

Etudes et documents

Colloque UbiDEM « La réforme » – le 15 septembre 2017 – ENS
Rennes.

Fusionner les juridictions administratives et judiciaires ?

Gweltaz Eveillard*

Citer cet article : Gweltaz EVEILLARD, « Fusionner les juridictions administratives et judiciaires ? », Revue générale du droit (www.revuegeneraledudroit.eu), Etudes et documents, 2019

* Professeur de droit public.

La mise en œuvre de l'état d'urgence suite aux attentats du 13 novembre 2015 et jusqu'au 1^{er} novembre 2017 a entraîné de vives critiques de la part de la juridiction judiciaire sur la compétence des juridictions administratives pour connaître de questions relatives aux libertés¹, puisque toutes les mesures prises en vertu de cette législation relevaient de la compétence du juge administratif². Au-delà des conséquences qu'en a tiré le législateur pour l'élaboration de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme – conséquences au demeurant limitées puisque seules les perquisitions administratives ont changé de régime contentieux³ – ces critiques ont relancé un débat aussi vieux que l'existence du dualisme juridictionnel et même de ses prémices⁴ : celui d'une fusion des juridictions administratives et judiciaires.

Les termes de ce débat doivent d'ailleurs être d'emblée rectifiés : ce qui est suggéré consiste en réalité à supprimer la juridiction administrative pour confier la totalité du contentieux de l'administration à la seule juridiction judiciaire.

Le fait que, plus de deux siècles après la consécration du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires⁵, celui-ci ne soit toujours pas objet de consensus, vient probablement des conditions

1 C'est à un véritable échange que se sont livrés les plus hautes autorités des deux juridictions suprêmes au cours de l'été 2017 : B. Louvel, « Pour l'unité de juridiction », 25 juillet 2017, www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/tribunes_8215/bertrand_louvel.37436.html. Cette prise de position, qui répondait à celle, contraire, du Conseil d'État (J.-M. Sauvé, « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », 21 juillet 2017, www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Dialogue-entre-les-deux-ordres-de-juridiction), a suscité la réplique de ce dernier (J.-M. Sauvé, « Le dualisme juridictionnel : synergies et complémentarités », 28 septembre 2017, www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-dualisme-juridictionnel-synergies-et-complementarites).

2 Qu'il s'agisse – pour se limiter aux mesures ayant fait l'objet d'une question préjudicielle de constitutionnalité – des assignations à résidence, de la fermeture de lieux de réunion, des perquisitions administratives et des saisies auxquelles elles peuvent donner lieu, des interdictions de séjour ou encore des zones de protection ou de sécurité.

3 Les visites et saisies réalisées en vertu de la loi du 20 octobre 2017 sont en effet soumises à une autorisation judiciaire et au contrôle de l'autorité judiciaire : articles L. 229-1 et suivants Code de la sécurité intérieure.

4 M. Jorat, « Supprimer la juridiction administrative... deux siècles de débats », *RFDA* 2008, p. 456.

5 Article 13 loi des 16 et 24 août 1790 ; décret 16 fructidor an III.

douloureuses, pour la juridiction judiciaire, de naissance de celui-ci : il est né de manière négative, comme une soustraction – pour ne pas dire une amputation... – des compétences de la juridiction judiciaire afin de les confier à des organes qui n’avaient, à l’époque, rien de juridictionnel – ils ne le sont devenus que progressivement et, pour le Conseil d’État surtout, que partiellement puisque la « Haute juridiction » continue à cumuler des fonctions contentieuses et des fonctions administratives, et que ses membres ne sont pas des magistrats.

Ainsi, malgré les progrès réalisés dans la structuration et le fonctionnement des juridictions administratives⁶, ainsi que dans le statut des membres des juridictions administratives⁷, un procès en illégitimité continue de leur être livré : ils ne sont pas soumis au statut de la magistrature et ne sont pas formés par l’École nationale de la magistrature, ils sont supposés inféodés à l’administration qu’ils doivent juger... Même la reconnaissance de la juridiction administrative par le Conseil constitutionnel – son indépendance⁸, son domaine de compétence constitutionnellement réservé⁹ et pour finir le dualisme juridictionnel lui-même¹⁰ – n’ont pas éteint la polémique.

Pire encore, cette dernière n’est pas uniquement le fait d’un juge judiciaire aigri, même si c’est de son sein que provient l’immense majorité des critiques. Elle est également le fait de certains publicistes¹¹, qui ne nient pas l’intérêt du dualisme juridique mais considèrent que le

6 Développement du nombre de juridictions administratives et multiplication des degrés de juridiction garantissant, en principe, un double degré de juridiction et un délai raisonnable de jugement ; développement d’une procédure contradictoire et de l’exigence d’impartialité du juge ; publicité des débats...

7 Avec la reconnaissance, par la loi du 12 mars 2012, de la qualité de magistrats aux membres du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d’appel et la consécration, bien antérieure, de leur indépendance – indépendance dont bénéficient largement les membres du Conseil d’État eux-aussi, quoiqu’ils ne soient pas magistrats.

8 C. Const., décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, Loi portant validation d’actes administratifs, *Rec.* 46.

9 C. Const., décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Rec.* 8.

10 C. Const., décision n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution, *Rec.* 206.

11 Voir notamment : D. Truchet, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005, p. 1767.

droit administratif n'aurait pas besoin du juge administratif pour subsister.

Fusionner les deux ordres de juridiction ou, plus exactement, faire disparaître la juridiction administrative pour l'intégrer à l'ordre judiciaire, serait-il donc une bonne idée ? Il est vrai que quelques solides arguments existent en faveur du monisme juridictionnel. Pour autant, ils sont largement contrebalancés par les arguments qui, eux, militent en faveur du dualisme juridictionnel.

I – Les arguments favorables au monisme juridictionnel

L'argumentation des partisans du monisme juridictionnel tient, pour l'essentiel en deux propositions : d'une part le juge judiciaire serait plus favorable au justiciable que le juge administratif et la balance des intérêts par conséquent mieux équilibrée ; d'autre part le dualisme juridictionnel est un facteur d'inintelligibilité du droit.

A – La balance des intérêts

C'est un lieu commun que d'affirmer que la juridiction judiciaire serait plus favorable au justiciable que la juridiction administrative. Historiquement, c'est d'ailleurs pour cette raison que cette dernière a été instituée : du moins a-t-on retiré à la juridiction judiciaire le contentieux administratif parce qu'on craignait que celle-ci ne prenne pas assez en compte, et la spécificité de l'action administrative, et l'intérêt général.

Pendant longtemps, la pratique ne l'a pas démenti. La jurisprudence administrative a développé de multiples solutions consacrant le déséquilibre des relations entre l'administration et l'administré, au détriment de ce dernier. Qu'on pense, en matière de responsabilité extra-contractuelle, à l'exigence de la faute lourde – quasiment systématisée à

l'orée de la seconde moitié du XX^e siècle¹² et qui représentait déjà un progrès par rapport aux solutions antérieures de l'irresponsabilité ou de la faute d'une exceptionnelle gravité – ou à la non-indemnisation de certains préjudices moraux tels que la douleur physique ou la douleur morale¹³. Que l'on pense, en matière contractuelle, à la reconnaissance de pouvoirs exorbitants au profit de l'administration cocontractante – pouvoir de direction et de contrôle, pouvoir de sanction¹⁴, pouvoirs de résiliation unilatérale et de modification unilatérale pour motifs d'intérêt général¹⁵ – à l'interdiction pour le cocontractant privé de faire jouer l'exception d'inexécution¹⁶ ou encore à la théorie de l'imprévision¹⁷ qui est pour le cocontractant privé un faux avantage puisqu'elle le contraint en réalité, moyennant indemnisation, à poursuivre l'exécution d'un contrat auquel il pourrait être tenté de mettre fin¹⁸.

12 Voir, en matière d'actes médicaux : CE, sect., 26 juin 1959, Rouzet, *Rec.* 405, *AJDA* 1959, I, p. 160, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert, *AJDA* 1959, II, p. 273, concl. J. Fournier, *D.* 1960, J, p. 112, note J. Robert ; en matière d'activités de secours : CE, 21 février 1964, Ville de Wattrelos, *Rec.* 118, concl. G. Braibant, *AJDA* 1964, p. 578, note J. M. ; en matière d'activités matérielles de police : CE, sect., 23 mai 1958, consorts Amoudruz, *Rec.* 301, *AJDA* 1958, II, p. 306, chron. J. Fournier et M. Combarous ; en matière fiscale : CE, sect., 21 décembre 1962, Dame Husson-Chiffre, *Rec.* 701, *AJDA* 1963, p. 90, chron. M. Gentot et M. Fourré, *D.* 1963, J, p. 558, note J. Lemasurier ; en matière d'activités de contrôle : CE, ass., 29 mars 1946, Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle, *Rec.* 100, *RDP* 1946, p. 490, concl. Lefas, note G. Jèze, *S.* 1947, 3, p. 73, note A. Mathiot ; pour le service pénitentiaire : CE, sect., 3 octobre 1958, Rakotoarinovy, *Rec.* 470, *JCP* 1958, II, n° 10845, note C. Blaevot ; pour le service de la justice administrative : CE, ass., 29 décembre 1978, Darmont, *Rec.* 542, *AJDA* 1979, n° 11, p. 45, note M. Lombard, *D.* 1979, J, p. 279, note M. Vasseur, *RDP* 1979, p. 1742, note J.-M. Auby.

13 Voir, pour cette dernière : CE, ass., 29 avril 1954, Bondurand, *Rec.* 565, *D.* 1954, J, p. 767, concl. L. Fougère, note A. de Laubadère.

14 CE, 31 mai 1907, Deplanque, *Rec.* 513, concl. J. Romieu, *D.* 1907, 3, p. 81, concl., *RDP* 1907, p. 678, note G. Jèze, *S.* 1907, 3, p. 113, note M. Hauriou.

15 Respectivement : CE, ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, *Rec.* 246, *AJDA* 1958, II, p. 282, concl. J. Kahn, *D.* 1958, J, p. 730, note A. de Laubadère ; CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, *Rec.* 33, *RDP* 1984, p. 212, note J.-M. Auby, *RFD* 1984, p. 45, note F. Llorens.

16 CE, 7 janvier 1976, Ville d'Amiens, *Rec.* 11.

17 CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *Rec.* 125, concl. Chardenet, *D.* 1916, 3, p. 25, concl., *RDP* 1916, p. 206, concl., p. 388, note G. Jèze, *S.* 1916, 3, p. 17, concl., note M. Hauriou.

18 Puisque s'il cesse spontanément l'exécution, non seulement il perd le bénéfice de l'exception d'inexécution, mais encore il s'expose à des sanctions : CE, sect., 5 novembre 1982, Société Propétrol, *Rec.* 380, *AJDA* 1983, p. 259, concl. D. Labetoulle, *D.* 1983, J, p. 245, note J.-P. Dubois, *JCP* 1984, II, n° 20 168, note M. Paillet.

C'est d'ailleurs pour cette raison que certaines lois ont retiré, notamment en matière de responsabilité extra-contractuelle de l'administration, compétence au juge administratif pour la confier au juge judiciaire : ainsi la loi du 5 avril 1937 relative à la responsabilité du fait des défauts de surveillance dans l'enseignement primaire et secondaire¹⁹.

Cette spécificité de la jurisprudence administrative est certes en atténuation : aujourd'hui, par exemple, tous les préjudices moraux sont indemnisés²⁰, et l'exigence de la faute lourde a fortement régressé²¹. Il serait néanmoins exagéré d'affirmer qu'elle a totalement disparu : il subsiste quelques îlots de faute lourde²², et l'exception d'inexécution n'a été reconnue au cocontractant privé qu'à des conditions très restrictives²³. Toute la question est d'ailleurs de savoir si cette spécificité est inhérente à un droit administratif forgé et contrôlé par le juge administratif, ou si elle existerait tout autant dans un droit administratif

19 Article L. 911-4 Code de l'éducation.

20 Voir, pour la souffrance physique : CE, sect., 6 juin 1958, Commune de Grigny, *Rec.* 322, *D.* 1958, J, p. 551, concl. J. Chardeau ; pour la souffrance morale : CE, ass., 24 novembre 1961, Letisserand, *Rec.* 661, *D.* 1962, J, p. 34, concl. C. Heumann, *RDP* 1962, p. 330, note M. Waline, *S.* 1962, p. 82, concl., note G. Vignes.

21 Voir, en matière d'actes médicaux : CE, ass., 10 avril 1992, époux V..., *Rec.* 171, concl. H. Legal, *AJDA* 1992, p. 355, concl., *JCP* 1992, II, n° 21881, note J. Moreau, *Quot. jur.* 23 juillet 1992, p. 6, note M. Deguergue, *RFDA* 1992, p. 571, concl. ; en matière d'activités de secours : CE, sect., 13 mars 1998, Améon, *Rec.* 82, *AJDA* 1998, p. 418, chron. F. Raynaud et P. Fombeur, *CJEG* 1998, p. 197, concl. L. Touvet, *D.* 1998, J, p. 535, note G. Lebreton ; en matière d'activités matérielles de police : CE, 3 mars 2003, GIE La Réunion Aérienne, *Rec.* 76, *JCP A*, 2003, n° 1570, note P.-J. Quillien ; en matière fiscale : CE, sect., 21 mars 2011, Krupa, *Rec.* 101, concl. C. Legras, *AJDA* 2011, p. 1278, note F. Barque, *Dr. adm.* 2011, comm. 52, note F. Melleray, *Procédures* 2011, comm. 248, note O. Négrin, *RFDA* 2011, p. 340, concl., *RJEP* 2011, comm. 30, note M. Collet ; pour les services pénitentiaires : CE, 23 mai 2003, Mme Chabba, *Rec.* 240, *AJDA* 2004, p. 157, note N. Albert, *Dr. adm.* 2003, n° 207, note M. Lombard, *JCP A* 2003, n° 1751, note J. Moreau.

22 La faute lourde est encore assez largement admise en matière d'activités de contrôle : CE, ass., 30 novembre 2001, Ministre de l'Économie et des Finances c/ M. et Mme Kechichian et autres, *Rec.* 587, *AJDA* 2002, p. 133, chron. M. Guyomar et P. Collin, *RFDA* 2002, p. 742, concl. A. Seban. Elle ne connaît par ailleurs que de très rares exceptions en matière de fonctionnement de la justice administrative : CE, ass., 28 juin 2002, Ministre de la Justice c/ Magiera, *Rec.* 247, concl. P. Lamy, *AJDA* 2002, p. 596, chron. F. Donnat et D. Casas, *Dr. adm.* 2002, comm. 167, note M. Lombard, *LPA* 5 novembre 2002, p. 17, note M.-C. Rouault, *RFDA* 2002, p. 756, concl.

23 CE, 8 octobre 2014, Société Grenke location, *Rec.* 302, *CMP* 2014, comm. 329, note G. Eckert, *JCP A* 2014, n° 2327, note S. Ziani, *JCP E* 2014, n° 1623, note A. Sée.

appliqué par le juge judiciaire : ce dernier ne voit en effet aucun obstacle à appliquer le droit public dans le cadre du contentieux des quelques services publics administratifs dont il doit juger²⁴, et il est amené logiquement à tenir compte dans ce cadre des spécificités de l'action administrative.

La spécificité de la procédure administrative contentieuse est elle-aussi en déclin : la justice administrative dispose de procédures d'urgence aussi efficaces que celles de la juridiction judiciaire²⁵, et les parties y sont désormais placées sur un plan de quasi-égalité – seules subsistant quelques différences, telles que les injonctions d'exécution qui peuvent être prononcées plus aisément à l'encontre des personnes privées « ordinaires » qu'à l'encontre des personnes publiques et des personnes privées chargées d'une mission de service public²⁶.

Cet alignement suscite néanmoins un autre débat : à quoi bon un juge particulier pour l'administration s'il juge comme le juge judiciaire ? La raison d'être de la juridiction administrative n'était-elle pas sa spécificité ? Ainsi, plus il l'atténuerait pour se légitimer et montrer qu'il est un « vrai » juge, et non un appendice de l'administration, et plus au contraire il se délégitimerait... Sachant que, s'il ne le faisait pas, il se délégitimerait tout autant car il continuerait à apparaître comme une justice de privilège : il se trouve ainsi enfermé dans un cercle vicieux qui, quel que soit le sens dans lequel on l'arpente, ne peut aboutir qu'à la contestation de la justice administrative...

24 Voir, en matière d'activités de police judiciaire : Cass. civ. 2^e, 23 novembre 1956, Trésor public c/ consorts Giry, *Bull. civ.* II, n° 407, *AJDA* 1957, II, p. 91, chron. J. Fournier et G. Braibant, *D.* 1957, J, p. 34, concl. M. Lemoine, *JCP* 1956, II, n° 9681, note P. Esmein, *RDP* 1958, p. 298, note M. Waline ; pour le fonctionnement du service de l'état-civil : Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2007, Mme de Panafieu, *Bull. civ.* I, n° 49, *RFDA* 2007, p. 1263, note G. Eveillard.

25 On pense, en particulier, au référé-liberté de l'article L. 521-2 CJA, mais le référé-mesures utiles de l'article L. 521-3 CJA, s'il est moins rapide à juger, est lui-aussi très efficace.

26 Alors que le juge administratif peut prononcer librement des injonctions destinées aux premières (CE, 5 février 2014, VNF c/ Société Cardinal Shipping, *Rec.* 19, *AJDA* 2014, p. 1170, note N. Ach, *Dr. adm.* 2014, comm. 30, note G. Eveillard, *JCP A* 2014, n° 2197, note C. Chamard-Heim), il ne dispose pas, en principe, d'un tel pouvoir à l'égard des secondes (CE, 4 février 1976, Elissonde, *Rec. tables* 1069), ce qui confère un caractère strictement dérogatoire aux articles L. 911-1 et L. 911-2 CJA.

Indépendamment des questions de droit applicable et de procédure, il existerait également un présupposé selon lequel le juge judiciaire serait moins complaisant envers les pouvoirs publics que le juge administratif, car il développerait un raisonnement exclusivement juridique et non pas un raisonnement empreint de considérations politiques : le problème avec le juge administratif viendrait moins du droit qu'il applique que de la manière dont il s'applique, et de sa tendance à le tordre pour arranger les intérêts de l'administration...

Il est vrai, à cet égard, que le juge administratif peut apparaître, bien souvent, comme un juge « en service commandé », qui s'efforce de sauver l'administration et en particulier le gouvernement autant que possible : en témoigne son refus, incohérent au regard de sa jurisprudence d'ensemble, de contrôler la légalité des mesures prises en application de l'article 16 de la Constitution par le président de la République lorsqu'elles interviennent dans le domaine de la loi²⁷, ou son refus de contrôler la conformité de la procédure législative aux engagements internationaux de la France afin d'éviter que le redécoupage de la carte des régions, adopté en méconnaissance flagrante de la Charte européenne de l'autonomie locale, soit remis en cause²⁸... Pour autant, mais il n'hésite pas non plus à prononcer des censures retentissantes – ainsi la création de juridictions d'exception par voie d'ordonnance²⁹ ou la saisie de journaux alors qu'aucune infraction de presse n'était constituée ni même alléguée³⁰. De même, quoiqu'on ait pu en dire, le contrôle qu'il a exercé sur les mesures prises en vertu de la législation sur l'état d'urgence n'ont pas révélé une complaisance scandaleuse vis-à-vis de l'exécutif : si l'on peut critiquer le blanc-seing accordé aux « notes

27 CE, ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, *Rec.* 143, *AJDA* 1962, p. 214, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot, *D.* 1962, J, p. 109, note G. Morange, *RDP* 1962, p. 294, concl. J.-F. Henry.

28 CE, 27 octobre 2015, Allenbach et autres, *Rec.* 367, *AJDA* 2015, p. 2374, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, *Dr. adm.* 2016, comm. 15, note G. Eveillard, *JCP* 2015, n° 1439, note M. Verpeaux.

29 CE, ass., 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, *Rec.* 552, *AJDA* 1962, p. 612, note A. de Laubadère, *JCP* 1963, II, n° 13068, note C. Debbasch, *Rev. adm.* 196, p. 623, note G. Liet-Veaux.

30 CE, ass., 24 juin 1960, Société Frampar, *Rec.* 412, concl. C. Heumann, *AJDA* 1960, I, p. 154, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert, *D.* 1960, J, p. 744, note J. Robert, *JCP* 1960, II, n° 11743, note C. Gour, *RDP* 1960, p. 815, concl., *S.* 1960, p. 348, note C. Debbasch.

blanches », dont la force probante est postulée³¹ alors que le juge administratif possède les moyens d'en contrôler la véracité sans porter atteinte au secret qui doit entourer leur rédaction³², le juge n'a pas hésité à censurer des mesures manifestement inadéquates³³. Le véritable problème est en réalité, bien souvent, un problème de légitimité, mais qui serait valable pour tout juge : appartiendrait-il à un organe non élu de censurer l'appréciation portée par les hautes autorités de l'État sur une situation ?³⁴

À cet égard, le juge judiciaire n'est pas irréprochable non plus. Lui-aussi témoigne d'une certaine bienveillance à l'égard du pouvoir, qu'il s'agisse du juge civil lorsqu'il se prononce sur la responsabilité d'un établissement public industriel et commercial³⁵ ou du juge pénal, qui semble bien souvent ignorer qu'il dispose du pouvoir de contrôler la légalité des actes administratifs unilatéraux³⁶ et n'a pas hésité à ériger la règle *male captus bene detentus* en leitmotiv de sa jurisprudence lorsqu'est traduite devant lui une personne dont les conditions d'arrestation à l'étranger par des agents français sont pour le moins discutables³⁷. On relèvera de même que les

31 CE, sect., 11 décembre 2015, Domenjoud, *Rec.* 437, concl. X. Domino, *AJDA* 2016, p. 247, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, *Dr. adm.* 2016, comm. 25, note G. Eveillard, *RFDA* 2016, p. 105, concl., p. 123, note A. Roblot-Troizier.

32 Il lui suffirait d'ordonner à l'administration la production de ses sources, sans qu'il ait l'obligation de communiquer ces dernières à la partie adverse compte tenu du secret qui les entoure.

33 CE, 22 janvier 2016, n° 396116, Abdelmalek.

34 En ce sens, autant la méconnaissance de règles de légalité externe, voire de règles de légalité interne « objectives » (telles que la violation de la loi ou l'exactitude matérielle des faits) serait concevable, autant les opérations de qualification juridique et de détermination de la décision adéquate semblent à l'abri de toute remise en cause.

35 Ainsi, lorsqu'un tel établissement est impuissant à maintenir la continuité du service public dont il est chargé, il n'est pas rare que le juge judiciaire rejette l'action en responsabilité dirigée contre lui, au motif par exemple de la force majeure : Cass. ch. mixte, 4 février 1983, Société Otic Fischer Porter, *Bull. ch. mixte* n° 1, *Dr. soc.* 1983, p. 627, note G. Viney.

36 En pratique, le contentieux, au moins en première instance, des contraventions dressées pour méconnaissance des réglementations de police municipale, se résume à un dialogue de sourds, le tribunal de police n'estimant visiblement pas de son ressort de remettre en cause la nécessité ou la proportionnalité d'une telle réglementation...

37 C'est ainsi, par exemple, que l'enlèvement par des agents français, sur le territoire d'États étrangers, de personnes recherchées par la juridiction pénale française, en vue de pouvoir les traduire devant elle, n'a jamais été une cause de nullité de la procédure, comme en témoignent les cas de l'ancien SS Klaus Barbie, de l'indépendantiste guadeloupéen Luc Reinette ou encore du terroriste Carlos : voir en ce sens Cass. crim., 21 février 1995, n° 94-84.630, Ramirez Sanchez.

manifestations d'hostilité les plus fortes à la procédure de question prioritaire de constitutionnalité sont venues, non pas du Conseil d'État, mais de la Cour de cassation, visiblement peu disposée à intégrer la Constitution – et, sans doute, l'appréciation d'une autre juridiction qu'elle-même – dans ses normes de référence³⁸, ou que la Cour de cassation a longtemps retenu de la faute lourde, exigée par la loi en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité de la justice judiciaire, une définition plus rigoureuse que celle de son homologue³⁹.

B – L'intelligibilité de la compétence juridictionnelle

Même les plus farouches partisans du dualisme juridictionnel ne peuvent en disconvenir : l'existence de deux ordres de juridiction est un facteur de complexité dans la répartition des compétences contentieuses et dans sa compréhension par le justiciable. Elle justifie l'existence d'une juridiction spécialisée dans la seule tâche de résoudre les conflits de compétence ou de jurisprudence ou d'en régler les conséquences, le Tribunal des conflits⁴⁰, ainsi que la mise en place d'un système de questions préjudicielles entre les deux ordres de juridictions⁴¹, dont

38 C'est ainsi qu'elle n'a pas hésité à poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur la conventionnalité de la procédure (Cass., 16 avril 2010, n° 10-40.001, Melki). Par ailleurs, même si l'interprétation des statistiques est toujours délicate, celles-ci montrent un taux de renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité bien inférieur de la part de la Cour de cassation par rapport au Conseil d'État (moins de 20% en 2016 contre environ 25% de la part du Conseil d'État).

39 Elle la comprenait en réalité comme une faute d'une exceptionnelle gravité, et ce n'est que depuis 2001 qu'elle a aligné sa définition sur celle du Conseil d'État : Cass., AP, 23 février 2001, Bolle et Laroche, *Bull.* AP n° 5, D. 2001, p. 1752, note C. Debbasch.

40 Lequel possède, depuis sa dernière réforme issue de la loi du 16 février 2015 et du décret du 27 février 2015, trois compétences en matière de règlement des questions de compétences (le règlement des conflits positifs, le règlement – ou la prévention – des conflits négatifs, le règlement des questions préjudicielles qui lui sont adressées par les juridictions ordinaires), une compétence pour régler certains conflits de jurisprudence et une compétence pour régler les litiges indemnitaires liés à un procès dont la durée déraisonnable de jugement est imputable au dualisme juridictionnel.

41 Article 49 Code de procédure civile et articles R. 771-2 et suivants Code de justice administrative.

l'utilisation est obligatoire tout en ne devant pas être abusive sous peine de compromettre le délai raisonnable de jugement⁴².

Cette complexité réside, notamment, dans l'absence de critère organique à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Le juge administratif n'est pas uniquement le juge des actions dirigées contre les personnes publiques ni même, en sus, contre les personnes privées chargées d'une mission de service public : il connaît également d'actions dirigées contre des personnes privées « ordinaires » via le contentieux de la répression⁴³, celui des actions récursoires de l'administration contre ses agents⁴⁴ ou encore celui des travaux publics⁴⁵. Inversement, le juge judiciaire est assez fréquemment amené à connaître d'actions dirigées contre des personnes publiques ou contre des personnes privées chargées d'une mission de service public, lorsque le droit privé leur est applicable⁴⁶, ou lorsque la séparation des pouvoirs ou l'une des compétences naturelles de la juridiction judiciaire est en jeu⁴⁷, ou encore – et cela ne simplifie rien à la logique de la répartition – lorsque la loi en dispose ainsi⁴⁸.

42 TC, 13 octobre 2011, SCEA du Chéneau, *Rec.* 698, *AJDA* 2012, p. 27, chron. M. Guyomar et X. Domino, *JCP* 2011, n° 1423, note B. Plessix, *JCP A* 2011, n° 2354, note H. Pauliat, *RFDA* 2012, p. 1122, concl. J-D. Sarcelet, notes B. Seiller et A. Roblot-Troizier.

43 En particulier, devant les juridictions administratives générales, le contentieux des contraventions de grande voirie, mais il existe nombre de juridictions administratives spécialisées dotées de compétences répressives (par exemple les juridictions financières et les juridictions disciplinaires).

44 TC, 26 mai 1954, Moritz, *Rec.* 708, *D.* 1955, J, p. 385, note R. Chapus, *JCP* 1954, II, n° 8334, note G. Vedel, *S.* 1954, 3, p. 85, concl. M. Letourneur.

45 Depuis l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (abrogé par l'ordonnance du 21 avril 2006, mais la solution est restée).

46 Ce qui est notamment le cas pour le contentieux de la gestion des services publics industriels et commerciaux (TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, *Rec.* 91, *D.* 1921, 3, p. 1, concl. P. Matter), ou encore pour la gestion par les personnes publiques de leur domaine privé.

47 Ainsi en cas de voie de fait, d'emprise immobilière ou encore de fonctionnement des services publics de la justice judiciaire et de la police judiciaire.

48 Le Conseil constitutionnel n'ayant constitutionnalisé la compétence de la juridiction administrative que pour connaître du contentieux de l'annulation ou de la réformation des actes administratifs unilatéraux, et admettant que même ce dernier puisse être attribué par la loi au juge judiciaire pour des considérations de bonne administration de la justice : C. Const., décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le

On pourrait, si l'énumération ne risquait d'être à la longue lassante, multiplier à l'envi la citation d'exemples – hélas tout à fait représentatifs – dans lesquels la répartition des compétences aboutit à des résultats ubuesques, auxquels seul le juriste « faiseur de systèmes » peut trouver un quelconque agrément.

On connaît ainsi la tristement célèbre jurisprudence « Mme Mazerand » au terme de laquelle, seuls les agents contractuels directement associés à la mission de service public administratif gérée par une personne publique étant des agents de droit public, pouvaient exister des agents successivement ou cumulativement de droit public et de droit privé – ou l'inverse – selon la nature des tâches variées qu'ils étaient en train d'effectuer⁴⁹. Cette jurisprudence a fort heureusement été abandonnée⁵⁰. D'autres exemples similaires à la jurisprudence « Mme Mazerand » continuent néanmoins à prospérer, mettant plaisir à fissurer les blocs de compétence les plus solides.

Ainsi, bien que la loi confie au juge judiciaire le contentieux de la propriété littéraire et artistique, c'est devant la juridiction administrative que l'auteur devra se tourner s'il réclame la réalisation de travaux sur un ouvrage public afin de le rendre conforme à la manière dont il l'avait conçu – mais bien devant le juge judiciaire s'il réclame simplement des dommages-intérêts⁵¹. Ceci résulte de la compétence exclusive de la juridiction administrative pour ordonner la réalisation de travaux de nature à porter atteinte à l'intangibilité d'un ouvrage public⁵², qui

contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Rec.* 8, *AJDA* 1987, p. 345, note J. Chevallier, *D.* 1988, J, p. 117, note F. Luchaire, *JCP* 1987, II, n° 20854, note J.-F. Sestier, *Rev. adm.* 1988, p. 29, note J.-M. Sorel, *RDP* 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet, *RFDA* 1987, p. 287, notes B. Genevois et L. Favoreu.

49 TC, 25 novembre 1963, Dame veuve Mazerand, *Rec.* 792, *JCP* 1964, II, n° 13466, note R.L.

50 TC, 25 mars 1996, Berkani, *Rec.* 535, concl. P. Martin, *AJDA* 1996, p. 355, note J.-H. Stahl et D. Chauvaux, *D.* 1996, J, p. 598, note Y. Saint-Jours, *Dr. adm.* 1996, n° 319, obs. J.-B. Auby, *Dr. soc.* 1996, p. 735, obs. X. Prétot, *JCP* 1996, II, n° 22 664, note P. Moudoudou, *RFDA* 1996, p. 819, concl.

51 TC, 5 septembre 2016, Nouvel, *Rec.* 588, *CMP* 2016, comm. 266, note F. Llorens, *Dr. adm.* 2017, comm. 1, note G. Eveillard, *JCP* 2016, n° 1146, note L. Peyen.

52 TC, 17 juin 2013, Bergoend, *Rec.* 370, *AJDA* 2013, p. 1568, chron. X. Domino et A. Bretonneau, *Dr. adm.* 2013, comm. 86, note S. Gilbert, *JCP* 2013, n° 1057, note S. Biagini-Girard, *JCP A* 2013, n° 2301, note C.-A. Dubreuil, *RFDA* 2013, p. 1041, note P. Delvolvé.

n'interdit pas cependant de maintenir au juge judiciaire une compétence indemnitaire dans la même matière, que ce soit lorsque la loi institue un bloc de compétence ou encore lorsque le maître de l'ouvrage est une personne privée⁵³.

Dans un ordre d'idée différent, si la loi a entendu confier au juge administratif plénitude de compétence pour connaître du contentieux de la passation et de l'exécution des marchés publics – dans la mesure du moins où l'acheteur est une personne publique – le Tribunal des conflits a jugé utile de déroger à ce bloc de compétence pour maintenir sa compétence à la juridiction judiciaire lorsque le comportement reproché par l'une des parties à l'autre est constitutif d'une pratique anticoncurrentielle⁵⁴ ; mais, inversement, si le juge judiciaire est normalement seul compétent – sous les quelques réserves évoquées plus haut – pour connaître des actions en responsabilité exercées contre des personnes privées, le fussent-elles par des personnes publiques, c'est bien le juge administratif qui reçoit compétence pour connaître d'une action en responsabilité exercée par une personne publique contre des personnes privées auxquelles sont imputées des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif, notamment ses clauses financières, et d'avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat, par exemple des sociétés et leurs préposés dont les agissements auraient été susceptibles d'avoir conduit la personne publique à passer des marchés publics à des conditions de prix désavantageuses⁵⁵ : le bloc de compétence écarté dans l'exemple précédent est ici rappelé pour en écarter un autre, sans que la cohérence entre les deux solutions soit le moins du monde recherchée – à croire que ce n'est pas la même juridiction qui les a dégagées.

53 Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 2017, Brondino, *Dr. adm.* 2017, comm. 50, note G. Eveillard.

54 TC, 4 mai 2009, Société Éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux, *Rec.* 532, *AJDA* 2009, p. 1490, note G. Eckert, p. 2440, chron. E. Glaser, *Dr. adm.* 2009, comm. 145, note M. Bazex, *LPA* 17 juin 2009, p. 12, concl. M. Guyomar, *RJEP* 2010, comm. 12, note B. Delaunay.

55 TC, 16 novembre 2015, Région Île-de-France, *Rec.* 512, *AJDA* 2016, p. 786, note G. Eveillard, *CMP* 2016, comm. 49, note M. Ubaud-Bergeron, *Dr. adm.* 2016, comm. 19, note M. Bazex et R. Lanneau.

Afin de varier les exemples, on ne pourra que savourer l'attribution à la juridiction judiciaire de la compétence pour connaître d'une action dirigée contre un agent d'une personne publique ayant participé à une opération de travaux publics et fondée sur la faute personnelle que cet agent a commis⁵⁶ : si l'on retrouve la traditionnelle compétence du juge judiciaire pour connaître des fautes personnelles⁵⁷, la solution conduit ici à ouvrir une brèche fort peu esthétique dans le contentieux administratif des actions dirigées contre des personnes privées ayant participé à la commission d'un dommage de travaux publics, le Tribunal des conflits ayant en revanche reconnu la compétence de la juridiction administrative pour connaître des actions dirigées, non seulement contre les entrepreneurs, mais encore contre leurs préposés⁵⁸...

Enfin – car il ne faudrait pas risquer l'indigestion – on appréciera que la compétence du juge administratif pour connaître d'une action en reprise des relations contractuelles exercées par la partie privée à un contrat administratif résilié unilatéralement par l'administration ne lui permette pas de rechercher lui-même la pertinence du motif de ladite résiliation lorsque ce dernier réside dans le placement du cocontractant privé en liquidation judiciaire⁵⁹ : il est vrai que peuvent se poser dans un procès administratif quantité de questions incidentes relevant de la seule compétence de la juridiction judiciaire – détermination du propriétaire d'un bien⁶⁰, interprétation d'un acte de droit privé tel qu'un testament, une convention collective, les statuts d'une association⁶¹... – et qui obligent à lui adresser une question préjudicielle. Le schéma inverse existe également, d'ailleurs, l'appréciation de la légalité d'un acte

56 TC, 15 mai 2017, Mme et Mlle Homand, *Dr. adm.* 2017, comm. 45, note G. Eveillard.

57 TC, 30 juillet 1873, Pelletier, *Rec.* 117, concl. David, *D.* 1874, 3, p. 5, concl.

58 TC, 14 novembre 1960, Caisse régionale Rhône-Alpes et centrale lyonnaise de sécurité sociale, *Rec.* 869, *AJDA* 1960, I, p. 186, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot, *CJEG* 1961, p. 121, note J. Dufau.

59 TC, 24 avril 2017, Me Rogeau agissant en qualité de liquidateur judiciaire de la société Malapert, *AJDA* 2017, p. 1173, note P. Yolka, *CMP* 2017, comm. 175, note G. Eckert.

60 CE, 16 novembre 1960, Commune du Bugue, *Rec.* 627, *D.* 1961, J, p. 173, concl. J.-F. Henry.

61 CE, sect., 15 juillet 1959, Fédération française de tir, *Rec.* 441 ; CE, sect., 4 mars 1960, Société Le Peignage de Reims, *Rec.* 169, *AJDA* 1960, p. 345, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert, *Dr. soc.* 1960, p. 345, concl. P. Nicolaj.

administratif ou l'interprétation d'un acte non-réglementaire⁶², ou encore la détermination de la domanialité publique ou privée d'un bien⁶³, obligeant, lors d'un procès civil, le juge judiciaire à semblable opération à l'égard de son homologue administratif.

À dire vrai, l'absence de critère organique à la répartition des compétences juridictionnelles n'est pas la seule explication à la complexité de ces dernières. On se limitera ici à deux exemples.

Tout d'abord, la distinction entre la faute de service et la faute personnelle, qui conduit à attribuer à la juridiction administrative l'action en responsabilité dirigée contre l'administration du fait d'une faute de service et à la juridiction judiciaire celle dirigée contre l'agent public du fait d'une faute personnelle⁶⁴, conduit nécessairement à des complications lorsque la victime saisit concurremment, comme elle en a le droit, les deux juridictions d'un dommage résultant d'un cumul de fautes ou d'un cumul de responsabilités : il conviendra alors aux deux ordres de juridiction de se débrouiller pour éviter que le montant total des indemnités allouées ne dépasse pas le montant total du préjudice⁶⁵.

Ensuite, dès lors que la compétence du juge pénal pour apprécier la légalité des actes administratifs et les interpréter est admise⁶⁶, il est inévitable que cette compétence, concurrente à celle du juge administratif, conduise parfois à des divergences jurisprudentielles⁶⁷.

La cause semble donc entendue : il est nécessaire de fusionner les juridictions administratives et les juridictions judiciaires pour intégrer la

62 TC, 16 juin 1923, Septfonds, *Rec.* 498, *D.* 1924, 3, p. 41, concl. P. Matter, *S.* 1923, 3, p. 49, note M. Hauriou.

63 CE, 16 novembre 1960, Commune du Bugue, précité.

64 TC, 30 juillet 1873, Pelletier, précité.

65 TC, 19 mai 2014, Mme Berthet c/ Filippi, *Rec.* 460, *Dr. adm.* 2014, comm. 60, note G. Eveillard ; TC, 15 mai 2017, Mme et Mlle Homand, précité.

66 Article 111-5 Code pénal.

67 Voir, par exemple : Cass. crim., 14 novembre 1963, Pommery et Dalmas de Polignac, *Bull. crim.* n° 322, *D.* 1964, J, p. 265, note C. Debbasch, d'une part ; CE, sect., 22 nov. 1963, Dalmas de Polignac, *Rec.* 565, *AJDA* 1964, p. 23, chron. J. Fourré et M. Puybasset, *RDP* 1964, p. 692, concl. J.-F. Henry, d'autre part.

juridiction administrative dans un ordre juridictionnel unique. La réalité est pourtant loin d'être aussi évidente, et une observation plus attentive des tenants et aboutissants du débat conduit même à formuler plutôt l'avis inverse.

II – Les arguments défavorables au monisme juridictionnel

Plusieurs arguments remettent en cause le bien-fondé du monisme juridictionnel, et il est même permis de juger qu'ils l'emportent sur les avis favorables à la suppression de la juridiction administrative. C'est ainsi que la tâche de juger l'administration présente une irréductible spécificité : confier cette tâche à un juge qui n'y est pas préparé pourrait s'avérer redoutable. Par ailleurs, même s'il ne faut pas négliger les inconvénients du dualisme juridictionnel, déjà décrits, il existe probablement des moyens bien moins radicaux pour les résoudre ou, du moins, les atténuer, que de supprimer purement et simplement la juridiction administrative.

A – L'irréductible particularité de la tâche de juger l'administration

Même les plus farouches partisans du monisme juridictionnel ne peuvent en disconvenir : l'administration ne peut être jugée comme un particulier ou comme une personne morale ordinaire. Tant son but – le service public – que les moyens dont elle dispose – l'exercice de la puissance publique – doivent être pris en compte et interdisent de la soumettre au même traitement que ceux qu'elle administre : l'égalité, ici, n'est pas de mise et ne peut l'être...

Cela, ceux des publicistes qui prônent l'unification des deux ordres de juridiction ne le contestent pas : c'est le juge administratif qu'ils veulent supprimer, pas le droit administratif qu'ils verraient tout aussi bien gardé par la juge judiciaire. Mais cela est-il si sûr ?

Passons sur le fait que cette spécificité du contentieux administratif a constitué l'un des arguments majeurs qui justifient sa soustraction à la compétence de la juridiction judiciaire : comme l'écrivait judicieusement Henrion de Pansey au début du XIX^e siècle – et la formule est tellement connue qu'on nous pardonnera de la citer une fois encore – « juger l'administration, c'est encore administrer »⁶⁸.

Passons encore sur le fait que c'est le juge administratif qui, par sa jurisprudence, a largement contribué à forger le droit administratif. Si, dans le silence des textes, il l'a fait, c'est parce qu'il était le juge compétent et il n'est pas exclu que son homologue judiciaire, placé dans une situation identique, aurait procédé de même : après tout, son acceptation, dans les quelques cas où il doit l'appliquer, du droit administratif tel qu'énoncé par le juge administratif, montre qu'il n'est pas hostile à la prise en compte de la spécificité de l'administration⁶⁹ et, s'il est vrai qu'il est davantage habitué à enrichir la loi par ses interprétations qu'à la suppléer, on pourra toujours objecter, d'une part qu'il procède ainsi parce qu'il a toujours eu la chance de pouvoir se reposer sur des codes, d'autre part que la large codification du droit administratif contemporain⁷⁰ ne l'amènerait plus, s'il était compétent pour juger du contentieux administratif, à la démarche créatrice qui fut celle du juge administratif à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle.

Il n'empêche : le cas français est loin d'être isolé et, dans la plupart des États, le dualisme juridictionnel s'est installé. Certains États – par exemple la Belgique ou l'Italie – se sont ainsi largement inspirés du modèle français pour instituer un Conseil d'État chargé, outre ses missions de conseiller du gouvernement, de constituer la juridiction

68 P.P.N. Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, Barrois, 1818.

69 Voir, en matière de responsabilité de la police judiciaire : Cass. civ. 2^e, 23 novembre 1956, Trésor public c/ Consorts Giry, précité ; en matière de responsabilité du service de l'état-civil : Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2007, Mme de Panafieu, précité.

70 Que l'on pense – sans aucune prétention à l'exhaustivité – au droit des collectivités territoriales, au droit des propriétés publiques, au droit de l'expropriation, au droit des marchés publics et des concessions, au droit de la fonction publique, à la procédure contentieuse, à la procédure administrative non contentieuse...

suprême d'un ordre administratif⁷¹. D'autres, comme l'Allemagne, ont, sur un modèle bien différent mais aboutissant, en ce qui concerne l'organisation juridictionnelle, à un résultat identique, ont divisé l'ordre juridictionnel unique en plusieurs ordres, dont un ordre administratif placé sous l'autorité d'un Tribunal administratif fédéral⁷².

En définitive, assez rares sont les pays qui ont choisi la solution du monisme juridictionnel. Les principaux d'entre eux sont les pays de Common law : mais, dans ces États, s'il existe bien, contrairement à certaines assertions, un droit administratif, son périmètre y est assez restreint : les contrats de l'administration, sa responsabilité extra-contractuelle, le statut de ses agents ou encore celui de ses activités de prestations d'intérêts général sont régis par le droit commun. Le cas de l'Espagne est sans doute un peu plus emblématique, car il y existe un véritable droit administratif alors même que l'organisation juridictionnelle est moniste. Cependant, même dans ces États, les contentieux intéressant la puissance publique et qui supposent l'application de règles un tant soit peu dérogatoires sont souvent confiés à une chambre particulière de l'ordre juridictionnel unique : le cas de l'Espagne est particulièrement emblématique⁷³, mais les pays de Common law ont tous peu ou prou choisi la même solution. La situation de ces formations particulière n'est pas très différente de celle aujourd'hui attribuée en France à la Cour d'appel de Paris, compétente, en vertu de la loi, pour contrôler un certain nombre d'actes administratifs adoptés par les autorités indépendantes de régulation économique⁷⁴, mais dont l'une des chambres – la chambre 5-6 – est spécialisée dans cette tâche. On avouera que, entre l'existence de deux ordres de juridiction et la spécialisation de certaines formations d'un ordre juridictionnel unique, la différence n'est pas si poussée qu'on voudrait parfois le faire croire...

71 Voir l'article 103 de la Constitution italienne et l'article 160 de la Constitution belge.

72 Article 95 de la Loi fondamentale allemande.

73 Les tribunaux supérieurs de justice et le Tribunal suprême y comprennent chacun une chambre administrative.

74 En particulier le contentieux des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles, ainsi que celui des décisions par lesquelles l'ARCEP, la CRE ou encore l'ARAFER règlent les litiges entre opérateurs économiques ou encore celui des décisions individuelles prises par l'Autorité des marchés financiers autres que les sanctions.

Sans doute la seconde solution permet-elle de maintenir plus aisément l'unité de la jurisprudence : néanmoins il ne faudrait pas oublier que peuvent exister, au sein même de la Cour de cassation, des divergences jurisprudentielles entre ses chambres, que seule l'intervention de l'Assemblée plénière permet de régler – mais du moins cette solution existe-t-elle alors que dans l'organisation juridictionnelle française actuelle, la compétence du Tribunal des conflits pour régler des conflits de jurisprudence est particulièrement réduite⁷⁵.

Sans doute permet-elle également de voir les litiges administratifs jugés par de « vrais » juges, dotés d'une formation et du statut de magistrat. Mais tel est également le cas dans certains États pratiquant le dualisme juridictionnel, comme l'Allemagne. De surcroît, les différences statutaires entre les magistrats judiciaires et les membres des juridictions administratives ne sont plus, en France, si poussées qu'elles ont pu l'être par le passé, dès lors que l'indépendance de la juridiction administrative est constitutionnellement reconnue⁷⁶ et que les membres des juridictions administratives – indépendamment de la reconnaissance de la qualité de magistrat aux membres du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel⁷⁷, sans qu'ils soient pour autant soumis au statut de la magistrature – bénéficient de solides garanties d'indépendance eu égard à leur régime d'avancement et à leur régime disciplinaire⁷⁸. Enfin, confier au juge judiciaire le contentieux administratif supposerait de revoir sa formation : même s'il est vrai que bon nombre de magistrats judiciaires sont, comme leurs homologues administratifs, passés par les

75 Il faut qu'ils aient provoqué un déni de justice mettant le demandeur dans l'impossibilité d'obtenir une satisfaction à laquelle il a droit (article 15 loi du 24 mai 1872 modifiée).

76 C. Const., décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, *Rec.* 46.

77 Article L. 231-1 CJA résultant de la loi du 12 mars 2012.

78 Notamment les membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, pour lesquels le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel établit les tableaux d'avancement et listes d'aptitude, émet un avis sur la nomination des présidents de juridictions – qui est même un avis conforme pour les présidents de tribunaux administratifs – et exerce le pouvoir disciplinaire en qualité de juridiction administrative spécialisée. Néanmoins, pour les membres du Conseil d'État, la commission supérieure du Conseil d'État émet un avis sur les sanctions infligées à leur égard, et leur avancement obéit à peu près intégralement à la règle on ne peut plus objective de l'ancienneté.

instituts d'études politiques plutôt que par les Facultés de droit, ceux qui viennent de ces dernières ont le plus souvent un parcours essentiellement privatiste, et la formation à l'École nationale de la magistrature est, s'agissant du droit, tout entière tournée vers le droit privé : on peut certes objecter que l'école s'adapterait, pour de futures générations de magistrats, à une évolution des compétences professionnelles requises de ces derniers, mais force est de constater, à l'heure actuelle, la profonde méconnaissance du droit administratif par bon nombre de juridictions judiciaires⁷⁹.

Davantage que le dualisme juridictionnel, le vrai problème vient sans doute davantage du cumul par les juridictions administratives, et notamment par la juridiction administrative suprême, le Conseil d'État, de fonctions administratives et contentieuses puisqu'il est également le principal conseiller du gouvernement. Même si la manière dont il cumule ces deux fonctions, en particulier par l'interdiction faite à un membre du Conseil d'État ayant participé à la reddition d'un avis sur un projet d'acte administratif de participer au jugement d'un recours contentieux dirigé contre ce même acte, a été jugé conforme aux exigences du procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁰, il en résulte parfois le sentiment d'un fâcheux mélange des genres : les membres de la formation de jugement connaissent, bien évidemment, et même parfois fort bien, ceux de leurs collègues ayant participé à la reddition de l'avis...

Un constat similaire peut être nourri du fait du passage incessant des membres du Conseil d'État vers l'administration active, par la voie du détachement : lors de litiges l'opposant à l'État, il n'est pas rare que le justiciable se trouve, concrètement, confronté à un responsable des affaires juridiques au sein de tel ou tel ministère qui est, en réalité, un

79 La première chambre civile vient à cet égard de « s'illustrer » à deux reprises au cours de l'année 2017, en méconnaissant allègrement l'effet attractif des travaux publics afin d'établir sa compétence (Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2017, ONF c/ Gravey, *Dr. adm.* 2017, comm. 41, note G. Eveillard ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 2017, Brondino, précité) : soit elle ne tient aucun compte de la jurisprudence, non seulement du juge administratif, mais aussi du Tribunal des conflits, soit elle ne la connaît pas ou bien n'est pas capable de l'analyser...

80 CEDH, 9 novembre 2006, n° 65411/01, Société Sacilor-Lormines c/ France, *JCP A* 2007, n° 2002, note D. Szymczak, *RFDA* 2007, p. 342, note J.-L. Autin et F. Sudre.

membre du Conseil d'État en détachement, et qui se trouve chargé de développer devant ses anciens collègues – avec lesquels il a parfois travaillé fort étroitement, la défense de l'administration à laquelle ils appartiennent désormais...

Or, le dualisme juridictionnel n'est pas consubstantiel avec le cumul de fonctions administratives et contentieuses : les juridictions administratives allemandes n'exercent ainsi aucune fonction administrative mais uniquement, comme toute juridiction qui se respecte, des fonctions contentieuses. Ainsi, rien ne s'opposerait à séparer la section du contentieux du Conseil d'État des autres formations de l'institution, pour en faire une Cour administrative suprême et réduire le Conseil d'État à ses fonctions administratives, à l'instar de la solution retenue par le Luxembourg⁸¹ suite à sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme⁸².

Cette solution est loin de recueillir l'assentiment de la majorité des intéressés. Nombre de membres du Conseil d'État soutiennent que, pour bien juger l'administration, il faut avoir une expérience d'administrateur et alterner des passages en juridiction et en administration active : ainsi, quand bien même on séparerait la fonction administrative de la fonction contentieuse, il faudrait que les juges administratifs continuent à effectuer des passages plus ou moins longs en administration active. Il ne faut pourtant pas exagérer la portée de l'argument : s'il est vrai que les conseillers de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ont effectué quelques stages en administration au cours de leur formation, cela n'en fait pas pour autant des spécialistes de l'administration et, s'il est tout aussi vrai que, pendant le déroulement de leur carrière, leur mobilité est encouragée, elle n'est pas pour autant imposée et, lorsqu'elle est choisie, elle n'a pas nécessairement lieu en administration active... On pourrait à la rigueur exiger des membres de la Cour administrative suprême qu'ils aient travaillé assez longuement en

81 Articles 83 *bis* et 95 *bis* Constitution issu de la révision constitutionnelle du 12 juillet 1996.
82 CEDH, 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, série A, n° 326, *AJDA* 1996, p. 383, note J.-F. Flauss, *D.* 1996, J, p. 301, note F. Benoît-Rohmer, *RFDA* 1996, p. 777, note J.-L. Autin et F. Sudre. En Espagne également – abstraction faite de ce que les « tribunaux administratifs » sont intégrés à l'ordre juridictionnel unique, le Conseil d'État est réduit à des fonctions consultatives auprès du gouvernement.

administration active – ce qui n’est pas prévu, cependant, pour les magistrats administratifs allemands – mais qu’une fois incorporés à cette Cour, leur abandon des fonctions administratives soit irréversible et leur détachement dans des administrations actives, dans des fonctions susceptibles de les mettre en rapport direct avec la juridiction dont ils sont issus, interdit...

B – L’existence de méthodes moins radicales que le monisme juridictionnel

En réalité, sans même envisager cette réforme d’ampleur, il existe déjà des solutions, à organisation constante, pour atténuer les inconvénients du dualisme juridictionnel. Nombre d’entre elles ont déjà été largement entreprises.

La première de ces solutions consiste en l’amélioration des procédures devant les juridictions administratives. L’essentiel a déjà été fait, au demeurant, et les juridictions administratives fonctionnent aujourd’hui largement comme des juridictions judiciaires : le double degré de juridiction avec possibilité d’un pourvoi en cassation ultérieur y est de principe depuis la mise en place des Cours administratives d’appel le 1^{er} janvier 1989⁸³, les membres des juridictions administratives bénéficient de l’indépendance dans l’exercice de leurs fonctions⁸⁴ et sont tenus par le principe d’impartialité⁸⁵, la procédure est soumise au principe du

83 Sous réserve des cas dans lesquels les tribunaux administratifs, les cours administratives d’appel ou le Conseil d’État jugent en premier et dernier ressort, et de celui – très rare aujourd’hui – où l’appel des décisions des tribunaux administratifs est porté devant le Conseil d’État.

84 C. Const., décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, précitée.

85 C. Const., décision n° 2011-200 QPC, 2 décembre 2011, Banque populaire Côte d’Azur, *Rec.* 559.

contradictoire⁸⁶ et les audiences sont en principe publiques⁸⁷... Les quelques spécificités de la procédure administrative apparaissant même plutôt comme des qualités : ainsi la présence du rapporteur public, dont le rôle a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁸ moyennant l'aménagement des conditions d'exercice de ses fonctions⁸⁹ et le Conseil d'État a admis la responsabilité de la juridiction administrative du fait d'un délai excessif de jugement⁹⁰ alors que cela n'est toujours pas admis formellement par la juridiction judiciaire⁹¹. Quant à la fonction d'avis contentieux à l'adresse des juridictions inférieures, conférée au Conseil d'État par la loi du 31 janvier 1987⁹², elle a semblé à ce point intéressante qu'elle a ensuite été étendue à la Cour de cassation⁹³.

La deuxième solution consiste à limiter la spécificité du droit administratif à ce qui la justifie, c'est-à-dire la mise en cause directe de la puissance publique : cette harmonisation du fond du droit une fois réalisée, il n'existera plus guère de risque de divergences jurisprudentielles incompréhensibles et injustifiables. Contrairement à ce qui est parfois prétendu, il ne s'agirait pas d'une preuve que la juridiction administrative ne se justifie pas, mais de ce qu'il faut limiter l'exorbitance à ce qui est

86 Article L. 5 CJA.

87 Article L. 6 CJA.

88 CEDH, 7 juin 2001, Mme Kress c/ France, *AJDA* 2001, p. 675, note F. Rolin, *D.* 2001, p. 2619, note R. Drago, *JCP* 2001, II, n° 10 578, note F. Sudre, *RDJ* 2002, p. 684, note G. Gonzalez, *RTDH* 2001, p. 581, note D. Spielmann, p. 727, note F. Benoit-Rohmer.

89 Abandonner son nom de commissaire du gouvernement, communiquer le sens de ses conclusions aux parties avant l'audience, leur laisser la possibilité d'y répondre pendant l'audience et ne plus être présent lors du délibéré (excepté, devant le Conseil d'État, si les parties, dûment informées de sa présence, ne s'y sont pas opposées).

90 CE, ass., 28 juin 2002, Ministre de la Justice c/ Magiera, *Rec.* 247, concl. P. Lamy, *AJDA* 2002, p. 596, chron. F. Donnat et D. Casas, *Dr. adm.* 2002, comm. 167, note M. Lombard, *LPA* 5 novembre 2002, p. 17, note M.-C. Rouault, *RFDA* 2002, p. 756, concl.

91 La juridiction judiciaire admet certes l'engagement de la responsabilité de l'État pour méconnaissance du délai raisonnable de jugement devant elle, mais en rattachant ce manquement à l'une des deux seules hypothèses dans lesquelles la loi prévoit sa responsabilité, en l'occurrence la commission d'une faute lourde – alors que le juge administratif se contente d'une faute simple – ou d'un déni de justice.

92 Article L. 112-1 CJA issu de la loi du 31 décembre 1987.

93 Articles L. 441-1 et s. Code de l'organisation judiciaire, 1031-1 et s. Code de procédure civile et 706-64 et s. Code de procédure pénale, issus respectivement, pour les deux premiers, de la loi du 15 mai 1991 et de ses décrets d'application, pour le dernier de la loi organique du 25 juin 2001.

strictement nécessaire. À cet égard, beaucoup a déjà été réalisé en matière de responsabilité extra-contractuelle⁹⁴ et, à un degré moindre, en matière contractuelle⁹⁵. Au demeurant, la juridiction administrative ne montre aucune hostilité à appliquer directement les dispositions du Code civil lorsqu'elle le juge opportun⁹⁶, ou à s'inspirer directement des solutions du droit privé⁹⁷.

La troisième solution consiste à améliorer le dialogue institutionnel des juges. La pratique des questions préjudicielles doit être limitée, et leur exercice simplifié. Là-encore, cela a été fait. Ainsi, si l'absence de difficulté sérieuse a toujours justifié qu'une telle question ne soit pas nécessaire⁹⁸, il en va désormais ainsi non seulement pour constater l'évidente légalité, ou le sens évident, d'un acte, mais également pour constater son évidente illégalité au regard, notamment, de la jurisprudence développée par l'ordre juridictionnel compétent⁹⁹. De même, il n'est plus désormais question d'enchaîner les questions préjudicielles lorsque la question incidente posée devant un juge et ne

94 Ainsi la régression de la faute lourde ou l'élargissement des préjudices réparables (voir *supra*, notes 20 et 21).

95 Avec, par exemple, l'apparition limitée de l'exception d'inexécution (voir *supra*, note 23).

96 Ainsi, en matière de responsabilité extra-contractuelle, pour le droit aux intérêts moratoires et compensatoires (articles 1231-6 et 1231-7 Code civil) ; en matière contractuelle, pour l'action oblique (article 1341-1 Code civil), la non présomption de solidarité (article 1310 Code civil), la subrogation de plein droit (article 1346 Code civil), la garantie des vices cachés (articles 1641 et 1648 Code civil) ou encore l'action directe du tiers lésé contre l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable (article L. 124-3 Code des assurances).

97 Ainsi à propos de l'interdiction de licencier les femmes pour motif de grossesse (CE, ass., 8 juin 1973, dame Peynet, *Rec.* 406, concl. S. Grévisse, *AJDA* 1973, p. 608, chron. M. Franc et M. Boyon, *JCP* 1975, II, n° 17 957, note Y. Saint-Jours) ou encore en matière de garantie décennale (CE, ass., 2 février 1973, Trannoy, *Rec.* 95, concl. M. Rougevin-Baville, *AJDA* 1973, p. 159, note F. Moderne), même si le juge administratif tend à ne plus citer ses sources (CE, sect., 11 février 2005, GIE Axa Courtage, *Rec.* 45, concl. C. Devys, *AJDA* 2005, p. 663, note C. Landais et F. Lenica, *JCP* 2005, n° 10070, concl., note M.-C. Rouault, *JCP A* 2005, n° 1132, note J. Moreau, *RFDA* 2005, p. 595, concl., note P. Bon, pour la responsabilité sans faute fondée sur la garde ; CE, 15 avril 2015, Commune de Saint-Michel-sur-Orge, *Rec.* 151, *AJDA* 2015, p. 1819, note J. Martin, *BJCP* 2015, p. 282, concl. B. Dacosta, en matière de garantie décennale).

98 TC, 16 juin 1923, Septfonds, *supra*.

99 TC, 13 octobre 2011, SCEA du Chéneau, précité.

relevant pas de sa compétence implique la résolution d'une difficulté d'interprétation du droit de l'Union européenne : le juge *a quo* peut constater directement l'existence de cette difficulté, au lieu de renvoyer à l'autre ordre juridictionnel le soin de le faire, et saisir directement la Cour de justice d'une question préjudicielle¹⁰⁰. Enfin, la saisine de l'autre ordre juridictionnel n'est désormais¹⁰¹ plus laissée à l'initiative de l'une ou l'autre des parties, mais effectuée directement par le juge *a quo* : cela permet, tout à la fois, de simplifier la procédure et de gagner un peu de temps. Reste peut-être à limiter le délai laissé au juge saisi de la question préjudicielle pour régler celle-ci, afin de ne pas allonger excessivement la procédure : si tout est fait pour que l'exercice de voies de recours contre la décision rendue par lui ne participe pas de cet allongement¹⁰², aucun délai ne lui est pour l'heure imparti, mais on constate qu'un tel délai est loin de constituer la règle pour d'autres questions préjudicielles¹⁰³.

Quant à l'existence même de ces questions, si elles sont admises, et non contestées, lorsqu'il s'agit de saisir le Conseil constitutionnel ou la Cour de justice de l'Union européenne – et même peut-être bientôt, à l'avenir, la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁴ – on ne voit pas pourquoi celles consistant à saisir, soit la juridiction administrative, soit la juridiction judiciaire, seraient davantage critiquables...

Enfin, et c'est probablement sur ce point que l'essentiel de l'effort doit désormais porter, les compétences de chaque ordre juridictionnel devraient être définies avec bien plus de précision et de cohérence qu'elles le sont actuellement.

100 TC, 13 octobre 2011, SCEA du Chéneau, précité.

101 Depuis le décret du 27 février 2015.

102 De telles questions étant jugées, depuis le décret du 27 février 2015, par le Tribunal administratif en premier et dernier ressort – mais auparavant, leur appel était porté directement devant le Conseil d'État.

103 Les trois mois impartis au Conseil constitutionnel pour répondre à une question prioritaire de constitutionnalité apparaissent comme une exception.

104 Puisqu'a été déposé le 20 décembre 2017 un projet de loi de ratification du Seizième protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit une telle possibilité.

Ce rôle incombe normalement au législateur, lorsqu'il institue des blocs de compétence. Mais, le plus souvent, il le fait mal car il ne pense pas à toutes les implications de ce bloc. Quelques exemples suffisent, à des degrés variables, pour s'en convaincre. Ainsi, la loi du 6 juillet 1987, en attribuant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions prises par le Conseil de la concurrence – aujourd'hui Autorité de la concurrence – en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles, ne l'a fait qu'en ce qui concerne le contentieux de la légalité : le contentieux de la responsabilité née de telles décisions continue à relever du juge administratif¹⁰⁵ – sans parler du fait, moins contestable, que l'absence de modification de ces règles de compétence par la loi du 4 août 2008 ayant transféré à cette institution le contrôle des concentrations économiques conduit à ce que le contentieux des décisions prises en la matière continue à relever de la juridiction administrative. De même, la loi du 5 avril 1937 transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des accidents résultant d'un défaut de surveillance des élèves dans le cadre de l'enseignement primaire et secondaire a tout bonnement oublié l'action récursoire que l'État est susceptible d'exercer contre l'agent public fautif ou, plus exactement, de telles actions récursoires n'étant admises que depuis 1951¹⁰⁶, aucune loi n'est venue compléter ultérieurement celle de 1937 : ainsi, de telles actions sont portées devant la juridiction administrative¹⁰⁷. De même encore, les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016 relatives, respectivement, aux marchés publics et aux concessions, conduisent, en subordonnant la qualification de contrat administratif de tels contrats à ce qu'une personne publique y soit partie, à ce que leur contentieux soit réparti entre les deux ordres de juridiction : même si l'on comprend le souci de préserver le critère organique du

105 TC, 2 mai 2011, Société Europe Finance et Industrie, *Rec.* 685, *AJDA* 2012, p. 580, note M. Lombard, *Dr. adm.* 2011, comm. 89, note G. Eckert.

106 CE, ass., 28 juillet 1951, Laruelle, *Rec.* 464, *D.* 1951, J, p. 623, note Nguyen Do, *JCP* 1951, II, n° 6532, note J.-J. R., *JCP* 1952, II, n° 6734, note C. Eisenmann, *RDP* 1951, p. 1087, note M. Waline, *S.* 1952, 3, p. 25, note A. Mathiot.

107 CE, 13 juillet 2007, Ministre de l'Éducation nationale c/ Kruger, *Rec.* 336, *JCP A* 2007, n° 2196, concl. F. Séners, *LPA* 7 novembre 2007, p. 11, note S. Petit.

contrat administratif, cette division est assez contestable¹⁰⁸. Enfin, les législations relatives aux contrats aidés, si elles ont entendu préserver l'unité de régime de ces contrats quelle que soit la nature de l'employeur, ont inutilement compliqué les choses lorsque ce dernier est une personne publique gestionnaire d'un service public administratif et qu'il désire conserver son employé après l'expiration du contrat aidé¹⁰⁹ : l'agent change de régime juridique, et de juridiction compétente, sans changer ni d'employeur ni de fonctions, cette continuité organique et fonctionnelle semblant pourtant plus importante que le souci d'alignement avec le salarié d'un employeur privé, dont la situation est tout de même assez éloignée de la sienne...

Il serait cependant exagéré de ne blâmer que le législateur. Le juge, y compris le Tribunal des conflits, y a parfois sa part de responsabilité, au point qu'on peut se demander si ce dernier ne cherche pas, en compliquant inutilement les choses, à justifier son existence : on le répète, la divergence de juge compétent pour, sur le fondement de la même législation relative à la propriété intellectuelle, soit ordonner des travaux sur un ouvrage public, soit accorder des dommages-intérêts au concepteur de ce dernier, est proprement aberrante...

Il faudrait ainsi que des matières relèvent, dans leur entier, d'un seul juge, afin que ce dernier puisse régler tous les aspects d'un même litige : cela n'évitera jamais que se posent des cas limites, ni ne conduira à la disparition totale des questions préjudicielles, mais cela contribuerait à simplifier grandement la répartition des compétences et à rendre, en définitive, le dualisme juridictionnel acceptable.

108 D'autant que, sur toutes les questions régies par lesdites ordonnances, tous les marchés et toutes les concessions, de droit public comme de droit privé, seront soumis aux mêmes règles.

109 TC, 23 novembre 2009, Mlle Tourdot, *Rec.* tables 668.