

Justice administrative et dualité de juridictions (*)

« Tous les hommes qui, dans l'histoire, ont eu une action réelle sur l'avenir, avaient les yeux fixés sur le passé. »

G.K. CHESTERTON.

1 - Plus que toute autre institution, c'est sur le terrain de la pratique que la justice peut être valablement appréciée. Même en atteignant son point culminant de perfection, elle doit continuellement subir des retouches ; si ce ne sont des réformes profondes, tendant à l'améliorer, à réduire autant que possible, ses lacunes; plus précisément, ce qui est susceptible de constituer une entrave entre l'opprimé et le juge. Ce n'est pas sans raison, ni un hasard, si dans la sagesse arabe, on inculquait avec insistance que la justice est la base du pouvoir. Cet axiome, fort ancien, mais valable pour toute époque, trouve une application remarquable et pleinement illustrée non seulement lorsqu'il s'agit de justice tout court, régissant les relations entre particuliers, mais encore, et avec nettement plus de rigueur, lorsqu'il s'agit de justice administrative.

Dès le recouvrement de l'indépendance, le Maroc, conscient de la nécessité d'instaurer les bases d'une justice administrative, sans laquelle toute entreprise démocratique s'effondrerait, compléta le système édifié sous le protectorat ⁽¹⁾ par la création d'une Cour suprême⁽²⁾ compétente pour statuer en dernier ressort sur tous les litiges qui, naguère, ressortissaient à ce niveau à la Cour de cassation française ⁽³⁾, et en premier et dernier ressort, sur les recours en annulation pour excès de pouvoir.

Depuis lors jusqu'à aujourd'hui, toutes les évaluations faites à propos de cette justice ont mis l'accent sur le faible nombre de recours et, de ce fait, sur la protection très précaire de l'usager de l'administration ⁽⁴⁾. Après donc plus de trente ans d'expérience, le système gagne à être réformé; et c'est justement dans cette optique qu'une loi votée le 12 juillet 1991 a créé les tribunaux administratifs ⁽⁵⁾. Pièce maîtresse de la réforme, ces tribunaux inspirent quelques réflexions.

2 - En soi, l'institution de tribunaux administratifs est une initiative si louable, si sécurisante que tout juriste de quelque formation qu'il soit ne peut que saluer avec révérence et

* Revue juridique politique et économique du Maroc n° 27, p. 37.

¹ Dahir du 12 août 1913, relatif à l'organisation judiciaire.

² Dahir du 27 septembre 1957, instituant la Cour Suprême.

³ A. Michel, Traité du contentieux administratif au Maroc, PUF. 1932 ; R. Monier, Traité du contentieux administratif au Maroc, Sirey, 1935 ; O. Renard-Payen, L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux, LG.D.J. 1964.

⁴ La Cour suprême ne rend qu'une quarantaine d'arrêts par an en matière de recours pour excès de pouvoir.

⁵ B.O. du 3 novembre 1993 n° 4227.

confiance sans chercher le moins du monde à la remettre en cause de crainte que l'on se méprenne sur ses réserves.

Néanmoins, on ne doit pas se dissimuler que parfois une innovation juridique a pour effet d'entraîner un certain nombre de conséquences qui avec le temps peuvent s'avérer très fâcheuses au point de constituer une zone d'ombre qui amoindrit tout l'éclat des résultats positifs produits par l'innovation elle-même. En somme, en procédant au bilan prospectif, coût-avantage, on se rend compte que les résultats escomptés peuvent se révéler très peu satisfaisants au regard des effets secondaires qui les accompagneront ⁽⁶⁾. Comment cela?

Ce projet de loi instituant les tribunaux administratifs entend faire ressortir à la compétence de ces derniers, outre une catégorie de recours pour excès de pouvoir, ce qui est un rapprochement de la justice des administrés, également tout le domaine de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle de l'administration ⁽⁷⁾. Or, ce faisant, on ne manquera pas de voir l'activité administrative relever par le jeu du critère matériel ⁽⁸⁾, tantôt du juge administratif, tantôt du juge ordinaire. Ce qui acheminera inévitablement vers un système de dualité de juridictions. Est-on alors condamné, pour garantir une véritable justice administrative à n'opter que pour un tel système? Nous ne le pensons pas, car ce système, œuvre pleinement réussie grâce à une abondante jurisprudence et une ingénieuse doctrine, est le produit d'une conception purement française du principe de la séparation des pouvoirs.

3 - En effet, parmi les pays de la Communauté économique européenne, la France est le seul Etat à avoir un système tout à fait particulier, *sui generis*, de contentieux administratif. C'est un système de double ordre de juridiction dont un seul est compétent pour connaître, sauf exception légale, de l'ensemble des litiges administratifs. En dehors de la Grèce qui depuis les Constitutions de 1952 et 1975, s'en est étroitement rapprochée ⁽⁹⁾, tous les autres Etats, avec des variantes parfois importantes que justifient des facteurs historiques, ont adopté un système où le contentieux objectif appartient à un juge spécial - administratif - et le plein contentieux relève de la compétence du juge ordinaire ⁽¹⁰⁾. A ce propos, un survol très rapide de différentes organisations judiciaires de quelques pays permet d'observer que chaque système a une origine qui plonge ses racines dans l'histoire lointaine tout en aspirant à s'adapter à des besoins nouveaux, mais sans que cela n'entraîne sa complète métamorphose.

Ainsi, si l'on prend l'exemple de la République Fédérale d'Allemagne, on se rend compte

⁶ M.A.Benabdallah, *Les tribunaux administratifs: A propos d'une loi en gestation*, Administration et Société. 1991, n° 3, p. 25.

⁷ En application du Code de Procédure civile de 1974, cette responsabilité est actuellement du ressort des tribunaux de première instance.

⁸ M. Rousset et autres, *Droit administratif marocain*, Rabat, 1984, p. 8 et suiv. et 521 et suiv.

⁹ E. Spiliotopoulos, *La dualité de juridiction en Grèce*, RFDA. 1990, n° 5. p. 877.

¹⁰ R Drago, *Actualité du principe de séparation en France et dans les Etats de la C.E.E.*, A.J.D.A. 1990. n° 9. p. 582.

que le système en place est le résultat d'un processus bien antérieur à l'unification de l'Empire par Bismarck, puisque, déjà à la fin du XVII^e siècle, il existait, en matière administrative, des juridictions spéciales dont les plus importantes étaient les "chambres de justice", (*Justizkammern*) compétentes pour apprécier les mesures de police ⁽¹¹⁾. N'empêche cependant que le plus gros des affaires administratives relevait des tribunaux ordinaires. L'établissement de l'équivalent d'une juridiction administrative eut lieu dans les Etats de l'Allemagne du Sud, sans doute influencés par les idées de la Révolution française, et, surtout, la création du Conseil d'Etat par Napoléon, puisque généralement l'examen des recours des administrés était confié à un organisme gouvernemental portant le nom de Conseil secret (*Geheimer Rat*) qui jouissait pratiquement des mêmes atouts que le Conseil d'Etat français. Les Etats du Nord, quant à eux, tout en réaffirmant au début du XIX^e siècle, la compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative, adoptèrent, plus tard, des lois tendant à leur retirer une grande partie du contentieux administratif qui devint de la compétence de l'administration elle-même. Cet état de fait demeurera jusqu'à sa condamnation formelle par le paragraphe 148 du projet de Constitution impériale de 1848, proclamant la cessation de l'exercice de la justice par l'administration elle-même. Cette proclamation, considérée comme le point de départ d'un mouvement tendant à créer dans toute l'Allemagne des juridictions administratives, eut pour conséquence l'édiction dans le Duché de Bade, une loi du 5 octobre 1863, instituant une Cour de justice administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) exemple qui fut suivi par les autres Etats après la fondation du II^e Reich ⁽¹²⁾. Actuellement, il existe en Allemagne cinq ordres de juridiction - six, si l'on compte la juridiction constitutionnelle - dont deux connaissent des affaires administratives. La juridiction administrative chargée des recours en annulation, et la juridiction ordinaire compétente en matière de responsabilité ⁽¹³⁾.

On retrouve cette dichotomie du contentieux administratif dans tous les autres pays de la C.E.E. à quelques variantes près, liées à des raisons historiques, en Belgique, en Italie, au Luxembourg et aux Pays Bas ⁽¹⁴⁾. Seule la Grande Bretagne, loin des influences continentales, et certainement favorisée par sa situation insulaire, se particularise par un système bien original.

Il consiste dans l'existence de soixante dix tribunaux administratifs regroupés selon leur

¹¹ A ce propos, pour une étude détaillée, O. Mayer, *Le droit administratif allemand* Paris, 1903; Fleiner, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Delagrave, Paris, 1933, traduction, Ch. Eisenmann ; M. Martin, *Les juridictions administratives en Allemagne*, EDCE., 1952, p. 166.

¹² J.M. Auby et M. Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la C.E.E.*, Dalloz, 1971, p. 13.

¹³ A. Fischer, *Le contrôle juridictionnel de la légalité de l'action administrative en R.F.A.*, R.F.A.P. avril - juin 1984, n° 31, p. 8. L'auteur nous apprend que le contrôle de l'administration appartient aux tribunaux ordinaires comme étant une compétence de droit commun - article 19, alinéa 4 de la loi fondamentale. Cf, également, C. Auxitier, *La dualité du droit applicable à l'administration et la pluralité de juridictions en matière administrative en Allemagne*, RFDA., 1990, n° 5. p. 863.

¹⁴ J.M. Auby et M. Fromont, *op. cit.* respectivement, p. 139, 285, 341 et 371.

vocation en cinq grandes catégories ⁽¹⁵⁾. Ces tribunaux, tirant leur origine lointaine du développement de l'Etat-Providence qui s'accompagna à la fin du XIXème siècle de la mise en place de structures destinées à statuer sur les réclamations des administrés, ont été créés en 1958 ⁽¹⁶⁾. Toutefois, il est important de signaler qu'ils ne forment pas un ordre juridictionnel indépendant, pas plus d'ailleurs qu'ils ne constituent des juridictions *stricto sensu* en ce sens "qu'ils s'intègrent dans le système ministériel au titre d'une justice retenue et voient leur action coordonnée par le *Concil on Tribunals* ⁽¹⁷⁾, spécialisés néanmoins en matière de litiges opposant les particuliers à l'administration, ils demeurent fidèles à la tradition britannique de la *Common-law* qui se distingue sur de nombreux points de la justice administrative dans un pays de dualité de juridictions ⁽¹⁸⁾.

4 - Ce bref survol permet de constater que l'existence d'une justice administrative n'est pas subordonnée à celle de la dualité de juridictions. Non point que cette dernière soit une inutilité juridique, ou ne soit pas justifiée au plan historique. Tant s'en faut ! Car là réside en réalité le nœud gordien de la question à laquelle on se propose de réfléchir. Pourquoi, dans certains pays, existe-t-il des systèmes identiques qui se différencient du système de dualité de juridictions dont le berceau se trouve en France ⁽¹⁹⁾ ? La réponse à cette interrogation ne peut résulter que d'une lecture attentive de l'Histoire de ce système, des raisons qui ont été à sa base et qui ont finalement conduit à la création de tribunaux administratifs. Par ailleurs, puisque l'on projette actuellement au Maroc de créer des tribunaux administratifs à l'image de ce qui existe en France, il ne serait pas inconvenant de procéder avec le respect que l'on doit à tout système de quelque pays qu'il soit, à une évaluation critique inspirée précisément par des travaux d'auteurs du pays même qui abrite la dualité de juridictions.

- I -

Les raisons du système de dualité de juridiction

5 - Se pencher sur les raisons de la création - ou, comme on le remarquera, de l'éclosion - du système de juridictions, c'est faire état de son histoire et des étapes successives de son institutionnalisation. A cet égard, on peut relever qu'il ne s'agit pas d'un système choisi, créé *ex nihilo* ; il n'est pas le produit d'une réflexion d'un législateur soucieux de doter son

¹⁵ Les tribunaux économiques; les tribunaux fiscaux; les tribunaux sociaux, les tribunaux statuant sur certaines questions relatives aux libertés et les tribunaux immobiliers. Pour détails, P. Gérard, *Les tribunaux administratifs britanniques*, AJDA. 1991, p. 3 et suiv., J. Bell, *Unité ou dualité de juridictions en matière administrative au Royaume-Uni*, RFDA, 1990 n° 5 p. 892.

¹⁶ P. Gérard, *loc. cit.* p. 3.

¹⁷ R Drago, *loc. cit.* p. 583.

¹⁸ P. Gérard, *loc. cit.* p. 12.

¹⁹ Dans son article précité. le professeur Drago remarque, p. 581 qu' "il apparaît qu'il (le système français résultant de la loi de 1790) s'insère mal dans le cadre communautaire car le système français est pratiquement seul de son espèce, de sorte qu'il est possible que l'échéance de 1993 le mette dans une situation difficile".

pays d'une institution originale sans égal dans le vieux continent. La dualité de juridictions, c'est au contraire l'aboutissement d'un long processus historique dont l'orientation a été balisée par l'histoire de France, principalement la conception française de la justice à l'égard de l'administration, et dont les contours ont été définis, fixés par une nécessité impérieuse: protéger l'administré contre les abus des autorités administratives et les préjudices résultant de l'activité de l'administration.

- § 1-

La conception française de la justice à l'égard de l'administration

6 - A l'origine est le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires selon lequel, il est interdit aux tribunaux judiciaires de connaître des litiges administratifs⁽²⁰⁾. Toutefois, bien que ce principe ne date que de la période révolutionnaire, et soit rattaché à une conception française de la séparation des pouvoirs⁽²¹⁾, théorie qui, comme on le sait, fut systématisée dans "l'Esprit des lois" de Montesquieu, paru en 1748, force est de relever avec nombre d'auteurs⁽²²⁾ que, depuis que la fonction administrative s'est dissociée de la fonction juridictionnelle, on a de tout temps interdit à celle-ci de connaître des activités de celle-là⁽²³⁾, C'est alors sous l'Ancien Régime que furent semées les graines qui plus tard, récoltées par les hommes de la Révolution, sont devenues des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République"⁽²⁴⁾.

A- La tradition française de séparation des fonctions administratives et juridictionnelles.

7 - Plusieurs auteurs avancent, preuves à l'appui, que l'interdiction aux tribunaux de connaître des actes d'administration est une des règles les plus anciennes du droit public

²⁰ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, Thémis 1990, p. 115 et s ; J. Moreau, *Droit administratif*, PUF, 1989, p. 27.

²¹ C.C., n° 86. 224 D.C. du 23 janvier 1987, RDP, 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet, D.1988, 117 note F. Luchaire ; C.C., n° 89. 281 D.C. du 28 juillet 1989, AJDA, 1989, p. 619, note J. Chevallier.

²² C. Goyard, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Ed. Montchrestien 1962, p. 65 ; T. Cathala, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LG.D.J. 1966, p. 7 ; F.P. Benoit, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p.278.

²³ On ne cachera pas qu'il s'agit ici d'une vieille querelle doctrinale tout à fait dépassée par son inutilité. Si nous en faisons état c'est uniquement parce que dans une très large mesure, elle conforte l'idée que la dualité de juridictions a une histoire très lointaine qui d'après certains auteurs remonte à la période antérévolutionnaire.

²⁴ C.C. du 23 janvier 1987, précité, note 21.

français ⁽²⁵⁾. Dans un précieux article, le professeur F.P. Bénéoit ⁽²⁶⁾, s'érigeant en percutant défenseur de la dualité de juridictions en France, fonde une grande partie de son analyse sur l'idée que sous l'Ancien Régime fut édicté par Louis XIII, en février 1641, l'Edit de Saint Germain interdisant à la « Cour de parlement de Paris et toutes nos autres cours de prendre, à l'avenir, connaissance d'aucune affaire concernant l'Etat administration et gouvernement » ⁽²⁷⁾. Il poursuit que si, en France, il y a une dualité de juridictions, c'est que celle-ci est le prolongement naturel d'une tradition antérieure à la période révolutionnaire.

Sans trop insister sur ce point, qui n'est pas l'objet de notre propos, et vieille querelle doctrinale ⁽²⁸⁾, disons, pour faire bref, que de tout temps, en France, il y a eu une interdiction faite aux parlements, qui s'opposaient aux réformes royales par le pouvoir d'enregistrement ⁽²⁹⁾, de connaître des affaires de l'Administration. La juridiction administrative ne fut créée que bien plus tard pour combler une lacune engendrée par la proclamation du célèbre principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. C'est dire alors qu'il existe une tradition française plongeant ses racines dans les fins fonds de l'Ancien Régime, traduisant la volonté très ferme de soustraire "les requêtes portant sur un objet administratif ou fiscal" à la compétence des officiers de justice, pour les faire relever d'une formation spéciale qui apparaît comme l'ancêtre du Conseil d'Etat français actuel ⁽³⁰⁾.

Là est le premier facteur historique qui explique l'existence de la dualité de juridictions en France. Il existe, cependant, un second, bien plus connu, ce que Achille Mestre considérait comme l'acte de baptême du droit administratif, le Pater Noster de la matière, l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790.

B – La loi des 16-24 août 1790

8 - "Si, sous l'ancien Régime, la nécessité gouvernementale d'assurer l'indépendance des administrations publiques à l'égard des corps judiciaires, d'empêcher qu'on ne puisse, comme disait Loysel, "mettre la couronne au greffe", était en quelque sorte instinctive, après 1789, elle est devenue raisonnée; l'assemblée constituante l'a rattachée au principe

²⁵ E. Lafferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Ed. 1887, T.I, LGDJ, p. 10 Le célèbre auteur écrit, p. 109: "Aussi haut que l'on remonte dans notre histoire, depuis que des juridictions régulières ont été instituées, on ne trouve pas d'époque où les corps judiciaires chargés d'appliquer les lois civiles et criminelles aient été en même temps appelées à statuer sur les difficultés en matière d'administration publique", De son côté, T. Cathala, *op. cit.* avance, p. 7 : "Avant et après 1789, les mêmes principes furent mis en jeu, avant et après 1789, les mêmes esprits soutinrent la cause de l'Exécutif, qu'il soit monarchique ou républicain".

²⁶ F.P. Bénéoit, *Juridiction judiciaire et juridiction administrative*, JCP, 1964 - 1 - 1838.

²⁷ F.P. Bénéoit, *Les fondements de la justice administrative*, Mél. M.Waline, 1974, T. II. p.285.

²⁸ G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.* p. 98.

²⁹ E. Lafferrière, *op.cit.* p. 149.

³⁰ F.P. Bénéoit, *op.cit.* J.C.P. 1964 - 1 - 1838, §. 5

constitutionnel de la séparation des pouvoirs ⁽³¹⁾. Ce n'est pas sans raison que l'on parle aujourd'hui de la conception française de la séparation des pouvoirs ⁽³²⁾.

En effet, au lendemain de la Révolution ⁽³³⁾, on résolut de barrer la route à toute immixtion de la justice dans les affaires de l'Administration; on considérait, selon la formule de Portalis que "juger l'administration c'est aussi (encore) administrer ⁽³⁴⁾. Cette volonté s'exprima en termes on ne peut plus clairs dans deux articles ⁽³⁵⁾ qui expliquent toute l'évolution et la spécificité du droit administratif français. Elles ont entraîné, tel que l'enseignait le doyen Hauriou ⁽³⁶⁾ d'une part la séparation des fonctions administratives et judiciaires, et, d'autre part, la séparation des contentieux. Cette attitude fut inspirée par le souvenir des parlements - corps exerçant la justice - de l'ancien Régime qui, jaloux de leurs privilèges, s'opposaient aux réformes susceptibles de les désavantager. Ainsi, voyaient-ils une perte financière dans l'attribution de certains procès par le Roi à ses Intendants, car ils étaient rémunérés, non par un traitement fixe, mais par le "procédé des épices". Leurs revenus professionnels restaient tributaires du nombre et de l'importance des affaires qu'ils avaient à juger ⁽³⁷⁾. C'est alors la méfiance envers ce corps judiciaire qui explique la proclamation de la loi des 16-24 août 1790.

C'est donc à travers la tradition française que l'on peut voir les raisons lointaines de l'existence de la juridiction administrative. Lointaines, parce que, au moment de l'interdiction à l'autorité judiciaire de connaître des litiges administratifs, on ne songea guère à instituer dans l'immédiat, un corps, une juridiction nouvelle chargée de ces litiges. Celle-ci apparut au fil des années, au fur et à mesure que fut admise l'impérieuse nécessité de protéger l'administré contre l'administration.

- § 2 -

La nécessité de protéger l'administré contre l'administration

9 - Interdire aux tribunaux de connaître des litiges administratifs fut une option irrévocable;

³¹ E. Laferrière, *op.cit.* p. 11.

³² C.C., 28 juillet 1989, *précité*.

³³ D'après M.C. Tanugi, *La métamorphose de la démocratie*, éd. Odile Jacob, 1989, p. 66, le système de la dualité a permis aux hommes de la Révolution de conférer une respectabilité nouvelle à la doctrine déjà séculaire de la séparation des autorités administratives et judiciaires, régulièrement invoquée par la Monarchie pour protéger l'Etat naissant des Parlements ».

³⁴ A l'Assemblée constituante de 1790, Thouret s'exprimait en ces termes: "En général, l'esprit des grandes corporations judiciaires est un esprit ennemi de la régénération".

³⁵ Loi des 16-24 août 1790 et décret du 16 Fructidor an III.

³⁶ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1933, p. 335.

³⁷ M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey 1952, p. 24-25.

mais pouvait-on laisser l'administration sans juge ? Précisément, c'est ce souci qui amena plus tard à la création d'une juridiction administrative, car c'est en réaction à l'interdiction que naquit la juridiction chargée de juger l'administration. Ce qui lui octroya un privilège de juridiction ⁽³⁸⁾. Mais avant d'en arriver là, la justice administrative traversa des étapes qui s'échelonnèrent sur presque un siècle au cours duquel on optait pour un système que l'on voulait définitif sans dessein de le réformer, mais qui ne s'avérait par la suite qu'une étape transitoire vers la création d'une juridiction administrative et la dualité de juridictions ⁽³⁹⁾. Ainsi, de la théorie de l'administration-juge, on aboutit à la justice déléguée, instituée par la loi du 24 mai 1872.

A – La théorie de l'administration-juge

10 - Les juges ne pouvant "à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs..." , et les textes révolutionnaires n'ayant laissé subsister aucune des juridictions qui, dans l'ancien régime, connaissaient des affaires administratives, de finances et de comptabilité publique ⁽⁴⁰⁾, l'administration devint pratiquement sans juge ; de ce fait, il s'ensuivit que la solution à tout litige opposant le particulier à l'administration devint du ressort de l'administration elle-même.

Ainsi, le citoyen ayant subi un préjudice provoqué par l'action administrative, ou se plaignant de l'illégalité d'un acte de la puissance publique, ne pouvait formuler sa réclamation que devant les supérieurs hiérarchiques de l'organe avec lequel il était en litige ⁽⁴¹⁾. Les régimes politiques ayant varié, l'organe détenteur du pouvoir exécutif fut le Roi, assisté de ses ministres, puis le Conseil exécutif sous la Convention, et enfin le Directoire et les ministres sous le régime directorial ⁽⁴²⁾. C'était là, la seule possibilité de recours ; selon la formule consacrée, un recours à l'administration mieux informée ⁽⁴³⁾. En fait, une administration juge et partie,

³⁸ G. Vedel, *Droit administratif*, Thémis 1973, p. 72 et 73. "Il faut partir de l'idée que l'action administrative bénéficie de la règle de séparation. Nous disons "bénéficie" car il s'agit d'un privilège accordé à l'administration dans l'intérêt général sans doute, mais d'un privilège".

³⁹ M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972. L'auteur explique, p. 31, ... "Née d'une interprétation abusive du principe de la séparation des pouvoirs interdisant aux tribunaux ordinaires de connaître des actes administratifs, et après avoir créé au sein même de l'administration des organismes compétents pour apprécier les droits des particuliers, la justice administrative s'est développée à mesure qu'était admise et étendue, l'idée que l'individu pourrait avoir des droits à l'encontre de l'Etat et qu'il leur fallait la sanction d'un juge".

⁴⁰ Traitant de l'esprit général de la nouvelle législation de l'époque, E. Laferrière, *op.cit.* énumère, p.148, toutes les juridictions supprimées au lendemain de la révolution.

⁴¹ On retrouve ici les origines de la notion de recours administratif préalable.

⁴² E. Laferrière, *op.cit.* p. 153 et s.

⁴³ "Je demande un juge afin qu'il soit constaté que la loi reconnaît en moi un droit violé par l'administration, on me donne pour juge mon adversaire; je me plains et l'on me répond qu'ainsi le veut la division des pouvoirs" Lejeune. Cf. M. Gjidara, *op.cit.* p. 27.

En l'an VIII, fut créé le Conseil d'Etat qui se vit attribuer un rôle purement consultatif consistant à proposer au Chef de l'Etat, les solutions aux litiges mettant en cause l'administration. C'est la période de la justice retenue, car c'est au Chef de l'Etat qu'il revenait d'adopter ou de rejeter l'avis de son Conseil; mais ne se croyant pas meilleur juriste que ses conseillers, il "s'en remettait à eux et apposait sa signature sans changer pratiquement quoi que ce fût à l'avis"⁽⁴⁴⁾.

Ainsi, commençaient à se dessiner en filigrane, la nouvelle attribution du Conseil d'Etat et des Conseils de préfectures et, en même temps, la naissance d'une juridiction administrative et, par là, de la dualité de juridictions. Le nouvel ordre de juridiction exerça la justice déléguée dans un premier temps, de 1848 à 1852, sous la deuxième République⁽⁴⁵⁾, puis à titre définitif avec la promulgation de la loi, toujours en vigueur, du 24 mai 1872.

B – La justice déléguée

11- C'est avec la justice déléguée que naquit une juridiction administrative statuant souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives. Cette juridiction vint corriger les erreurs du passé. Soustraire l'administration au contrôle judiciaire n'était pas une option de nature à régler les litiges l'opposant aux particuliers. On constitua une juridiction spéciale pour tempérer les conséquences de l'immunité juridictionnelle que l'on a transformées en privilège de juridiction. On a doté l'administration d'un juge recruté en son sein, conscient des impératifs de son action⁽⁴⁶⁾. C'est dans cet esprit qu'est née la juridiction administrative. Mais cette naissance devant inévitablement entraîner des conflits de compétences avec la juridiction civile déjà existante, on décida d'instituer par la même loi du 24 mai 1872, un Tribunal des conflits. A ce tribunal, consécration éclatante de la dualité de juridictions, on confia la tâche de dire qui des deux ordres de juridictions est compétent pour statuer sur une affaire concernant l'administration.

C'est à partir de cette date que commença à se développer une véritable jurisprudence administrative, où le juge s'est révélé le créateur de normes juridiques, de principes et de règles qui, plus tard, furent adoptés par le législateur. Ici, curieusement, par comparaison aux autres domaines du droit, où la législation était abondante, c'est le juge qui a précédé dans nombre de cas le législateur dans l'élaboration de la norme juridique. Cette possibilité lui a été offerte, ou le devoir imposé, du fait que la juridiction administrative se trouvant devant un vide juridique n'était pas obligée de puiser dans le droit commun, mais plutôt

⁴⁴ M. Waline, *op. cit.* p. 24.

⁴⁵ E. Laferrière, *op. cit.* p. 212 et s.

⁴⁶ R.G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, 1969, p. 147 ; J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, p. 12.

devait régler les litiges en tenant compte de la nécessité de protéger le citoyen et de l'impératif de respecter l'intérêt général.

La juridiction administrative a fait l'objet de plusieurs réformes tendant à la rapprocher du justiciable. L'encombrement du Conseil d'Etat a conduit, en 1953, à la création de tribunaux administratifs, puis, en 1987, à la création de cours administratives d'appel ⁽⁴⁷⁾. Ces réformes, intervenues plus pour perfectionner que pour corriger, dénotent la réussite d'un système qui demeure en parfaite concordance avec son origine historique.

*

* *

12 - La dualité de juridictions n'est pas un choix délibéré; c'est une conséquence d'un processus historique dont le déclenchement remonte pour la majorité des auteurs à la période révolutionnaire, et pour certains - ce qui, du reste, lui donne plus de racines et de force - à l'époque de l'Ancien Régime. S'il n'existe pas ailleurs dans les pays proches voisins de son pays natal, c'est que, précisément, non seulement on ne lui a pas trouvé de raisons historiques permettant la réussite de sa greffe, mais que - et c'est le plus important - à travers son évaluation critique, il ne présente pas que des avantages.

- II -

L'évaluation critique du système de dualité de juridictions

13 - Tel qu'il existe dans son pays natal, le système de dualité de juridictions est une belle réussite pour que l'on puisse valablement lui trouver des défauts; ceux-ci étant grandement compensés par nombres d'avantages et de qualités qui font l'admiration de tous les juristes ⁽⁴⁸⁾. Mais on ne doit pas perdre de vue qu'il est certaines institutions - et la dualité, pensons-nous, en est une - dont la réussite est assujettie à un ensemble de facteurs historiques, socio-culturels qui, conjugués, forment un tout sans lequel toute l'institution, bien que satisfaisante à courte échéance, peut s'avérer un échec à long terme. A ce sujet, nous pensons qu'il est périlleux de transplanter un système de deux siècles d'âge dans un quelconque pays sans que les difficultés ou les complications dont il est porteur, et qui ont

⁴⁷ G. Braibant, *Le droit administratif français*, Dalloz., coll. Amphithéâtre, 1988, p. 484.

⁴⁸ Parmi les qualités qui suscitent l'admiration, il y a précisément la grande part de subtilité que l'on retrouve dans différents arrêts, révélatrice justement des complexités et des nuances accumulées au long de plusieurs décades depuis la création de la juridiction administrative. Cependant, on voudrait mentionner que tant que ces complexités et ces nuances font partie si l'on ose dire du destin d'un pays, de son patrimoine, on ne peut que s'incliner, mais quand elles doivent être le résultat, la conséquence d'un choix délibéré, on a du mal à dissimuler l'hésitation ; le choix ne se fait que d'une main tremblante.

pu y être aplanies avec le temps, pour n'être que des embûches sans grande importance, ne constituent des obstacles de taille difficilement maîtrisables dans le pays receveur.

Dans cette optique, on peut observer avec une doctrine quasi unanime ⁽⁴⁹⁾ que le dualisme juridictionnel recèle des difficultés tenant, entre autres ⁽⁵⁰⁾ à la détermination de compétence et à la contrariété des jugements.

- § 1 -

La détermination de l'ordre juridique compétent

14 - Si le dualisme juridictionnel pouvait se réaliser sans poser le redoutable problème du critère de compétence, à coup sûr, il serait un système parfait. Sans doute, retrouve-t-on le problème du critère même dans les systèmes d'unité de juridiction adoptant une dualité de droit, tel le Maroc, mais le fait est que, ici, son impact demeure interne à la juridiction sans incidences substantielles sur les justiciables. Dans le système de dualité, le domaine d'application du droit administratif se révèle parfois un lit de Procuste très variable, devant lequel les juges des deux juridictions doivent, chacun de sa hachette, tailler, selon ses vues, la matière qu'il considère comme sienne. Ce n'est donc pas sans raison que, depuis sa création avec l'institution de la justice déléguée, le Tribunal des conflits s'est vu attribuer la fonction traditionnelle, complétée par des textes ultérieurs, d'arbitre suprême des deux ordres de juridiction. .

Les conflits de frontières, tout en étant l'occasion de savoureuses et instructives joutes doctrinales ⁽⁵¹⁾, posent malheureusement pour le justiciable le cruel problème de la recherche de son juge.

A – Les conflits de frontières entre les deux ordres de juridiction

15 - Même les plus fervents défenseurs ⁽⁵²⁾ de la dualité de juridictions reconnaissent qu'elle n'est pas sans engendrer des difficultés de répartition des compétences, et que tout

⁴⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, Ed. Montchrestien, p. 508; J. Moreau, *op. cit.* p. 497 ; J. C. Groschens, *Réflexions sur la dualité de juridiction*, AJDA, 1963, p.537.

⁵⁰ Le problème des questions préjudicielles. A ce propos. Y. Gaudemet, *Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions*, RFDA, 1990, n° 5. p. 764.

⁵¹ Sauf erreur, c'est sans doute le chapitre de droit administratif qui, surtout dans les années 50 et 60, fut le plus débattu. Sans être exhaustif, on citera, au gré de la plume, les études célèbres de : G. Vedel, EDCE. 1954, p. 21 ; J. Rivero, RDP, 1953, p. 279 ; R. Latournerie, EDCE, 1960, p. 61, M. Waline, RD.P. 1961, p. 708 ; A. De Laubadère; AJDA, 1961, p. 591 ; R. Chapus, RDP, 1968, p. 235 ; P. Amsselek, AJDA, 1968, P. 492 ; C. Eisenmann, RDP, 1972, p. 1345... etc...

⁵² F.P. Bénoit, *op.cit.* J.C.P. 1964 - I - 1838, §. 47.

partage en ce domaine entraîne nécessairement des conflits de frontières. L'image de frontière ou de ligne de démarcation, si évocatrice soit-elle, ne reflète pas tout à fait les réalités du droit positif car, parfois, elle doit s'effacer au profit de "celle d'une province commune à deux Etats limitrophes, d'une "zone" de compétences concurrentes (⁵³). C'est évidemment tout le problème du domaine d'application du droit administratif dû à une absence compréhensible de définition légale ou même jurisprudentielle de la matière administrative (⁵⁴).

Depuis deux siècles en effet, tous les critères qui se sont succédé ont eu un succès bien éphémère pour que l'on puisse les considérer comme rendant fidèlement et durablement compte de la réalité du droit positif.

La notion d'administration partie au litige, première ébauche de répartition des compétences ne fit pas long feu. La distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, prônée par Laferrière, était beaucoup plus une vue d'auteur qu'une description précise de l'état de la jurisprudence (⁵⁵).

Le critère de gestion publique adopté par les tribunaux judiciaires plus que par la juridiction administrative fut relégué en arrière-plan avant de resurgir plus tard dans l'arrêt *Blanco* (⁵⁶) au profit du service public défendu des années après par l'Ecole de Duguit contre les attaques mesurées du maître de Toulouse lui préférant le critère de puissance publique.

Et de nos jours, peut-on valablement soutenir, sans trahir la réalité de la jurisprudence, que le problème est résolu ? L'affirmative serait douteuse car il n'existe pas un critère qui n'ait vécu sa crise. C'est sûrement la rançon légitime d'un dualisme séculaire, créateur, il est vrai, d'une matière dont le rayonnement fait la fierté d'un prétoire fidèle à la tradition de son pays - le principe de la séparation - et soucieux de la protection des partenaires de la puissance publique.

En tout cas, quelle que soit l'acuité des conflits de frontières, elle ne serait rien si elle n'engendrait pas une justice au ralenti (⁵⁷), si elle ne posait pas au justiciable le problème de la recherche du juge compétent.

⁵³ J. Moreau, *op.cit.* p. 423, §. 327.

⁵⁴ Au reste, cette absence de définition n'est pas propre à la notion de matière administrative, elle est commune à la majorité des notions gravitant dans l'univers du droit administratif. Nombreuses sont, en jurisprudence, les "définitions stables à contenu variable" (P. Weil, *Le droit administratif*, PUF, que sais-je? 1152, p. 19). Même lorsque la définition est posée en termes apparemment précis, son contenu concret doit être défini dans chaque cas d'espèce.

⁵⁵ J. Moreau, *op.cit.* p. 434, §. 334.

⁵⁶ T.C., 8 février 1873, *Blanco*, GAJA, 1990, p. 15.

⁵⁷ G.Liet-Veaux, *La justice administrative au ralenti*, D. 1948, ch. p. 133.

B – La recherche du juge compétent

16 - Sans doute, existe-t-il des litiges qui ne posent aucune difficulté pour la détermination du juge compétent; toutefois, il n'en reste pas moins que certains peuvent constituer une véritable pomme de discorde entre les deux ordres de juridiction. Dans cette optique, la jurisprudence du tribunal des conflits se révèle un prisme au travers duquel s'articule toute la complexité des procédures et, par voie de conséquence, les inévitables retards qui s'accumulent entre l'introduction de la requête par le justiciable et le prononcé du jugement définitif. A ce propos, deux situations juridiques sont envisageables.

- Dans la procédure de conflit positif, instituée pour protéger l'administration contre les empiétements des tribunaux judiciaires ⁽⁵⁸⁾, c'est le préfet qui, après avoir vainement adressé un déclinatoire de compétence au juge ordinaire, peut élever l'affaire devant le Tribunal des conflits qui doit dans les trois mois - pas toujours respectés ⁽⁵⁹⁾ - se prononcer sur la juridiction compétente. Il s'agit d'une procédure qui, si elle est exercée dans des délais raisonnables, ne risque pas de ralentir outre mesure le cours de la justice. Ce qui n'est pas le cas de la seconde.

- En effet, dans le conflit négatif, le justiciable, pas forcément un habitué des prétoires, est livré, pour ainsi dire, à lui-même. La première juridiction se déclarant incompétente, il s'adresse à la deuxième qui peut faire de même. Il aura la possibilité - s'il se sent le courage de continuer - de s'adresser au Tribunal des conflits qui annulera l'un des deux jugements d'incompétence. Sans doute, la procédure est simple, mais elle excelle en lourdeur. C'est d'ailleurs pour empêcher cela qu'est intervenu le décret du 25 juillet 1960, instituant la procédure de renvoi obligatoire devant le Tribunal des conflits par la juridiction qui s'estime incompétente après que l'affaire ait déjà fait l'objet d'un jugement d'incompétence rendu par un tribunal de l'autre ordre juridictionnel.

En tout état de cause, si toutes ces procédures ont une raison d'être, s'exercent pour garantir l'application du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, ou pour atténuer sa rigueur sur le plan pratique, il est difficile de ne pas prêter attention aux nombreuses années qui s'écoulent entre l'introduction du premier recours et la décision du Tribunal des conflits déterminant le juge compétent. Dans une affaire assez récente, il a fallu dix ans ⁽⁶⁰⁾. Ce qui n'est pas négligeable dans la vie d'un justiciable.

Tel semble être le premier inconvénient du dualisme juridictionnel. Il en existe un second, non moins important, mais différent.

⁵⁸ G. Braibant, *op.cit.* p. 436 ; J. Moreau, *op.cit.* p. 497, § 380.

⁵⁹ G. Braibant, *op. cit.* p. 437.

⁶⁰ T.C. 19 février 1990, *Hervé*, A.J.D.A. p. 556, note Moreau ; T.C. 11 mai 1964, *Bucciali*, D. 1964 - Jur - 582 Concl. Chardeau ; la requête est introduite le 13 février 1956, le T.C. désigne le juge compétent huit ans après.

- § 2 -

Les contrariétés de jugement

17 - L'existence d'une juridiction administrative ne soustrait pas l'administration à la compétence de la juridiction ordinaire. Dans certains cas, appréciation de la légalité ou cas de responsabilité, l'autorité administrative est justiciable du même juge que les particuliers. Cette situation est susceptible d'engendrer deux jurisprudences parallèles, aussi souveraine l'une que l'autre et, de ce fait, donnant naissance, au mépris de toute rationalité, à une justice monstrueuse à deux têtes. En somme, deux vérités concurrentes.

Il est vrai que la rareté de cette situation ⁽⁶¹⁾ ne permet pas de généraliser au point de condamner l'ensemble du système. Mais il n'en demeure pas moins que, même rare, elle présente un risque pour un pays qui désire réformer sa justice administrative, en créant une dualité de juridictions.

Les contrariétés de jugements peuvent être décelées à partir des risques de divergence et d'inconciliabilité des jurisprudences des deux ordres juridictionnels. .

A – Les risques de divergence des jurisprudences

18 - Les actes de l'administration sont passibles de deux voies de recours. Le recours en annulation pour excès de pouvoir, ouvert dans un délai limité, et l'exception d'illégalité, ouverte, quant à elle, devant les juridictions ordinaires et administratives à l'occasion de toute affaire que celles-ci ou celles-là viendraient à trancher en ayant à apprécier auparavant la légalité d'un acte administratif. Or, à cet égard, les auteurs remarquent des contradictions qui même mineures et sans gravité, ne sont pas sans jeter une ombre fâcheuse sur la cohérence du droit ⁽⁶²⁾.

Pendant quinze années, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, ont eu des positions contraires sur les rapports hiérarchiques entre le traité et la loi. Dans un arrêt fort remarqué, la Cour de cassation s'est reconnue compétente pour appliquer le droit communautaire au lieu et place de la loi postérieure à l'introduction en droit interne de la norme internationale ⁽⁶³⁾. Cette position, contraire à celle du Conseil d'Etat ⁽⁶⁴⁾, ne fut adoptée par celui-ci que

⁶¹ R Chapus, *op.cit.* p. 508.

⁶² L. Fougère, 1790-1990: Deux siècles de dualisme juridictionnel, AJDA, 1990, p. 580 ; P.A. Lageze, Le juge judiciaire et le juge administratif : des solidarités nouvelles à créer, Le nouveau pouvoir judiciaire n° 317, déc. 1990, p. 30. .

⁶³ Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Sté des cafés jacques Vabre*, D. 1975, p. 497 concl. Toufferot ; AJDA, 1975, p. 567 note Bouloud.

⁶⁴ CE 1^{er} mars 1968, synd. Général des fabricants de Semoules de France, A.J.D.A. 1968, p.235.

M.A.BENABDALLAH

récemment ⁽⁶⁵⁾

De plus, la même observation peut être formulée à propos de l'application d'un texte. Dans son article, ci-dessous cité, M. Lagèze nous apprend que s'agissant de la convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, la juridiction administrative refuse d'appliquer à une instance disciplinaire, le droit à la publicité des débats ⁽⁶⁶⁾, alors que la Cour de cassation considère qu'une telle publicité doit être assurée dès lors qu'elle est demandée ⁽⁶⁷⁾.

Quelquefois, la divergence est d'autant flagrante qu'elle concerne deux attitudes contraires à propos de la même affaire. Ainsi, un décret d'amnistie est-il jugé légal le 14 novembre 1963 par la Cour de cassation ⁽⁶⁸⁾, puis, une semaine plus tard ⁽⁶⁹⁾, le 22, il est annulé par le Conseil d'Etat.

Dans une autre affaire, la Cour de cassation juge illégal un décret créant un marché d'intérêt national ⁽⁷⁰⁾, six mois plus tard, le même décret est déclaré légal par le Conseil d'Etat ⁽⁷¹⁾.

Récemment, dans une affaire, le juge pénal conclut à l'illégalité d'un arrêté d'expulsion ⁽⁷²⁾, une semaine s'écoule, le Conseil d'Etat ⁽⁷³⁾ en admet la légalité. .

Ces exemples, accidents tout à fait exceptionnels ⁽⁷⁴⁾, certes, constituent néanmoins des risques de la dualité de juridictions mais font partie intégrante - bien qu'insignifiante au plan quantitatif - d'un système ancré dans l'Histoire, expression d'une conception nationale de la séparation des pouvoirs.

Une seconde série de risques reste à relever, elle a trait à l'inconciliabilité de jurisprudences.

⁶⁵ C.E. 20 octobre 1989, *Nicolo*, AJDA, 1989, p. 788 note Simon, et RFDA, 1989, n° 5, p. 813 concl. Frydman, p. 824 note Genevois.

⁶⁶ CE 11 juillet 1984, *Subrini*, AJDA, 1984, p. 556.

⁶⁷ Cass. civil 10 janvier 1984, JCP, 1984 - II - 20210.

⁶⁸ Cass. crim. 14 novembre 1963, *Pommery et Dalmas de Polignac*, D. 1964, p. 263 note Ch. D.

⁶⁹ CE 22 novembre 1963, *Dalmas de Polignac*, D. 161 note Debbasch.

⁷⁰ Cass. crim. 4 juin 1964, D. 1964, 555, rapp. J.L. Costra.

⁷¹ CE 4 Décembre 1964, Syndicat général du commerce en fruits et légumes du marché des capucins de Bordeaux, AJDA., 1165, p. 222, note Moreau.

⁷² Cass. crim. 7 février 1989, *Bouchareb*, Bull. crim. n° 50.

⁷³ CE 15 février 1989, *Bouchareb*, GAJA, 1990, p. 470.

⁷⁴ R. Chapus, *op.cit.* p. 509

B – Les risques d'inconciliabilité de jurisprudences

19 - L'inconciliabilité des jugements résulte du fait que deux tribunaux de deux ordres différents se considérant, l'un et l'autre, compétent rendent des décisions qui, quant au fond, s'avèrent tout à fait contraires ⁽⁷⁵⁾. Une telle situation entraîne un déni de justice. Deux affaires illustrent cette inconciliabilité, résolue par la promulgation de la loi du 20 avril 1932 faisant du Tribunal des conflits, juge de fond ⁽⁷⁶⁾.

Pendant la guerre de Crimée, en 1854, un navire français fait naufrage en Mer Noire. Jeté à la côte, il y est brûlé par l'ennemi. L'armateur se pourvoit contre l'Etat, qui assurait le navire contre les risques de guerre. La juridiction administrative rejette la requête au motif que le sinistre résultait d'un risque de mer ⁽⁷⁷⁾. L'armateur s'en remet à la juridiction civile contre la compagnie d'assurance le garantissant des risques de mer, mais il est débouté à nouveau au motif que la perte du navire était imputable à un risque de guerre ⁽⁷⁸⁾ !

Plus retentissante est la seconde illustration, puisqu'elle donna lieu à la création d'une nouvelle attribution pour le Tribunal des conflits: l'affaire Rosay.

Passagère d'un véhicule privé, une personne est blessée du fait d'une collision avec un véhicule militaire. Elle se pourvoit devant les tribunaux judiciaires contre le propriétaire de la voiture. Ils rejettent sa requête considérant que la faute incombait à la voiture militaire. Le Conseil d'Etat en fait de même en soutenant que la collision était due à une faute du conducteur du véhicule privé ⁽⁷⁹⁾.

Ces situations beaucoup plus rares que celles qui résultent des divergences de jurisprudences, ne sont pas sans mettre en porte-à-faux la dualité de juridictions. Elles ont nécessité l'édition d'une loi habilitant le Tribunal des conflits à se prononcer sur le fond, comme le ferait un tribunal des deux ordres de juridiction, sur toute affaire donnant lieu à un résultat juridique nécessité l'édition d'une loi habilitant le Tribunal des conflits à se prononcer sur le fond, comme le ferait un tribunal des deux ordres de juridiction, sur toute affaire donnant lieu à un "résultat juridiquement injustifiable" : un déni de justice.

*

* *

20 - Aucun système judiciaire n'est parfait. Le dualisme juridictionnel, tout en présentant

⁷⁵ J. Moreau, *op.cil.* p. 110.

⁷⁶ E. Langavant, Le Tribunal des conflits elle conflit de jurisprudence, AJDA, 1956, p. 13 ; D. Bardonnet, Le tribunal des conflits, juge de fond, LGDJ, 1959.

⁷⁷ CE 23 juillet 1857, *houllebrèque*, Lebon, p. 570.

⁷⁸ Cass. civ. 11 août 1858, D. 1858 - I - 566.

⁷⁹ T.C 8 mai 1933, *Rosay*, S. 1933 - 3 - 117.

des avantages absolument incontestables, n'échappe pas à la critique. Les lacunes que l'on s'est employé à mettre en relief lui sont inhérentes. On ne saurait imaginer une dualité de juridictions exempte de difficultés de détermination du juge compétent, et sans risque de contrariété de jugements, de questions préjudicielles. La tentation est même grande de dire que sans ces lacunes, toute une partie du droit administratif, plus précisément, celle relative au contentieux n'aurait jamais été ce qu'elle est. Mais, au fond, la question déterminante est la suivante: La dualité qui est une conséquence logique de l'existence de tribunaux administratifs, est-elle une condition incontournable d'une justice administrative ?

Conclusion

21 - Contrairement à ce que l'on peut penser en première approximation, la création des tribunaux administratifs en France entraînant une dualité de juridictions n'est pas un choix délibéré, elle est l'aboutissement d'un processus historique déclenché sans intention préalable de doter l'administration d'un privilège de juridiction. Le système, alors en place, tout en présentant d'innombrables avantages, quant à la protection contre l'arbitraire administratif, n'est pas sans receler des inconvénients qui, en définitive, ne doivent être considérés que comme les conséquences devenues tout à fait habituelles d'une conception française de la séparation des pouvoirs. Aussi bien, semble-t-il difficile de lier l'existence de tribunaux administratifs, tels qu'ils existent en France, à un principe autre que celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires qui, tel qu'on l'a vu, interdit formellement aux tribunaux judiciaires de connaître des affaires administratives. La création d'un ordre juridictionnel administratif a été donc une réplique à ce principe, car, naturellement, on ne pouvait pas laisser l'administration sans juge.

22 - En instituant des tribunaux administratifs au Maroc, à l'image du type français, on commettrait alors une double erreur. Historiquement, aucune raison ne le justifie. Techniquement, à n'en point douter, on rapprocherait le juge du justiciable pour ce qui est du recours pour excès de pouvoir, mais on l'en éloignerait pour ce qui est du recours en indemnités tant au plan géographique que procédural ⁽⁸⁰⁾. Qui plus est, on adopterait, au terme d'une imitation déraisonnable, des mécanismes de répartition des compétences qui dans leur pays ont une origine purement historique. Mais, dira-t-on, la justice administrative au Maroc nécessite une réforme; et on ne détruit que ce que l'on remplace!

S'il est vraiment nécessaire de créer des tribunaux administratifs, il conviendrait de ne les doter que de compétences en matière de recours pour excès de pouvoir dans le but de rapprocher cette institution de commun des justiciables. De plus, rien n'empêcherait de faire relever de leurs compétences tous les litiges relatifs à l'application de la législation des

⁸⁰ M.A Benabdallah, *Les tribunaux administratifs : A propos d'une loi en gestation*, administration et Société, 1991, n° , p. 27 et Revue juridique, politique et économique du Maroc n° 24, p. 177.

M.A.BENABDALLAH

pensions, de la législation fiscale, de la législation électorale et du droit d'expropriation pour cause d'utilité publique. Ce sont des domaines qui, pensons-nous, ne posent pas de difficultés quant au droit applicable. Cependant, nous serions d'avis de garder tel quel le système du recours en indemnités, notamment en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle de l'administration. De la sorte, on ferait plus d'une économie. Cela éviterait au justiciable la recherche de son juge, et à l'ensemble du système une complication qu'on a la liberté de lui épargner. Ainsi, sans s'acheminer vers la dualité de juridictions, on adopterait ses avantages sans subir la totalité de ses inconvénients. Ceux-ci, liés à l'Histoire, ne sont rien par rapport à ceux-là qui sont nés de la pratique. Or, c'est sur ce terrain, et rien d'autre, que la justice peut être valablement appréciée !