945, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud  , AJDA 1998. 247, note O. Guézou  ; RD publ. 1998. 256, note Y. Gaudemet ; CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, Lebon 96 ; AJDA 1999. 427, concl. J.-H. Stahl  ; RD publ. 1999. 1545, note St Manson, RD publ. 2000. 353, obs. Chr. Guettier ; RFDA 1999. 977, note D. Pouyaud .

(141) CE, Ass., 6 déc. 1996, *Société Lambda*, Lebon 466  ; AJDA 1997. 152, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot  ; RFDA 1997. 173, concl. Piveteau .

(142) V. F. Moderne, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le code civil (autour et à propos de l'Arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 8 juillet 2005, *Société Aluisuisse-Lonza-France*) » *in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, « Juger l'administration, administrer la justice », Dalloz, 2007. 642 s.

(143) V. A. Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif *in RD publ.* 2004. 1015.

(144) Y. Gaudemet, Le juge administratif, une solution d'avenir *in Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz., 2003. 1213.

(145) R. Drago, M.-A. Frison-Roche, Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative *in APD*, T41, Le privé et le public, p.135.

(146) Civ. 23 nov. 1956, *Trésor public c/ Giry*, GAJA, 16^e ed., n° 76, 2007. 509 ; D. 1957. 34, concl. J. Lemoine ; AJ 1957. II. 91, chron. J. Fournier et G. Braibant ; JCP 1956. II. 9681, note Esmein ; RD publ. 1958.298, note M. Waline ; V. P. Weil, A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles de droit public ou les surprises de la jurisprudence Giry *in Mélanges Ch. Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975. 379.

(147) V. P. Delvolvé, La cour d'appel de Paris, juridiction administrative *in Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, p. 47.

(148) L'article 111-5 du nouveau code pénal dispose que : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité, lorsque de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ».

(149) R. Drago, M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*, p.136. V. R. Chapus, Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique *in RFDA* 1990. 739^{III} ; R. Drago, Le juge judiciaire, juge administratif *in RFDA* 1990. 757^{III} ; L. Richer, Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire *in CJEG*, 1990. 367 ; A. Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, LGDJ, 1996.

(150) *Ibid.*, p.144.

(151) Déjà au XIX^e siècle, l'idée que la ressemblance des juridictions ne pouvait conduire qu'à l'unité juridictionnelle apparaissait. C'était le cas de l'amendement de Sainte-Beuve du 23 janvier 1849, qui confiait le contentieux administratif au juge judiciaire, car le Conseil d'Etat avait un pouvoir analogue à une cour d'appel. Séance du 23 janvier 1849, *Le Moniteur Universel*, 24 janvier 1849.

(152) Rapport de Jean Arthuis au nom de la Commission d'enquête sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions, Doc. Sénat, n° 400, annexe au p.-v. de la séance du 11 juin 1992. 148.

(153) L. Cohen-Tanugi, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit*, Paris, Folio, 1989.- p.196.

(154) *Ibid.*, p.184.

(155) Par exemple : A. Le Tarnec, *op. cit.*, p.5 ; A. Lepine, « L'unité de juridiction » *in*, Pouvoir judiciaire, mai 1963, n° 169, 6-7 (l'auteur s'opposait à la multiplication des juridictions d'exception, même celles relevant de la justice judiciaire ; il recommandait l'unification de la justice civile au niveau du premier ressort) ; Institut Montaigne. *Pour la justice*, Rapport septembre 2004.

(156) L. Cohen-Tanugi, *op. cit.*, p.195.

(157) V. CEDH 9 nov. 2006, *Sacilor Lormines c/ France* : « les membres du Conseil d'Etat, malgré le fait qu'ils ne disposent pas de la qualité de magistrat, sont dotées de garanties statutaires équivalentes, de sorte que leur qualité de « magistrat », autrement dit de « juge d'un tribunal » au sens de la jurisprudence de la Cour européenne ne peut être remise en cause » (§ 66 et 67).

(158) La Cour européenne des droits de l'homme estime que l'absence de distinction stricte entre ceux qui exercent des fonctions consultatives et ceux qui exercent des fonctions juridictionnelles, était contraire à

l'article 6 de la CEDH, V. CEDH 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg* ; D. 1996. 301, note F. Benoit-Rohmer¹⁵⁵ ; RFDA 1996. 777, note J.-L. Autin et F. Sudre¹⁵⁶ ; RTDH 1996. 271, note Spielmann. Une nuance est apportée par cette même Cour quelques années plus tard : il faut rechercher si la section du contentieux possède « l'apparence d'indépendance requise ou l'impartialité objective voulue », V. CEDH, 6 mars 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*, AJDA 2003. 1490, note F. Rolin¹⁵⁷.

(159) Discours au colloque « Justice : retrouver la confiance » du 29 mars 2006.

(160) L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1985. 109.

(161) V. site www.c6r.org ; A. Montebourg, Entretien *in* RD publ., n° 1-2, n° spécial janvier-avril 2002. 83.

(162) Cons. const., n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, GAJA, 16^e ed., n° 93, 2007. 664 ; AJ 1987. 345, note J. Chevallier ; JCP 1987. II. 20854, note J. F. Sestier ; LPA 12 février 1987, note V. Sélinsky ; Gaz. Pal. 1987. Doct. 1. 209, comm. C. Lepage-Jessua ; RFDA 1987. 287, note B. Genevois ; RFDA 1987. 301, note L. Favoreu ; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet ; D. 1988. 117, note F. Luchaire ; Rev. adm. 1988. 29, note G. Sorel.

(163) V. A. Van Lang, *op. cit.*, p. 1762 ; D. Truchet, Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence *in Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002. 548-553.

(164) F. Julien-Laferrière, La dualité de juridiction, un principe fonctionnel? *in L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996. 425.

(165) D. Truchet, Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel *in* Justices, Justice et pouvoirs, 1996, janv.-juin., p.53-63.

(166) *Ibid.*, p.56.

(167) *Ibid.*

(168) D. Truchet, Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel *in* AJDA 2005. 1769¹⁵⁸.

(169) CE 27 févr. 2004, *M^{me} Popin*, Lebon 86, concl. R. Schwartz¹⁵⁹, GAJA, 16^e ed., n° 115, 2007. 899 ; AJ 2004. 653, chron. Donnat et Casas, D. 2004. 1922, note A. Legrand¹⁶⁰ ; Dr. adm. mai 2004, note M. Lombard ; RD publ. 2005. 559, obs. Chr. Guettier.

(170) D. Truchet, *op. cit.*, p.1768.

(171) P. Maynial, *Le droit du côté de la vie, Réflexion sur la fonction juridique de l'Etat, Rapport au Premier ministre*, Paris, Documentation française, 1997. 45.

(172) V. site du Conseil d'Etat sur la coopération internationale ; La lettre de la justice administrative, n° 16, juillet 2007. 4 ; Y. Aguila, « La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe, Le mythe de l'exception française à l'épreuve des faits » *in* AJDA 2007. 293-294¹⁶¹.

Copyright 2019 - Dalloz – Tous droits réservés