

Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative

Roland DRAGO

Membre de l'Institut de France

Professeur émérite

Université Panthéon-Assas (Paris II)

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur

Université Paris-Dauphine (Paris IX)

RÉSUMÉ. — Le principe de **dualité** des ordres de **juridictions** est le socle apparent de la distinction du droit public et du droit privé, qu'il conforte, voire constitue. Cependant, cette vision d'une répartition première et simple des contentieux est inexacte, en ce que le juge judiciaire applique régulièrement le **droit administratif** et que le juge administratif exerce désormais des activités répressives. En outre, l'organisation sociale actuelle, l'affaiblissement de la figure de l'État, l'importance des objets techniques, le phénomène de mondialisation, etc. militent tout à la fois pour le maintien et l'accroissement des juges spécialisés, tel le juge administratif, mais l'unicité d'un ordre juridictionnel, articulant ces particularités.

Droit public et droit privé, voilà les deux piliers du système juridique français. Cette affirmation simple, claire, fondatrice est sans doute la première connaissance que nous communiquons à ceux qui ignorent tout du droit et veulent en savoir quelque chose, l'information élémentaire, la donnée essentielle donc. Elle est pourtant pleine de mystères - son apparente clarté n'étant pas parmi les moindres -, de sous-entendus, de faux-semblants et de mirages, existant plus par cette description que l'on en fait pédagogiquement que par la réalité du droit positif.

Aujourd'hui, et sans méconnaître la puissance de l'enracinement de la séparation du public et du privé dans l'imaginaire collectif de l'Occident, ni l'ancienneté historique du Conseil d'État, qui conseilla les Rois avant de conseiller les gouvernements, il ne faut pas craindre d'affirmer que la distinction se meurt, non pas en ce qu'il n'existerait plus de règles substantielles spécifiques ¹, mais en qualité de *summa divisio* du système juridique français ², dans le sens où ses critères et ses justifications s'effritent, parfois

¹ V. le remarquable article de Didier Truchet, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », in *Justice et pouvoirs*, Justices, n°3, 1996, p. 53 et s. ; du même auteur, v. *Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?*, Études offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 335 et s.

² R. Chapus, « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », in *La dualité de juridictions en France et à l'étranger*, RFD adm. 1990, p. 739 et s., spéc. p. 741 et s.

s'effondrent, sans que l'on imagine comment elle pourrait retrouver ce que l'on présente comme sa force, à savoir la simplicité de ses repères et la puissance de ses fondements.

Certes, le système juridique s'organise en constituant des ensembles cohérents et autonomes de règles, tel le droit administratif, mais la présentation d'un dualisme juridique, du droit public et du droit privé, devient fallacieuse. Plus encore, la multiplicité des hypothèses dans lesquelles le juge judiciaire applique le droit administratif, ce qui superpose à la dualité des ordres de juridictions judiciaires et administratives une dualité contrariante de la justice administrative, tantôt appliquée par le juge administratif, tantôt appliquée par le juge judiciaire³, achève la confusion. Ainsi, cette dualité de la justice administrative révèle la faiblesse de la dualité des ordres de juridictions, la contredit puisque l'ordre des juridictions administratives n'établit pas un monopole de l'application du droit administratif par le juge administratif, et attaque finalement le dualisme juridique du droit public et du droit privé⁴. Nous voilà loin du jardin à la française.

Pourtant, restant toujours dans le souvenir des premiers enseignements qui, dans une *vulgate* décisive, façonnent les esprits quels que soient l'âge, l'érudition et les tâches qui les recouvrent par la suite, il est courant d'affirmer que le droit public est l'ensemble des règles qui gouverne l'ensemble des personnes publiques tandis que le droit privé est l'ensemble des règles qui gouverne l'ensemble des personnes privées. Le critère formaliste a toujours pour lui la puissance de la tautologie.

Cette puissance peut être trompeuse. Tout d'abord, pour constituer un ensemble, il convient de trouver un lien d'appartenance commun à la totalité des phénomènes fondus ainsi dans une même catégorie. En l'espèce, cette unité participante ne serait assurée que si le droit public était l'accessoire de la personne publique de l'État et de ses démembrements, l'État constituant l'unité par excellence. Or, l'hétérogénéité vient de la présence des personnes publiques locales qui ne naissent pas d'une telle déduction mais d'un processus politique localisé et autonome. En symétrie, les personnes privées ne sont pas réductibles les unes aux autres, suivant qu'elles sont l'expression juridique de personnes humaines ou de groupements, car seule l'humanité aurait pu pareillement fonder la catégorie.

Ensuite, un ensemble doit se distinguer de ce qui lui est extérieur et ne pas interférer avec un autre ou se superposer à lui, sauf à considérer des intersections qui brouilleraient l'idée d'une distinction radicale, d'une *summa divisio* telle qu'on nous la présente entre droit public et droit privé. Or et pour ne prendre qu'un exemple, il suffit d'observer

³ R. Drago, « Le juge judiciaire, juge administratif », in *La dualité de juridictions en France et à l'étranger*, préc. p. 757 et s., spéc. p. 761 ; L. Richer, « Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (aperçu de droit administratif judiciaire) », *CJEG* 1990, chron., p. 367 et s. ; C. Goyard, *La compétence judiciaire en matière administrative*, thèse 1962 ; A. Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, préf. D. Truchet, L.G.D.J., 1996 ; G. Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration : Vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, Thèse, Rennes I, 1997.

⁴ Le dualisme juridique s'en trouve « tempéré » (R. Chapus, préc., p. 743). Sur l'articulation des dualismes, v. not. Ch. Eisenmann, *Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français*, Mélanges J. Maury, Dalloz, 1960, p. 379 et s. ; M. Waline, « À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent », *RD publ.* 1961, p. 8 et s. ; J.-M. Auby, « Dualité juridictionnelle et dualisme juridique », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Economica, 1991, p. 103 et s.

l'évolution des entreprises publiques et l'attraction très forte qu'exerce sur elles le modèle de l'entreprise ordinaire, représentée par l'entreprise dite de droit privé, pour mesurer que les deux ensembles du droit public et du droit privé ne se distinguent pas nettement l'un de l'autre par le seul critère formel. Le droit communautaire, droit réaliste, ne s'y est pas trompé qui traite en principe indifféremment l'entreprise publique et l'entreprise privée ⁵.

Il est usuel alors d'appeler au secours le critère de l'intérêt, lequel n'est pas exempt d'une appréciation de valeur : le droit public prend en charge l'intérêt général et le droit privé se contente de veiller aux intérêts particuliers. Cela justifie l'utilisation de la puissance publique dans le premier cas. On remarque que, dès lors et par nature, le droit pénal fait partie du droit public, sauf à observer qu'il vise aussi à satisfaire le besoin particulier de rétribution qu'exprime la victime, ce qui le constitue comme « droit public mâtiné de privé » ⁶. Mais, si l'on comprend intuitivement que l'intérêt privé consiste à ne rechercher la satisfaction que d'une personne tandis que l'intérêt général fait écho à l'idée chrétienne de bien commun, il est difficile de définir substantiellement ces intérêts autonomes, voire antinomiques, et plus encore de les distribuer à travers la distinction du droit public et du droit privé. L'hétérogénéité de la notion d'ordre public le traduit ⁷.

Dans ces conditions, si l'on poursuit la recherche de ce qui, en France, continue de cristalliser la distinction du droit public et du droit privé, on s'aperçoit qu'elle tient aujourd'hui à titre principal à la dualité de juridictions, et non l'inverse ⁸. On en arrive à dire que le droit public se définit comme ce qui est soumis au juge administratif et le droit privé comme ce que connaît le juge judiciaire. À partir de là, la question de la distinction du droit public et du droit privé peut se formuler plus directement par celle de la pertinence de la dualité française des ordres de juridictions judiciaires et administratifs. Cerné de cette façon, il apparaît que le système juridique français continue de se caractériser par le principe de dualité des ordres de juridictions mais qu'à tout le moins, il n'est plus ressenti comme allant de soi. Pour reprendre l'expression de Didier Truchet, nous pouvons donc en « reparler » ⁹.

* *
*

⁵ A. Winckler, « Public et privé : l'absence de préjugé », ce volume.

⁶ J. Carbonnier, « L'État dans une vision civiliste », in *L'État*, t. 1, Droits, n° 15, 1992, p. 34.

⁷ Th. Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, « Thèmes et Commentaires », 1996.

⁸ J.-M. Auby, préc. : « Le premier problème qui se pose est celui de savoir si historiquement en France la dualité juridictionnelle qui existe de bonne heure sous l'Ancien Régime peut s'expliquer par le dualisme du droit. La réponse est certainement négative. » (p. 103).

⁹ Préc., p. 53.

Cette persévérance française du principe de dualité des juridictions judiciaires et administratives puiserait sa légitimité avant tout chose dans la tradition. De la loi des 16 et 24 août 1790¹⁰, d'un âge déjà vénérable et qu'on a pu comparer à la loi salique¹¹, la remontée dans le temps est encore possible jusqu'à l'édit de Saint-Germain de 1641. En outre, l'argument est de poids dans un système juridique qui mesure sa légitimité à l'âge de ses lois et à leur permanence. Il y aurait alors comme une inconvenance à toucher à qui n'a pas changé malgré et depuis la Table rase de la Révolution française. Mais, en premier lieu et sans remettre encore en cause cette présentation, sommes-nous encore dans un système qui accorde au poids de l'histoire une telle puissance ?

À l'heure où l'on envisage de briser un lien fort ancien entre le garde des Sceaux et ses procureurs, on peut en douter. Plus encore, il semble que la législation, même sur les questions essentielles, tire aujourd'hui ses qualités de sa puissance d'adaptation aux faits, notamment aux faits sociaux, même si cela a pour prix l'instabilité organisée de la loi¹². L'incrustation des institutions juridiques dans la société ne les rend pas perpétuelles pour autant, si on ne peut renouveler leur raison d'être au regard des exigences sociales et juridiques nouvelles. La société mouvante par définition, et qui s'admet comme telle aujourd'hui, ne peut constituer ce marbre dans lequel les institutions juridiques sûres d'elles-mêmes voudraient s'inscrire.

En second lieu, cette histoire est celle que l'on raconte, une *vulgate* au sens propre du terme. Mais c'est là un mystère car l'histoire ne s'est pas faite ainsi et la doctrine met aujourd'hui en lumière les surprises et les paradoxes engendrées par un principe non voulu¹³. En dehors même du fait que le texte de la loi des 16 et 24 août 1790, visant la distinction des autorités et interdisant au juge d'avoir des activités d'administration, n'engendre pas à lui seul la distinction des ordres de juridictions, puisqu'il s'applique à tous les juges, y compris le juge administratif. On relèvera qu'au XIX^e siècle, le juge judiciaire ne recevait pas critique pour les incursions qu'il commettait en exerçant son contrôle sur l'activité administrative. Il faudra attendre la troisième République pour que l'acception que nous connaissons aujourd'hui du principe soit en quelque sorte colportée et qu'on prétende établir un lien entre séparation des autorités et séparation des juges entre eux.

Certes, on peut revigorer par l'actualité juridique le principe de dualité des juridictions judiciaires et administratives à travers la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987¹⁴. Mais, attestant ici la part décisive que prend la doctrine à construire la jurisprudence, c'est une sorte de *vulgate* qui fait circuler l'idée que la dualité de juridictions serait ainsi constitutionnalisée, autant dire intangible¹⁵. Didier Truchet a

¹⁰ J. Chevallier, « Du principe de séparation au principe de dualité », in *La dualité de juridictions en France et à l'étranger*, préc. p. 712 et s.

¹¹ G. Vedel, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », in *La dualité de juridictions en France et à l'étranger*, préc. p. 698.

¹² Ch.-E. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, P.U.A., 1993.

¹³ P. Delvolvé, *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire*, Mélanges René Chapus, Montchrestien, 1992, p. 135 et s., spéc. p. 145 : « La séparation des pouvoirs n'impose certainement pas ni la séparation des autorités administrative et judiciaire ni la dualité de juridictions ». G. Bigot, préc.

¹⁴ *RFD adm.* 1987, p. 287 et s., note B. Genevois et p. 301 et s., note L. Favoreu.

¹⁵ S. Velley, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RD publ.* 1989, p. 766 et s.

montré que la décision, qui concerne principalement le contentieux de l'annulation, et par accessoire celui de la réformation, n'implique que la spécialité du juge qui le prend en charge ¹⁶ et non qu'on construise autour de lui un ordre particulier.

Ce phénomène d'une lecture radicale et dramatisante de décisions juridictionnelles n'est pas nouveau puisque l'arrêt *Blanco* lui-même passa inaperçu lorsqu'il fut rendu et ne connut la gloire que plusieurs années après. C'est donc la doctrine, universitaire ou administrative, qui a tracé le destin du principe de la dualité des ordres de juridictions. Le principe de dualité des ordres de juridictions relève parfois plus d'une sorte de monomanie, cristallisée au début du XX^e siècle, que d'une réalité technique. Ainsi, Édouard Laferrière ne voyait aucun motif de s'émouvoir d'une éventuelle attribution aux tribunaux judiciaires de compétences exercées auparavant par des juridictions administratives, dès l'instant que cela ne concernerait pas les actes de puissance publique ¹⁷.

Un mouvement de démystification, au sens propre du terme, tel que l'ont entrepris les historiens de l'administration, notamment Jean-Louis Mestre ¹⁸ et François Burdeau ¹⁹, conduit à circonvenir le débat sur le terrain plus doctrinal que positif, ce qui rend plus concevables quelques traits de plume.

Au-delà du droit positif - ou de la présentation qui en est faite, relevant parfois du mirage -, du critère de la longévité de la règle - ou de la croyance qui l'entoure, relevant parfois du mystère -, ce qui est la source du principe de dualité de juridictions, c'est l'idée que l'État ne peut être jugé par un juge ordinaire. Pourquoi cela relèverait-il de l'inconcevable ? La première raison pour cela est de nature technocratique. Il s'agit d'affirmer que la chose administrative est si complexe qu'elle ne peut être maîtrisée que par un juge qui a fait ses classes dans l'administration elle-même ou qui a, aujourd'hui, bénéficié de l'enseignement de l'École nationale d'administration, dont il n'est pas indifférent de noter que la scolarité est construite principalement autour des stages ²⁰.

Cette proximité du magistrat par rapport à l'objet qu'il examine et au justiciable qu'il juge, particulièrement explicite dans le cas du juge administratif, - comme dans celui du juge consulaire -, présente un autre avantage, que l'évolution de notre système juridique met aujourd'hui au premier plan : le jugement de condamnation n'est véritablement accepté par son destinataire que si celui-ci ressent ce lien entre lui et le juge. Certes, l'argument est indifférent dans une représentation hiérarchique du droit, où il suffit de donner un ordre pour qu'il soit exécuté, où il suffit de condamner pour que punition s'en suive. Dans ces conditions, l'éloignement du juge par rapport au justiciable est un gage de solennité et d'autorité ; cela a justifié notamment qu'au XIX^e siècle, on attribue au juge judiciaire, ce juge lointain, la « punition » de l'administration coupable d'une voie de fait.

¹⁶ « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », préc., p. 56.

¹⁷ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1^{re} éd., 1887, t. 1, p. 9.

¹⁸ *Introduction historique au droit administratif français*, PUF « Droit fondamental », 1985.

¹⁹ *Histoire du droit administratif*, PUF « Thémis », 1995.

²⁰ J. Rigaud, « Mythes et réalités de l'ENA », in *L'ENA*, Pouvoirs, n° 80, Seuil, 1997, p. 9.

Mais des travaux récents nous démontrent que la hiérarchie est aujourd'hui disloquée à travers l'organisation sociale, autant dire reniée dans sa définition même. Nous sommes notamment passés de la justice imposée à la justice négociée²¹. La puissance du jugement tient alors dans la réception que veut bien en faire le destinataire, soit parce qu'il y a intérêt, soit parce qu'il estime avoir compris et avoir été compris, même s'il est condamné²². Cela ne peut qu'accroître la légitimité d'un juge qui connaît, au sens procédural du terme, l'activité administrative, car il en est en quelque sorte connaisseur. Ses actes de condamnation ont vocation à être acceptés, c'est-à-dire être effectifs.

Certes, ce lien du juge et de l'objet, analogue à celle aujourd'hui prônée du juge par rapport au justiciable²³, engendre une délicate frontière entre compétence ainsi obtenue, d'une part, et phénomène de capture par l'objet et les personnes contrôlées, d'autre part. Les reproches s'adressant au juge administratif, juge et partie, censeur et conseiller, sont récurrents, et les reproches du duc de Broglie formulés en 1829 retentissent encore. En outre, le thème de la complexité de l'objet aboutit aisément à un corporatisme mais celui-ci n'est que secondaire, car l'appropriation de l'activité de contrôle sur l'objet par un corps particulier de fonctionnaires se justifie par leur proximité par rapport à l'objet.

Plus fondamentalement, on ne peut adresser au juge des remontrances contradictoires : soutenir qu'il n'est pas légitime car, trop proche de ce sur quoi il statue, il perd son impartialité et rend en conséquence des jugements déviés par l'objet, et affirmer dans le même temps qu'il n'est pas adéquat car, trop éloigné de l'objet, il ne le comprend pas et prend en conséquence de mauvaises décisions. La proximité du juge par rapport à son objet est à la fois un risque et un mérite. Dans la mesure où l'office du juge se détache du règlement des litiges pour se rapprocher d'une régulation de secteurs techniques ou de comportements globaux²⁴, l'évolution augmente ce danger et cette exigence. Ainsi, le juge administratif est exemplaire des difficultés accrues de l'office du juge ; il en est l'archétype, avec le juge consulaire, et ne peut donc être posé comme exception, de ce seul fait critiquable.

La seconde justification d'un ordre autonome de juridictions administratives est de nature métaphysique. L'État est la divinité - et l'on reconnaît la proposition hégélienne²⁵ - encore disponible à un monde laïc, déserté et désenchanté. En cela, l'État et ses démembrements, incarnant le progrès de la Raison dans l'histoire du monde, ne peut être soumis à ce monde par un entremêlement avec les personnes ordinaires devant s'expliquer devant le juge commun, le juge judiciaire.

²¹ Ph. Gérard, F. Ost, Ph. Gérard et M. van de Kerchove, *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1997.

²² L'évolution d'une procéduralisation du droit administratif substantiel conduit plus encore à souhaiter cette familiarité du juge, le contentieux administratif se rapprochant du droit administratif matériel (v. l'étude du droit administratif américain et la transposition de ses résultats théoriques au cas continental, menées par J. de Munck et J. Lenoble, « Droit négocié et procéduralisation » in *Droit négocié, droit imposé ?*, préc., p. 171 et s.).

²³ H. Haenel, « Justice de proximité, premier bilan », in *Les juges*, Pouvoirs, n° 74, 1995, p. 93 et s.

²⁴ R. Drago, *Un nouveau juge administratif*, Mélanges Jean Foyer, PUF, 1997, à paraître ; M.-A. Frison-Roche, *Les offices du juge*, *ibidem*.

²⁵ V., not., J.-F. Kervégan, « Hegel, l'État, le droit », in *L'État*, Droits, t. 2, n° 16, 1993, p. 21 et s.

Certes, l'État, malgré l'anti-juridisme qu'une telle conception implique ²⁶, a son juge et il lui faut donc répondre. Dans une conception mystique, nul ne saurait juger l'État et pourtant Portalis lui-même estimait que la juridiction administrative relève de la nature des choses ²⁷. Mais ce qui est important n'est pas d'éliminer tout juge pour l'État mais que cela ne soit pas le juge commun, que cela soit précisément « son juge ».

En effet, la présence d'un juge est liée à l'idée que des fonctionnaires, humains faillibles et perméables aux désirs égoïstes, peuvent trahir l'État, l'empêcher d'être « grand honnête homme » ²⁸, le méconnaître et le dénaturer dans l'expression qu'ils en donnent. Le juge administratif restaure alors l'État, l'intérêt général et la rationalité en sanctionnant le fonctionnaire ou le service qui a fait dévier le maître de son chemin, par l'illégalité de l'acte administratif. Et le juge administratif incarne l'État qui se reprend ainsi lui-même, le contraire de l'intrusion que commettrait le juge ordinaire des intérêts particuliers, s'il s'en mêlait. La soumission non seulement du contentieux objectif mais encore du plein contentieux au juge administratif est à la naissance de cette juridiction ²⁹.

Mais la philosophie, et la sociologie plus encore en ce qu'elle ne prend vraiment acte que des intérêts particuliers, fût-ce ceux de l'administration, ont ébranlé l'idée d'État, le coupant de sa source incommensurable que serait la Raison. On définirait aujourd'hui davantage l'État comme une organisation nécessaire pour remplir certaines fonctions sociales, organisation qui, comme toutes, a pour préoccupation de se perpétuer et de se développer. En cela, l'État et l'entreprise ne sont pas de nature vraiment différente. Dès lors, l'instauration d'un ordre de juridiction *ad hoc*, d'une organisation juridictionnelle réservée, de cette sorte d'ordre retenu, ne se justifie plus, dans un vaste et déjà ancien mouvement de « banalisation du droit des personnes publiques » ³⁰.

Reste certes l'argument de la complexité de l'activité administrative. La fragmentation des activités sociales et techniques en autant de spécialités hermétiques accroît sa pertinence. C'est pourquoi les auteurs qui prennent distance avec le principe de dualité des juridictions ne remettent en rien en cause le droit administratif, corps de règles spécifiques adapté au particularisme de l'activité administrative.

Plus encore, le juge judiciaire, qui a vocation à persévérer dans son être de juge commun mais doit être digne d'une telle convergence des différents offices au sein de son ordre, devrait emprunter au juge administratif son principe de formation, à savoir l'immersion dans l'activité qu'il devra ensuite apprécier. Si le juge judiciaire ne se spécialise pas, s'il n'entre pas en contact direct avec les activités qu'il contrôle, voire régule, il ne pourra prétendre exercer légitimement son office. Dès lors, ce n'est pas l'existence des juges administratifs, en tant qu'ils sont spécialisés, qui est en cause, tout au contraire,

²⁶ *Ibidem*, p. 22.

²⁷ Arch. Parlem., 1834.85, p. 725, cité par F. Burdeau, « Les crises du principe de dualité de juridictions », in *La dualité de juridictions en France et à l'étranger*, préc. p. 728, note 24.

²⁸ J. Carbonnier, préc., p. 36.

²⁹ P. Sandevor, *Études sur le recours de pleine juridiction*, préf. R. Drago, L.G.D.J., 1964.

³⁰ J.-B. Auby, *Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites*, Études offertes à Jean-Marie Auby, préc., p. 3 et s.

mais bien le principe d'un ordre juridictionnel autonome. Les juges administratifs doivent demeurer comme les juges spécialisés de l'activité administrative ; cela ne serait pas remis en cause s'ils s'inséraient dans un ordre unique.

Cette organisation serait adéquate en ce qu'elle serait la projection de l'organisation du monde sur lequel le juge doit avoir prise. En premier lieu, c'est un truisme que de rappeler la césure par laquelle s'opère la dualité des ordres de juridictions. Or, le système juridique cherche à intégrer, selon l'expression de François Ost, l'existence d'un « milieu »³¹, milieu écologique dans lequel l'homme trouve sa place dans la nature³², milieu social dans lequel l'individu et la communauté se construisent l'un par l'autre. Dès lors, une *summa divisio* n'est plus un bon point de départ. Ce qui devient nécessaire, c'est l'articulation de règles dont il faut affirmer par ailleurs la spécificité. Or, le principe de la dualité des ordres de juridictions, par le semblant d'étanchéité qu'il présente, ce qui ne fait espérer que dans une convergence heureuse et spontanée des règles appliquées³³, d'une part, l'existence du dualisme de la justice administrative, sans qu'existent des règles d'articulation entre la justice administrative du juge administratif et la justice administrative du juge judiciaire, d'autre part, constituent des entraves.

En deuxième lieu, on peut considérer que la société s'organise non plus tant autour des personnes, qu'on les identifie comme des individus ou comme des agents de groupes ou de classes, mais plutôt autour d'activités spécifiques ou regroupées et d'objets techniques dont notre civilisation assure la prééminence. Nous entrons dans un monde de choses et d'activités, dans ce monde déshumanisé que Max Weber décrivit. Or, la dualité des ordres de juridictions trouve sa clef de répartition dans la qualité des personnes, personnes privées ou personnes publiques, ce qui entraîne un déphasage grandissant. C'est pourquoi la théorie juridique de la régulation, dans laquelle le juge est garant des grands équilibres d'une organisation globale, notamment d'une organisation concurrentielle, est difficile à marier avec le principe de dualité de juridictions³⁴.

Dans la même perspective et en troisième lieu, les activités ou les choses ne se laissent pas saisir directement par la distinction du droit privé et du droit public, alors qu'ils imposent leur technicité à ceux qui les observent et ont pour tâche de les contrôler. Dès lors que le principe de dualité des ordres de juridiction s'associe à la distinction entre le droit privé et le droit public, si celle-ci est totalement étrangère à l'objet, parce que, notamment, il ne relève pas de la sphère privée des comportements ou de l'espace

³¹ F. Ost, « Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public-privé », in *Public/privé*, CURAPP, PUF, 1995, p. 97 et s.

³² Dans cette perspective, il n'est pas indifférent de noter les difficultés à classer le droit de l'environnement dans le droit public ou dans le droit privé.

³³ Dans ce sens, B. Stirn, « Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel », in *Justice et pouvoirs*, préc., p. 41 et s., spéc., p. 49. V. aussi R. Chapus, *Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique*, préc. Sur le caractère aléatoire que cela peut représenter et le risque de trois jurisprudences, la jurisprudence administrative du juge administratif, la jurisprudence judiciaire du juge judiciaire et la jurisprudence administrative du juge judiciaire, v. P. Weil, *À propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles de droit public, ou : les surprises de la jurisprudence* Giry, Mélanges Ch. Eisenmann, 1975, p. 379 et s.

³⁴ B. Stirn, « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *AJDA* 1990, I p. 591.

public, c'est parfois d'une façon parfaitement aléatoire que des contentieux échoient à un ordre plutôt qu'à un autre. Ainsi, la compétence des juridictions administratives à propos des activités sportives, lointainement justifiée par le service public, relève d'un arbitraire certain.

Plus encore, la dualité des ordres de juridictions et la distinction du droit privé et du droit public qu'elle implique, qu'elle a engendrée, brise l'unicité réelle de l'objet que le droit prétend régir. Il en est particulièrement ainsi du marché ³⁵. Les difficultés de la doctrine et du droit français pour concevoir l'organisation nouvelle des activités de service public en milieu concurrentiel tiennent beaucoup à cela. La dualité des ordres de juridictions et la distinction du droit privé et du droit public se retournent alors contre le droit et le rendent impotent. Aucun juriste ne peut s'en réjouir.

En outre, activités et objets techniques se morcellent car leur technicité les rendent opaques, mais dans le même temps les techniques de communication les mettent en corrélation les uns avec les autres. Dès lors, si l'on souhaite une adéquation entre système juridictionnel et système du monde, le juge doit être tout à la fois ordinaire en ce qu'il peut demander des comptes à toute personne, et devenir un juge spécialisé s'il prétend contrôler la technicité des comportements qu'il examine. En poussant plus loin cette idée d'adéquation, la multiplication des juges spécialisés, des juridictions particulières, doit être reprise dans une corrélation d'ensemble. Cette articulation serait opportunément opérée par un ordre unique de juridictions multipliées, composées de juges spécialisés. Les juges spécialisés en matière administrative, non confondus avec les autres, y ont leur place ³⁶.

Non seulement, cela n'est pas remettre en cause l'importance du juge spécialisé en matière administrative mais cela ne relève pas ni d'une pure utopie, ni d'une croisade. En effet, nous assistons à la remise en cause de la *summa divisio* procédurale du droit public et du droit privé, à travers des failles qui affectent la dualité de juridictions, dont la principale est l'existence du « droit administratif judiciaire » ³⁷, donnant consistance à la perspective de l'unification juridictionnelle du système.

* *
*

Le principe de dualité des ordres des juridictions judiciaires et administratives n'a rien d'absolu, ni d'intangible. Il est plein de failles qui ne choquaient personne au XIX^e siècle et semblent encore pour la plupart fort bien tolérées. Les grands chevaux sur lesquels on est parfois tenté de monter sont bien imaginaires.

Prenons le droit pénal, dont la place au sein du système juridique est aujourd'hui préoccupante. Observons tout d'abord que le droit pénal se définit comme l'ensemble des

³⁵ D. Truchet, « État et marché », *Archives de philosophie du droit*, t. 40, Sirey, 1996, p. 314 et s.

³⁶ J.-F. Burgelin, « La justice. De l'autorité vers le pouvoir ? », *Revue des Deux Mondes*, janvier 1997, p. 39 et et s., spéc. p. 48.

³⁷ L. Richer, préc.

règles par lesquelles la société organise la sanction des violations qui sont perpétrées à l'encontre de ses règles essentielles. Le droit pénal, cœur du droit public, relève pourtant exclusivement de l'ordre judiciaire. Ce qui est critiquable n'est pas tant cette puissance que l'on feint d'ignorer d'un juge judiciaire sur toute activité, y compris l'activité administrative³⁸, puissance qui s'étend au contrôle de légalité, mais le fait qu'elle est exercée par un juge qui ignore la technique de l'administration et de son droit. Ainsi, le juge pénal est un juge bien mal préparé à traiter correctement la matière techniquement difficile des marchés publics.

Certes, on peut observer que, par une sorte de scorie de l'histoire, les juges administratifs possèdent un pouvoir de droit pénal en matière de contravention de voirie. Plus généralement, et sans s'arrêter à des distinctions de simple vocabulaire, la répression administrative s'est considérablement amplifiée. Mais cela n'aboutit qu'à brouiller l'organisation des compétences. D'une part, la répression en est de fait doublée et le Conseil constitutionnel s'est récemment ému de l'affront que cela constitue au regard de la règle *non bis in idem*, tandis que la doctrine y voit une « forme machiavélique de pénalisation »³⁹. D'autre part, le caractère répressif de cette activité administrative justifie de plus en plus la compétence du juge judiciaire à l'occasion des recours ; il en est ainsi en matière de concurrence et de droit financier.

Ainsi, parce que l'on voudrait en rester à une image de dualité des ordres de juridictions, impliquant ordinairement qu'il y ait répartition des matières, qui relèvent de l'un ou de l'autre ordre, et parce que cette répartition s'avère irréaliste, on en arrive à doubler le droit en l'insérant dans chacun des ordres de juridictions ! On a démontré qu'il y a dualité de la justice administrative - laquelle ne devrait naturellement n'appartenir qu'à l'ordre des juridictions administratives -, c'est-à-dire que le droit administratif se trouve aussi souvent appliqué par le juge judiciaire qu'il l'est par le juge administratif. On peut avancer qu'il y a désormais aussi dualité de la justice répressive - laquelle ne devrait naturellement n'appartenir qu'à l'ordre des juridictions judiciaires -, tantôt exercée par le juge judiciaire et tantôt exercée par le juge administratif. Certes, la façon dont le droit pénal est ainsi sorti de son lit est un dysfonctionnement du système juridique, mais il répond à une sorte d'appel d'air, le contraignant à pénétrer dans des matières pour lesquelles le juge ordinaire, celui en charge du droit des sociétés ou du droit des marchés publics, ne remplit pas son office d'une façon satisfaisante.

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. Seul le contentieux de l'annulation des actes réglementaires en réchappe. Le discours sur la dualité des ordres des juridictions judiciaires et administratives nous cache la véritable organisation qui prévaut en droit français : les dualités de la justice administrative, qui s'exprime dans chacun des deux ordres, et la dualité de la justice répressive, qui s'organise pareillement.

L'observateur y voit du « bricolage »⁴⁰, la science de l'organisation y verrait un gâchis, ceux qui pensent que l'excès de droit tue le droit un signe de déclin. Il ne s'agit

³⁸ P. Delvolvé, « Répression, droit pénal et droit administratif », in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz « Thèmes et commentaires », à paraître.

³⁹ J.-H. Robert, « La dépénalisation », ce volume.

⁴⁰ F. Terré, « Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel », *AJDA* 1990, p. 595.

pas en effet de prendre le pouls de ce qui serait une avancée ou un recul de chacun des ordres, chaque fois que la compétence de l'un s'accroît au détriment de celle de l'autre, notamment par le jeu de la théorie des blocs de compétence⁴¹ car on ne saurait souhaiter la suprématie de l'un ou de l'autre.

Constatons plutôt que cette duplication des justices administrative et répressive oblige à poser des questions techniquement difficiles et doctrinalement incertaines quant à la puissance de la transposition et au respect qui serait dû au droit administratif, voire au contentieux administratif, lorsqu'il est manié par le juge judiciaire. Que l'on soit contraint d'affirmer, car la logique guide vers cela, que la Cour d'appel de Paris est une juridiction administrative suffit à montrer que le principe de dualité des ordres de juridictions a entraîné la confusion⁴². Qu'il faille consacrer des trésors d'argumentation et de finesse pour distinguer dans la matière pénale la répression judiciaire et celle administrative le confirme encore⁴³.

Apparaît alors un nouveau mystère dans la présentation de la dualité des ordres de juridictions : celle-ci apparaît claire, simple, bien lissée, alors que nous avons à faire, à travers l'éclatement des contentieux, à une véritable pagaille organisationnelle. Prenons l'exemple du contentieux fiscal⁴⁴. Son organisation n'est pas le fait de l'application d'une théorie mais la construction historique relativement aléatoire d'une répartition au coup par coup. La doctrine a intelligemment reconstitué une *ratio legis* en opérant la répartition suivant que l'office du juge exige ou non l'interprétation et le contrôle d'un acte administratif⁴⁵, mais le contribuable, individu ou entreprise, ne peut que souffrir d'un tel écartèlement.

L'éclatement et les redondances ainsi observés ne peuvent alors trouver qu'une solution pragmatique, sans plus de considération pour une perspective hiérarchique : spontanément, et même si les juridictions n'y sont pas contraintes, les juges rapprochent de

⁴¹ Dans cette sorte de guerre des tranchées, on peut citer l'exemple du regroupement du contentieux de la responsabilité avec celui de l'annulation des actes de la COB au profit du juge judiciaire (T. confl., 22 juin 1992, *Compagnie des diamantaires d'Anvers*, JCP 1993, II, 22035) ou celui du regroupement du contentieux des agents des services publics administratifs au profit du juge administratif (T. confl., 25 mars 1996, *Berkani*, *Petites affiches* du 15 janvier 1997, p. 19 et s., note S. Alberelli-Francfort). L'organisation du droit des télécommunications est affecté par ces tensions, qu'il s'agisse du droit jurisprudentiel (v. not. Com., 6 mai 1996, *RFD adm.* 1996, p. 1160, et l'étude critique qui en est faite par B. Seiller, *Le droit communautaire et le principe de séparation des autorités*) ou des textes nouveaux, notamment la loi du 26 juillet 1996.

⁴² P. Delvolvé, *La cour d'appel de Paris, juridiction administrative*, Études offertes à Jean-Marie Auby, préc., p. 47 et s. ; du même auteur, v. aussi, « La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bull. Joly* 1989, p. 499 et s. ; dans le même sens, v. J.-J. Israël, *Contentieux administratif et contentieux de la concurrence*, Mélanges R. Chapus, préc., p. 315 et s.

⁴³ V., par ex., M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Économica, 1992.

⁴⁴ G. Gest, « Dualité de juridiction et unité du droit fiscal », in *La dualité de juridictions en France et à l'étranger*, préc., p. 822 et s.

⁴⁵ J.-J. Bienvenu, « Variations sur les difficultés de fonder le partage des compétences juridictionnelles », *RF fin. publ.* 1987, n°17, p. 31 et s.

fait leurs solutions, tant procédurales ⁴⁶ que substantielles ⁴⁷, de façon à tempérer les inconvénients relevés.

En définitive, le principe de dualité des ordres de juridictions est surtout délétère en ce qu'il appartient à l'ordre du fantasme. Apparaît encore un autre mystère : pourquoi tant écrire sur un principe qui relève du discours, les discours sur le discours le rendant plus vivace à chaque fois ? Même lorsque l'étude prend un tour critique dans l'examen qu'elle mène du principe de dualité des ordres de juridictions, la doctrine reconnaissant d'ailleurs en faire ses « délices » ⁴⁸, elle contribue à faire croire à sa réalité, réalité critiquable mais réalité qui serait acquise. Mais, cette image que la *vulgate* véhicule ressemble à un mirage, ne laissant place qu'à l'approbation ou à la critique.

L'enjeu n'est peut-être pas dans ce choix d'adhésion ou de rejet : il s'agit plutôt de dissiper cette présentation d'une réalité qui est autre. La multiplication des organismes s'apparentant à des juridictions mais néanmoins rétifs à une insertion dans un ordre ou dans l'autre montre que la dualité des ordres de juridictions est un colosse aux pieds d'argile, en ce qu'elle ne rend pas compte de la réalité. Ainsi, des contentieux se développent hors de cette dualité, et parmi les plus importants : le contentieux de la concurrence, celui du marché financier, le contentieux constitutionnel. Et que dire du droit communautaire ? Nous nous épuiserions à les faire entrer dans un ordre ou dans un autre. La pression vient alors de l'intérieur du système, ce qui conduit un auteur à utiliser le terme d'« implosion » ⁴⁹. L'idée de *summa divisio* s'efface d'elle-même.

L'unification juridictionnelle du système juridique français relève dès lors du réajustement plus que de la révolution. L'examen des organisations dissipe les mirages et la démystification transperce les mystères. Il convient d'autant plus d'y procéder qu'en raison de la source véritable de cet état des choses en France, à savoir une représentation doctrinale de l'histoire et de la technique, le rend incompréhensible aux autres cultures, notamment à celle qui n'ont jamais conféré à l'administration un statut philosophiquement exorbitant par référence à une quasi-divinité de l'État.

Lorsque l'irréductibilité d'une organisation tient non pas dans sa technique, sa nature ou son fondement, mais dans l'originalité d'un discours qui porte sur elle et la reconstitue, l'incompréhension est un vice sérieux. Or, les autres systèmes juridiques, qui connaissent bien sûr le principe de juges spécialisés, voire de juridictions particulières, ignorent le principe de dualité des ordres de juridictions. Est-ce si grave ? Ce n'est pas parce qu'un système d'organisation est original, donc isolé, qu'il ne doit pas perdurer.

⁴⁶ G. Rouhette, *L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès*, Mélanges P. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 687 et s.

⁴⁷ On peut prendre l'exemple du droit des obligations, droit commun, vers lequel convergent les droits public et privé du contrat (R. Drago, « Le contrat administratif aujourd'hui », in *Le contrat*, Droits, n° 12, 1990, p. 117 et s.) et les droits public et privé de la responsabilité (R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, Thèse, 1954).

⁴⁸ F. Julien-Lafferrière, « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? », in *L'unité du droit*, Mélanges R. Drago, Economica, 1996, p. 395.

⁴⁹ M. Bazex, *L'implosion du dualisme de juridictions*, Pouvoirs, 1988, n° 46, p. 350. Sur l'existence par ailleurs de forces centripètes exercées par les autres systèmes juridiques, v. *infra*.

Mais il convient ici de faire usage à la théorie luhmanienne du droit. La théorie complexe de Niklas Luhmann a l'ambition, étonnante de nos jours, de donner une explication globale de la société, décrite comme une mise en place de corrélations entre sous-systèmes sociaux - dont le système juridique - afin d'atteindre une auto-organisation. L'un des intérêts de cette féconde approche tient dans l'affirmation que les personnes n'ont pas à l'égard des règles qu'un comportement hiérarchique, de soumission, en raison d'une normativité de la règle. Les personnes ont également une démarche cognitive, la connaissance qu'ils ont des règles orientant leur comportement, dans une coïncidence ainsi obtenue entre celui-ci et la règle ⁵⁰.

Dans la mesure où le phénomène de mondialisation, de l'économie et de l'information notamment, tendrait à instaurer les systèmes nationaux en sous-systèmes mondiaux, devant être pareillement corrélés et connus, la normativité se transformant elle-même en phénomène cognitif, le phénomène d'incompréhension que l'on utilise souvent à propos de la dualité des ordres de juridictions comme argument accessoire, voire que l'on présente comme un argument odieux en ce qu'il porterait atteinte à la souveraineté de la France, doit être reconsidéré et se voir reconnaître une portée déterminante. Ainsi, même si l'on estime à juste titre que la justice administrative est le « chef d'œuvre » de la France ⁵¹, le droit français se constituant ainsi ontologiquement comme un « droit national » ⁵², la pression centripète des autres systèmes juridiques sur le système français peut être analysée comme un phénomène cognitif et non comme un phénomène de force, que porterait atteinte à l'autorité française.

Dans ces conditions, ce n'est pas déchoir que d'affirmer la supériorité d'un système mettant dans une organisation juridictionnelle unique des juridictions spécialisées, ou des formations spécialisées de juridictions, en ce qu'il est compris et pratiqué de toutes parts. En outre, indépendamment même de la reconstruction des théories à partir des prérogatives des individus, la procédure est faite pour le justiciable parce que le droit est fait pour les hommes, et non l'inverse. On peut critiquer la multiplication des droits subjectifs ⁵³ mais très difficilement cette règle d'or des fins du droit. En l'état actuel, le justiciable doit déterminer lui-même l'ordre de juridictions compétent pour connaître de sa demande. S'il se trompe, les années couleront avant qu'un examen au fond soit possible.

⁵⁰ Sur Niklas Luhmann, cf « L'Unité du système juridique » (*Archives*, T. 31, p. 163-188), « Capitalisme et Utopie » (dans ce volume) ainsi que G. Teubner, *Droit et réflexivité*, Story Scientia, 1995 et J. Clam, *Fondés en contingence. Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann*, PUF « Droit, éthique, société » (à paraître) ; « Phénoménologie de Niklas Luhmann » (*Archives*, t. 39, p. 335-379). On peut aussi se référer avec profit à la présentation qu'en font ses contradicteurs. Ainsi, Jürgen Habermas expose : « En premier lieu, Luhmann dépouille les attentes de comportement normativement généralisées de leur caractère déontologique ou obligatoire. Il fait disparaître le sens illocutoire des commandement (ainsi que des interdictions et des permissions) et supprime, du même coup, l'effet d'engagement propre à ces actes de parole. En effet, il réinterprète les attentes de comportements normatives, du point de vue d'une théorie de l'apprentissage, comme une variante d'atteintes purement cognitives, qui ne reposent pas sur des autorisations mais sur des pronostics » (*in Droit et morale*, Seuil « Traces écrites », 1997).

⁵¹ P. Sandevor, préc., p. 11.

⁵² R. Sacco, « Rapport de synthèse », in *La circulation du modèle juridique français*, Tr. Ass. H. Capitant, t. XLIV, Litec, 1993, n°12, p. 13.

⁵³ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion « Forum », 1996.

Dans un ordre unique, le renvoi d'une juridiction à l'autre est facilité car le juge initialement saisi doit indiquer devant quelle juridiction porter l'action. Plus encore, si le tribunal administratif n'était qu'une formation particulière de la juridiction ordinaire, cela relèverait de l'office du président que de faire inscrire l'affaire au rôle de la chambre compétente. Dans une conception motulskienne du procès, construit lui sur la *summa divisio* du fait et du droit ⁵⁴, on devrait considérer que la compétence est affaire de droit et qu'on ne peut faire supporter aux parties, qui n'ont en charge que l'élaboration de l'édifice de faits et l'énoncé d'une prétention, un tel travail juridique de détermination.

Ainsi, les tribunaux administratifs pourraient s'insérer dans les tribunaux de grande instance, les cours administratives d'appel dans les cours d'appel, et la section contentieuse du Conseil d'État prend rang de septième chambre de la Cour de cassation. Il pourrait être adéquat de modifier les appellations des juridictions accueillantes afin de montrer ostensiblement et comme il convient, qu'elles en sont transformées et qu'il ne s'agit en rien d'anéantir le juge administratif.

Tout au contraire, la réunification des ordres de juridictions aurait un effet bénéfice important : mettre fin au dualisme de la justice administrative, qui conduit actuellement à faire juger de la matière administrative par un juge judiciaire qui n'est pas formé pour cela. Or, la compétence au sens procédural ne se justifie vraiment aujourd'hui que si elle coïncide avec son homonyme de compétence technique ⁵⁵. Elle aurait un autre mérite : saluer dans le Conseil d'État la formation qui, grâce à une indépendance et une compétence que nul ne songe à lui contester, donne au gouvernement de la France des avis sur l'exercice que celui-ci entend faire de son pouvoir exécutif. La fonction contentieuse du Conseil d'État vient brouiller cette fonction, voire l'entrave, et risque d'ailleurs de se heurter à l'évolution de la jurisprudence européenne ⁵⁶. Ce dualisme de fonctions au sein d'un même organe nuit à la place de celui-ci dans l'ordonnement juridique. L'unité du droit est son avenir ⁵⁷ ; c'est préserver la matière et le droit administratifs, montrer son attachement au droit, se soucier de leur pérennité, que de s'exprimer ainsi.

Roland Drago
Institut de France
23 quai Conti
75006 Paris

Marie-Anne Frison-Roche
25 avenue Rapp
75007 Paris

⁵⁴ V., par ex., *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, Études de droit contemporain, Sirey, 1959, fasc. XV, t. 2, p. 355 et s.

⁵⁵ V. *infra*.

⁵⁶ CEDH, 28 septembre 1995, *Procola*, RFD adm. 1996, p. 777, note J.-L. Autin et F. Sudre.

⁵⁷ M. Long, « L'état actuel de la dualité de juridictions », in *La dualité de juridictions en France et à l'étranger*, préc., p. 7.